OPERUM

JOHANNIS HARPPRECHTI,

IURISCONSULTI

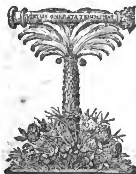
Et Anteceſſoris in Laudatiſſima Tubingenſi Academiâ Ordinarii,

TOMUS II.

COMMENTARIOS, IN LIBRUM ſecundum Inſtitutionum Divi Imp. Juſtiniani, complectens.

Cum Indice Rerum & Verborum, locupletiſſimo.

EDITIO SECUNDA plurimis in locis aucta.



FRANCOFURTI,
Sumptibus JOANNIS BEYERI,
ANNO M. DC. LVII.

COMMENTARIA IOHANNIS HARPPRECHTI,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS PRÆLUSTRI IN ACADEMIA TUBINGENSI ORDINARII,

in ſecundum Inſtitutionum Domini JUSTINIANI, Principis ſacratiſſimi, Librum.

De Rerum Diviſione, & acquirendo ipſarum dominio.

TITULUS I.

PRINCIPIUM TITULI.

SUperiore libro de jure perſonarum expoſuimus: modò videamus de rebus, quæ vel in noſtro patrimonio, vel extra patrimonium noſtrum habentur. Quædam enim naturali jure communia ſunt omnium: quædam publica: quædam univerſitatis: quædam nullius: pleraque ſingulorum: quæ ex variis cauſis cuique acquiruntur: ſicut ex ſubjectis apparebit.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis, ſive continuatio.*
2 *Ius univerſum verſatur circa perſonas, res & actiones.*
3 *Perſonæ rebus, & res actionibus præſtant.*
4 *Res vocabulum latiſſimè patet: adeò, ut vulgo tranſcendens appelletur.*
5 *Tractatûs de rebus duo ſumma ſunt membra: dominium, & obligatio.*
6 *An obligatio propriè, ut dominium, ad res pertineat.*
7 *Dominium & dominus unde deriventur.*
8 *Dominium ab Interpretibus diverſimodè definitum.*
9 *Nimia ſubtilitas & ſcrupuloſitas reprobatur.*
10 *Dominii definitio perfect[illegible]*
11 *Pignus, uſusfructus, ſervi[illegible] prædii, emphyteuſis & ſimilia, ſunt jura à dominio diſtincta.*
12 *Num dominium ſit rei tantùm corporalis.*
13 *Dominium de rebus incorporalibus, impropriè dicitur.*
14 *Dominium ex naturali poſſeſſione cœpit, & ſine eâ adquiri nequit.*
15 *Poſſeſſio naturalis apprehenſionem exigit.*
16 *Traditionem res duntaxat corporales recipiunt.*
17 *Explicatur l. ſi fundum. 16 ff. de fundo dotali.*
18 *Actionem habens ad rem recuperandam, rem ipſam habere videtur.*
19 *Quando mulier intelligatur nomen vel actionem in dotem dare.*
20 *Declaratur l. commiſſoria. 4. C. de pact. int. empt. & vendit. & l. 1. C. de donationib.*
21 *Rei legatæ & hæreditariæ dominium, cur ipſo jure in legatarium & heredem transferatur.*
22 *Oſtenditur aliis argumentis, rerum incorporalium propriè dominium non eſſe.*
23 *Rei vindicatio cui, & de quibus rebus competat.*
24 *Quæ res extra dominium noſtrum habeantur.*
25 *Liberæ perſonæ in dominio non ſunt, ſervi verò ſunt, & ibidem ratio differentiæ.*
26 *Servi quadrupedibus comparantur.*
27 *Nemo membrorum ſuorum dominus.*
28 *Libertas res inæſtimabilis.*
29 *Qui loco dominorum habeantur.*
30 *Fructuarius re uti frui, non verò abuti poteſt.*
31 *Uſusfructûs definitio.*
32 *Tutor ad adminiſtrandas res pupilli datur.*
33 *Aliud eſt perdere: aliud adminiſtrare.*
34 *Soli domini rem pro ſuo arbitrio alienare poſſunt: non item illi, qui dominis ſunt ſimiles.*
35 *Alienatio quid.*
36 *Quando domino rem alienare liceat.*
37 *Quibus caſibus domino rem ſuam alienare non ſit permiſſum.*
38 *Maritus dotem, etiam conſentiente uxore, alienare nequit.*
39 *Pupillis, minoribus, prodigis, & ſimilibus alienatio eur interdicta.*
40 *Dominii diviſio vulgò tradita in directum & utile.*
41 *Ejuſdem diviſionis refutatio.*
42 *Actiones directæ, & utiles quæ dicantur.*
43 *Coraſius vulgarem dominii diſtributionem irrito conatu defendit*
44 *Emphyteuta quo reſpectu interdum dominus dicatur.*
45 *Emphyteutæ, & cæteris quaſi dominis rei vindicatio non directa, ſed utilis competit.*
46 *Uſufructuarius quâ ratione nonnunquam dominus appelletur: & num. 49.*
47 *Proprietas nihil aliud, quàm dominium.*
48 *Refertur, & improbatur recentiorum quorundam Interpretum dominii diviſio.*

136 *An Pontifex ob facta sua, ab aliquo reprehendi, aut judicari queat.*
137 *Testis in causa propria esse nemo potest.*
138 *Assertioni Papæ in causa propriâ, non standum.*
139 *Pontifices suis propriis testimoniis liquido probant, Antichristum verè venisse.*
140 *Respondetur ad Doctorum auctoritates.*
141 *Bartoli auctoritas maxima: & idem auriga, & Coryphæus, & lucerna juris dicitur.*
142 *Bartoli opinio, ut idolum, adorari solet.*
143 *Sublato fundamento, omnia ea, quæ superstructa sunt, corruere necesse est.*
144 *Veritati nullus, quantumvis excellens, Doctor præferendus: & eidem tenaciter adhærendum.*
145 *A communi opinione quando recedere, vel non liceat.*
146 *Examinantur & resolvuntur Pruckmanni argumenta, contendentis: Principem nec ex caussa publicæ utilitatis, Subdito invito rem eripere posse.*
147 *Regula l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. quando non procedat.*
148 *Justa caussa quæ sit.*
149 *Vtilitas publica privatæ anteponenda, & n. 158.*
150 *Publicæ utilitatis gratiâ, receditur à regulis juris communis.*
151 *Principis imperio se subjiciens, tacitè fatetur, se jussis ejusdem decretis obtemperaturum.*
152 *Regula 0. non debet. 22. de regul. jur. in 6. quando locum habeat.*
153 *Lex, utcunq; dura, observanda est.*
154 *Princeps ob solam utilitatem publicam, alicui rem suam auferens, ad solutionem justi precii tenetur.*
155 *Pater pro filio, & contra, filius pro patre, ut alienum solvere non cogitur.*
156 *Plus Patriæ & Reipubl. debetur, quàm parentib.*
157 *Pro Patriâ mors oppetenda: & quodvis periculum subeundum.*
158 *In ære alieno patris vel filii qualis utilitas versetur.*
159 *Publicæ necessitatis & utilitatis varii casus.*
160 *Dominium adquiritur, aut jure gentium, aut civili.*
161 *Dispositio hujus tituli.*
162 *Res vel in patrimonio nostro sunt: vel extra patrimonium nostrum habentur.*
163 *In patrimonio esse, quid significet.*
164 *Quid dicatur, in bonis nostris esse.*
165 *Res alienæ bonâ fide possessæ, bonis nostris annumerantur.*
166 *Item nomina debitorum.*
167 *Item servitutes, tam reales, quàm personales.*
168 *Enodatur l. 1 ff. de usu & usufructu legato.*
169 *Lex istâ de quâ servitute loquatur.*
170 *Servitutes verè possideri nequeunt.*
171 *Communia & publica in jure sæpe confunduntur.*
172 *Res communes, quomodo differant à publicis.*

1
Ethodi consequentia, sive
continuatio hujus libri secundi ad præcedentem, proponitur statim ab initio tituli primi.
2 Nam † cùm universum jus populi Romani, quo nos utimur, vel ad personas pertineat, vel ad res, vel ad actiones. *§. ult. f. de jur. nat. gent. & civ. l. 1. ff. de stat. hominum.* De personis autem, earumq; differentiis & qualitatibus, *lib.* 1. abundè dictum sit:
congruâ justaque serie subsequitur tractatus, *de rebus*, & harum differentiis, qualitatibus ac juribus. Quemadmodum
3 † enim personæ rebus præstant: utpote quarum gratiâ res creatæ, & jura constituta sunt. *d. §. ult. f. de jur nat. gent. & civ. § in pecudum. 37. inf. hoc tit. l. 2. ff. de stat. homin.* sic res prævalent actionibus: quoniam ex iis, ut & ex personis, actiones sunt ortæ, & propter eas introductæ *arg. l. licèt 42 §. ea obligatio. 2. ff. de procuratorib. Mynf ad Rubric. tit.*
4 *inf. de actionib. num. 3. & seq.* Sicuti † verò ipsum rei vocabulum latissimè patet; in tantum, ut vulgo vocabulum transcendens (dictum quasi trans omne ens, vel quasi transiens omne ens: quod tripliciter fieri asserit Armand. de bell. visum, *tract. 2. de nomin secund. intent. c. 274.* cumque laudans Johannes Bruningius, *discursu palastra Imperialis 4. th. 1. ad lit. d.*) appelletur, utpote quod ad omne ens & non ens referri queat. *l. rei appellatione. 51. l. rei appellatione. 23 ff. de verb. signif. ibique Alciat. Brethéus, & Gœddæus. D. Besoldus in Dissertat, juridico-politic. de jure & divisione rer. cap 1. num. 2. Brissonius, Hotomanus, Spiegelius, Prateojus, Schardius & Calvinus in suis Lexicis: ubi complures hujus dictionis significatus recensent:* ita & hoc alterum juris caput sive objectum, *de rebus*, in hoc Institutionum opusculo latissimè explicatur. De eo siquidem non solùm disseritur in hoc toto lib. secundo, sed tertio etiam, & quarto *usque ad tit. 6. de actionib.* Contrà fit in Digestis, ubi de rebus uno, eoq; parvo titulo agitur, *tit. de divis. rer. & qualitate.* Tametsi tertium caput, quod est de actionibus sive judiciis, *in ff & C.* fusissimè enarretur, *monente*
hic Giphanio. Duo † autem istius capitis, *quod est de* 5
rebus, summa sunt membra: dominium, & obligatio. De illo exponitur primo loco, putà ab hoc titulo usq; *ad tit. de obligationib.* de hac verò, à d. tit. *de obligat.* usque ad d. tit. 6. lib. quarti, *de actionib.* Quamvis
† enim dominium rebus proprissimè adhæreat: ita 6
ut ab illis separari nequeat. Obligatio autem personas maximè afficiat, utpote quibus inhæret, *arg. princ. d. tit. inf. de obligationib & l. obligationum. 3 ff. de oblig. & act.* Quia tamen ex rerum permutationibus & contractibus originem trahit: etiam propriè ad res ipsas pertinere, rectè statuitur *§. incorporales. 2. inf. de reb. corporal.* ubi Justinianus obligationes quoquo modo contractas, non tantùm in rerum classem refert: sed & easdem in fine cum servitutibus eodem numero esse, clarè constituit. Idem & Cajus haud obscurè ostendit in suis Institutionibus, dum in iis de obligationibus non libro 1. quem inscripsit, *de personis*, agit: sed lib. secundo, quem inscripsit, *de rebus.* Et de eo tractabitur uberiùs *infr. ad tit. proximè subsequentem, num. 35. & seqq.* Verùm de obligationibus infrà suo loco commodiùs: impræsentiarum de dominio explicationem, Deo duce & auspice, suscipere libet.

Dominium à domo denominatum est: & inde 7
quoque dominus per derivationem dictus, quasi qui domui præsit, cunctæque familiæ dominetur. *l. pronunciatio. 195. §. familia. 2. vers. pater autem. ff. de verb. signif. Isidorus lib. 10. Etymologiar. c. 4. Wesenb. in parat. ff. de acquir. rer. dom. num. 2. Ioan. Robert. lib. 3. sentent. jur. c. 18. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ. c. 8. num. 40. Borcholt. & Thadæus Piso in §. singulorum, 11. infr. h. t, num. 5. Henningus Wagner.* hic

hic Disp. 4. thes. 2. ad lit. a. Vaconius à Vacuna lib. 2. Declarat cap. 43 num. 6. Elias Reber. Disp. 7. thes. 1. Althusius lib. 1. Dicaeolog. c. 18. num 2. D. Collega Bisfeld. in thesauro pract. lit. H. numer. 20. pag. 392. Olim etenim non fuit amplius latiusque dominium, quàm quod domûs habitationisque nostræ finibus contineretur. Vnde & dominia antiquis appellata sunt ea convivia, quæ domi tantùm celebrantur: & dominus dictus is, qui tale convivium exhibuit, aut apud quem cœnatum fuit: ut tradunt Connan. *lib. 3. Comment. jur. civ. c. 3 num.* 1. Cujac. *lib* 11. *observat. c.* 12. *in fin.* Et Georg Obrecht *in Disp. 22. de domin. & modu acquir. naturalib. th* 2. & 3 Porrò de multiplici notatione dominii videatur Valentinus Gulielm Forster. *in libro singulari, de Dominio. cap.* 1. ubi non solùm Latinam, sed Græcam etiam & Hæbraicam istius vocabuli originationem adducit.

8 Dominium variè & diversimodè definitur. Aliter enim Bartolus, quem plerique Glossographi sequuntur, definit, *in l. si quis vi.* 17 §. 1 *ff. de acquir. vel amitt. possess* aliter Wesenbec & Mynsing. *hic in Rubr. num.* 4. aliter Duarenus *libr.* 1. *Disp anniversf cap.* 17. aliter Vultejus, *libr.* 1. *Iurispr. Rom c* 68. & *hic in princ. num.* 23. aliter Leonardus Lessius, *lib.* 2. *de just. & jur. cap* 3. *dubitat* 2. *num.* 7. aliter Valentinus Riemer *decad.* 4. *quæstion. juridicar. illustr. q* 1. aliter Gœddæus, *ad l. rectè dicimus.* 25. *num.* 7 & *l. bonorum.* 49. *num.* 7. *ff. de verb. sig.* eumque secutus Treutler. *Disput.* 20. *th.* 1. *lit. M. vol.* 2. aliter D. Collega Bocerus *class* 5. *Disput.* 2. *th.* 1 *ad* 2 & 176 *singulorum.* 11, *n* 8. *inf. hoc tit.* aliter Gilkenius, *in prælud. hujus tit. n.* 41. alii denique aliter definiunt. Sed horum omnium, præclarissimorum, doctissimorumque Virorum definitiones, licet † pleræque (rem ipsam magis, quàm nimiam subtilitatem & scrupulositatem spectes, quæ à Jurisconsultis reprobatur. *l. posthumus.* 12. *in princ.* & *l filio præterito* 17 *ff de injust. rupt. irr test. l sicut.* 8 §. *si debitori.* 20 *ff quib. mod. pig. vel hypoth sol*) suo modo sustineri possint: ea tamen, à quâ Theodorum Marcilium hic, & H ib Giphanium, *ad Rubr. tit. ff de acquir. rer. domin & ad l § fin gulorum.* 11 ibique Rittershusium p. 151. *infr hoc tit.* minimè abhorrere cognovi, & quam Jacobus Schegkius *Disp* 5 *ad Instit th.* 27. ab eodem Giphanio mutuatus est, mihi perfectissima optimaque videtur. Ita † autem se habet: *Dominium est jus, re corporali non tantùm utendi, sed etiam abutendi, eamq; & alienandi, & vindicandi, quatenus juris permittitur.* Et quamvis hanc definitionem (ut & plures alias) noviter reprehendat rejiciatque, Forsterus *d libr singul. de dominio cap* 4. *num.* 16. & *seq.* isthanc tamen reprehensionem irritam & vanam esse, ex subjectâ nostrâ declaratione luculentissimè apparet. Omnia quippe in eâ abundè refutantur, quæ ille ad impugnandam hanc definitionem facere temerè autumat. Rectè dicitur, dominium esse *jus*. Aliud enim est res ipsa, aliud jus rei: sicuti hereditas differt à rebus hereditariis §. *incorporales.* 2. *infra tit. proximo.* Ac sanè dominium jus esse, id est, legitimam jureque tributam facultatem, inter omnes convenit. *l. fin. C. ne rei domin. vel templ.*

9

10

vind. l. cùm te. 6. *Cod. de pact. inter empter. & vendit compos l.* 2. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *an l. final. C. de fundis patrimonial. &c.* Sic † & pignus & 11
ususfructus, & servitus prædii, & emphyteusis, & superficies, & obligatio, & actio, & similia, sunt jura, à dominio tamen distincta. *l. rerum.* 19. *ff. de dam. infect. l. si demus.* 71. §. *ultim ff. de legat.* 1. *l. qui fundum.* 12. *ff quemad. servit amitt. princip. tit. infr. de obligat. & princ. t. inf. de actionibus.* An verò † dominium rei duntaxat sit corporalis, valdè controversum est? Nam non desunt viri eruditi, qui existimant; dominium etiam esse rei incorporalis, idque maximè *argum. l. ex venditionem.* 8. *in princ ff de reb auctorit. jud. possid.* & *l. qui usumfructum.* 3. *ff si ususfructus. pet.* in cujus fine expressè & simpliciter dicitur, quòd dominium etiam sit ususfructûs, qui est in numero rerum incorporalium. §. 2. *inf. tit. proximo. cum similib* Gœddæus *ad d. l bonorum.* 49. *num.* 7. *cum seqq. ff de verb signif.* Andreas Gerhardi *Decad.* 4 *quæst* 1. Ioan. Robert. *lib* 3. *sent. cap.* 18. & *libr.* 3. *animadvers c.* 9. Vult. *hic num* 19. *cum seqq.* & *in disceptat. scholast. cap.* 19. Ioan. del Castillo *in tractat de usufruct. c.* 32. *num.* 16 & *seq.* ... *referens* D. Hunnius *Disp ad Institut* 4. *th.* 3 *Idem Hunnius in resolut ad volum. poster. disp.* 18 Treutler. *th.* 1. *quæst.* 10. *pag.* 385 & *seq.* Quibus addantur Treutler. *vol.* 2. *disp.* 20. *th.* 1. *lit. L* & ibidem Bachovius *in suis not.* & *animadvers. p* 179. & *seqq.* item Riemer. *d. decad.* 4. *q.* 1 Johan. Bruningius *discursu palæstra Imperialis* 5. *th.* 1. *sub lit d.* Timæus Faber *Disp.* 12. *ad Instit. Imperial. th* 1. *lit b* & Joachimus Cluten *lib.* 1. *diatribar. novæ Iustinianearum, &c. diatrib.* 17. *quæst.* 2 *ubi plures citat.* Sed † probabilius est: verbum *dominij* (ut & *possessionis*) propriè de re tantùm corporali usurpari, adeóque rei incorporalis non, nisi impropriè ac per abusionem, esse dominium. Idque his potissimum rationibus demonstratur: primò, quia dominium ex naturali possessione cœpit. *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir vel amitt. possess* & sine eâ acquiri non potest. 14
l. cùm res. 12 *C. de probationib. l. qui prædium.* 13. *C. de distract. pignor* At naturalis † possessio requirit apprehensionem: quæ certè in res incorporeas non cadit. Tangere enim & tangi, nisi corpus, nulla potest res, *inquit vetustissimus Poeta Lucretius, lib.* 1. Atque hinc est, † quòd etiam traditio, quæ maximè naturalis est dominii acquisitio, tantùm rerum corporalium esse dicitur. §. *per traditionem.* 40. *inf. h. t. l. servus.* 43 §. 1 *ff. de acquir. rerum domin.* 15 16

Nec his, quæ modò dicta sunt de dominio sine possessione non quærendo, obstat *l. si fundum.* 16. *ff. de fundo dotal*, ubi licet mulier fundum, quem bonâ fide alter possidebat, & propè jam usuceperat, marito in dotem dederit: tamen istum fundum maritus vindicare posse dicitur. Vnde manifestè patet: fundi dotalis dominium absque traditione vacuæ possessionis, in maritum transisse; utpote cùm possessio ejus ab alio detineretur. Lex, *inquam*, hæc non obstat. Nam in eâ specie dominium fundi dotalis, per traditionem quidem in maritum translatum non est: sed tamen mulier actionem sibi pro fundo dotali competentem, in 17

maritum

maritum transtulisse, adeòque fundum tradidisse cen-
18 setur : cùm doris datio † habeat vim cessionis actio-
num : &, qui actionem habet ad rem recuperandam,
ipsam rem habere videatur. *l. is, qui actionem. 15. ff. de
reg. jur.* Solenne prætetea & notum est; ut mulier a-
19 ctionem vel nomen in dotem det : quod tunc facere
intelligenda est, cùm rem dare aut tradere non possit.
*l. nuptura. 57. l. cùm post. 69. §. 1. l. mulier bona. 72.
ff. de jure dot.*
20 Minùs obstat *l. commissoria. 4. C, de pact. int. empt
& vendit. & l. 5. C. de donationib. quæ sub mo-
do, &c.* ex quibus evincitur, quòd dominium sine tra-
ditione, vel vacuæ possessionis apprehensione acquira-
tur. *Etenim*, cùm res lege commissoriâ in prioris do-
mini dominio rursus esse incipit: non novum domi-
nium acquiri, sed vetus, quod præcesserat; quodque
dominus antè habuerat, retineri fingitur: quia eâ lege
& conditione res erat tradita ab initio ; ut statim ad
dominum rediret conditione commissâ. Atque ita e-
leganter leges istas exaudit & explicat Anton. Contius,
lib. 5. Disp. jur. civil. c. 8.
21 Multò minùs obstat *l. legatum. 80. ff. de legat. 2. &
l. à Titio. 64 ff de furt* ubi rei legatæ & hereditariæ
dominium ipso jure transfertur in legatarium & here-
dem, absque traditione, aut possessionis apprehensio
ne. *Idcirco* enim à jure civili & lege duodecim tabula-
rùm introductum est : ut, dominium rei legatæ & rei
hereditariæ, directò à testatore in legatarium & in here-
dem transeat, sine adeptione possessionis : ut ultimæ
defunctorum voluntates citiùs ad exitum perduci
queant : quamvis possessio defuncti citra corporalem
possessionis apprehensionem, ad heredem non trans-
eat. *l. cùm heredes 23. in princip ff. de acquir. vel a-
mitt. possess Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν assert. 61.
& 64. editione. 1. pulchrè & copiosè Hotoman. quæst.
illust. 11.* Quanquam dissentiat, *post Giphanium à se ci-
tatum*, Matthias Stephani *cent. 2. quæst. 11. sub lit. a.*
22 Deinde (*ut ad propositum revertamur*) rerum in-
corporalium propriè non esse dominium, probatur ra-
tione *ἐτυμολογίας*, quâ dominus & dominium à do-
mo, quæ certè corporalis est, derivatur ; *ut suprà o-
stensum, num. 7.* Tertiò, quia titulus, *de acquirendo re-
rum dominio*, tam in Pandectis, quàm in hisce Institu-
tionibus, rerum duntaxat corporalium acquisitionem
principaliter continet : distinguiturque ex professo à ti-
tulis ; *de usufructu, de servitutibus*, & similibus rebus,
quæ in bonis nostris habentur. Quartò, quia *in l. per
hoc judicium. 4. in pr. ff communi divid.* expresè di-
citur, quòd rerum tantùm corporalium habeamus do-
23 minium. Denique † quia actio in rem, sive rei vindica-
tio (quæ ei datur, qui vel gentium, vel civili jure domi-
nium acquisivit *l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindi-
cat.*) non aliter, quàm de rebus singulis corporalibus
competit. *l. 1. l. si in rem. 6. l. vindicatio. 56. ff eod.*
Atque ita sentiunt *Bartol. in d. l si quis vi. 17 §. 1. n 4.
ff. de acquir. vel amitt. poss. & ibi Alexand. n. 6. Za-
sius n. 11. Alciat. n. 14. Coras. ad l. non dubito 12. n. 8.
ff. de servitutib. Petrus Gregor. Tholos. lib. 1. syntagm.
c. 12 n. 7. Cujac. lib. 10. observ. c. 16. Donell præalleg.
lib. 9. Comment. c. 8. Tit. ff. f. 424. n. 50, Gilkenius hic
in prælud. n 22. Locamer. quæstion juridic. fascic 14.
quæst. 2. Duar. d. lib. 1 Disp. anniversf c. 17. Henning.
Wegnerus Disp. 4. ad Instit. th. 2. ad lit. C.* Vide eâde
re novissimè latiùs dissertantem Erasmum Ungepaur.
Exercitat. Instin. 1 quæst 3. p 204 & seq edit ult. nec
non Justum Mejerum & Gotfridum Baudisium, *in
Colleg. jurid. de acquir. rer. dom. th. 2. 3 & 4. pag 828.
& seqq.*
Porrò in dominii definitione intelligimus rem, quæ
in commercio, sive patrimonio nostro esse potest.
Quædam † enim res extra nostrum patrimonium seu 24
dominium habentur : ut sunt res nullius ; nempe res
sacræ, religiosæ, & sanctæ. *§. nullius 7. inf. h. t.* item
res publicæ. *§ 2. inf de mutilib. stipulat l. inter. 83.
§. sacram. 5. ff. de verbor. obligat* Rectè † autem do- 25
minium dicitur esse *rei* : quia liberæ personæ, sive libe-
ri nostri in dominio non sunt : sed tantùm in potestate
nostrâ existunt. Servi verò sunt, tum in potestate, tum
in dominio nostro *1. tit. f. de patriâ potest. l 1. §. 2 ff.
de rei vindicat.* Ratio † differentiæ est : quia servi sunt 26
rerum loco, & quadrupedibus comparantur *l. 2 § 2.
ff. ad l. Aquil.* Imò tantùm abest, ut quis sit dominus
liberi hominis : ut ne quidem sui ipsius quis dominus
dici possit ; sed quivis est Reipublicæ Unde † bellè di- 27
citur ; dominum membrorum suorum neminem vi-
deri. *l. liber homo. 13. in pr ff. ad l. Aquil.* ac proinde
liberum hominem, ut & libertatem, † inæstimabilem 28
esse. *l. 3. ff si quadrup. paup. fec. dic l. 1. § sed cùm ho-
mo. 5. l. ultim. ff. de his, qui effud. vel dejec. l 2. § 2.
ff. ad l. Rhod. de jact. l libertas. 106. ff. de reg. jur.*
cùm æstimatio sive precium sit rerum, non persona-
rum. *l. si servum. 33. ibi. pretia rerum. ff. ad l. Aquil.
& l. pretia rerum. 63. ff ad l Falcid.*
Additur in definitione : *non tantùm utendi, sed et-
iam abutendi.* Quibus † verbis à dominis, sive his, qui 29
dominium habent, discernuntur illi, qui dominis simi-
les sunt, vel qui dominorum loco habentur : ut fru-
ctuarius. *l. in venditionem 8. in princ ff de reb. auct.
jud possid* ut emphyteuta. *l. cadere 5 § fin. ff arbor.
furtim cæsar. l possessores. 12. in fin. C. de fund. patri-
monialib.* ut superficiarius *l. in speciali 73 in fin. &
duab. ll. seqq. ff de rei vindicat. l 1 § quia autem. 6.
ff. de superficieb.* ut bonæ fidei possessor *l qui scit. 25.
§. 1. vers. porrò ff de usur. l. bonæ fidei. 48. ff. de ac-
quir rer. dom.* ut tutor & curator *l qui fundum 7. §.
si tutor. 3. ff. pro emptore l. interdum 56. § qui tute-
lam 4 ff. de furt.* ut procurator post litem contesta-
tam. *l. ab executore. 4 § ult. ff de appellat* ut defen-
sor post satisdationem *l Titius. 76. ff de procurato-
rib* ut denique vasallus sive feudatarius. *c. un. §. rei
autem. ibi, tanquam dominus de investitura de re al.
fact. in usib. feud.* Hi igitur, & si qui similes sint, ta-
metsi sunt loco dominorum : verè tamen domini non
sunt. Ratio est perspicua : quia etsi re uti possunt : ab-
uti tamen, & consumere nequeunt. Fructuarius † si- 30
quidem licèt in multis casibus sit similis domino. *l. u-
susfructus. 4. ff. de usufruct.* & re uti frui possit, *initio* 31
tit. inf. de usufructu : tamen abuti, id est, consumere
rem non potest : sicut apparet ex definitione ususfru-
ctûs, qui definitur jus alienis rebus utendi fruendi,
salvâ

salvâ rerum substantiâ. *d. initio tit. inf. de usufr.* Sic
32 & tutor † non ad perdendas, sed ad administrandas res
pupilli datur, uti arguit Julianus, *in d. l. qui fundum. 7.*
33 *§. si tutor. 3. ff. pro empt* Aliud autem † est perdere: a-
liud administrare. *l. filiusfamilias. 7. ff. de donationi-
bus.*

Inseritur præterea definitioni verbum, *alienandi.*
34 Quia hoc † maximè domini proprium est: posse rem
alienare, *ut indicat tit. inf. quibus alienare lic. vel non.*
Nam suæ quisque rei moderator est atque arbiter. *l. in
re mandatá, 21. C. mandati* Et hinc est, quòd neque
tutor, neque procurator, neque fructuarius, neque
emphyteuta, neque vasallus, neque alii, qui jus tantum
habent in re, aut usumfructum, sint domini: quoniam
rem ipsam, aut jus suum, pro arbitrio suo alienare non
possunt. Imò requisito domino alienantes, de jure suo
cadunt. *l. ult. C. de jure emphyteut. c. 1. de prohib. feud.
alienat. per Frider.* Etenim nemo alienare potest, nisi
dominus. *l. si noxale. 27. §. 1. ff. de noxalib. actionib.*
35 Est enim † alienatio rei suæ, jurisque sui in alium trans-
latio, *teste Seneca lib. 5. de beneficiis. c. 10.* Tum de-
36 mum † autem domino rem alienare licet, si ejus co-
piam habeat; quandoquidem si fortè res sit amissa, e-
jusque copia absit; domino rei vindicatio, quâ rem
suam sibi restitui petit, conceditur. *l. in rem actio. 23.
ff. de rei vindicat.* Proinde in definitione meritò ad-
ditur, *& vindicandi.*

37 Postremò, dicitur in definitione: *quatenus jure per-
mittitur.* Nam non licet domino re suâ malè uti: vel-
ut sævire sine causa in servos suos. *§. fin. l. de his, qui
38 sui, vel alien. jur. sunt.* Sed & domino † interdum
non licet rem suam alienare; ut videre est in marito,
qui utcunque dominus dicatur dotis: tamen eam, in-
vitâ uxore, l. Juliâ prohibetur alienare; & ex constitu-
tione Justiniani, etiam consentiente uxore. *in princip.
t. inf. quibus alien. lic. vel non. l. un. §. & cùm lex Iu-
39 lia. 15. C. de rei ux. act.* Ita & pupillus, & minor, †
& prodigus, & alii hujusmodi, sine auctoritate tuto-
rum & curatorum vel decreto judicis alienare vetan-
tur; ne propter ætatis imbecillitatem, & infirmitatem
judicii, bona temerè dilapident. *§. nunc admonendi.
2. inf. quib. alien. licet, vel non. l. u, cui bonis 6. ff. de
verbor. obligat.*

40 Intellectâ & explicitâ definitione, veniendum est ad
divisionem. Dividitur dominium vulgò in directum,
& utile: ut directum sit ejus, qui est dominus fundi,
vel qui nudam proprietatem habet: utile sit ejus, qui
omnem fructum percipit; ut emphyteuta, vasallus,
superficiarius, & similes, *Bartol. in d. l. si quis. 17. §.
differentia. 1. num. 5. & 6. Bald. ibidem in princ. Ca-
strens. num. 4. Alexand. num. 6. Alciat. num. 10. ff.
de aquir. vel amitt. possess. Costal ad l. 1. ff. Si ager
vectigal. &c Guid. Pap. decis. 552 num. 4. Coras. lib 6.
Miscellan. jur. c. 20. num. 2. Petr. Gregor. in Syntag.
jur. univers. lib. 1. c. 2. Mynsing. Bebio, Schilbeck.
Kling. Heigius. & alii ad Rubric. hujus tit. Schneide-
vvin. in præd. §. singulorum. 11 num. 4. & ibid. Thad.
Piso. n. 6. inf eod. Ant. Faber. in lib. de errorib. prag-
mat. 23 c. 2 Wesenb. in paratit. ff. de acquir. rer. dom.
n. 4. Gædd. ad l. ager. 27. n. 18. ff de verb. sig. Phi-
lip. Hænon. Disp. 4. controvers. 1. Ioan. Ferrariens. in
forma libel. in act. reali, super verb. spectat & perti-
net. n. 3. & seqq. Bachovius in not. & animadvers.
ad Treutler. vol. 2. disp. 15. th. 1. lit. G pag. 587. & in
tract. de actionib. disputat. 1. ad thes. 14. Iustus Si-
nolt. aliâs Schütz. exercitation jur. disputat. 5. th. 2.
pag. 66.*

Sed divisio isthæc licèt pervulgata sit: veterib⁹ tamē 41
Jureconsultis incognita fuit: adeóq; † nullâ lege (sine
quâ nihil loqui debemus. *Nov. 18. c. 5. in princip. l. il-
lam. 19. ibi, eò quòd nulla constitutio, &c. C. de colla-
tionib. l. dissententis. 5. ibi, nulla juris præcipit consti-
tutio. C. de repudiis)* nullaque firmâ ratione defendi
posse videtur. Etenim verba illa (*directum & utile*)
differentias continent actionum: quæ in jure dicuntur 42
vel directæ (quæ scilicet ex apertis verbis legis nascun-
tur) vel utiles (quæ ex interpretatione legum oriuntur,
de quibus latiùs infrà ad §. ult. tit. de lege Aquil.) do-
minium verò nunquam ita appellatur. *l. si quis diu-
turno. 10. ff. si servit. vind l. qui mortis. 30. ff. de
mort. caus. donat. l. qua ratione. 9. §. 2. ff. de acquir.
rer. dom. l. 1. in fin. ff de aq. & aq. pluv. arcend. l. 1.
C. de obligat. & act. cum infinitis concordantibus.* Hu-
jusque ratio non obscura est: quia utilitas, id est, æqui-
tas actiones & exceptiones inducit: dominium verò
non item, *l. eum, qui. 5. §. penult. ibi, utilitatis gratia.
ff de constit. pec. & l. quia actionum. 11. in fin. ff de
præscript. verb. cum similibus.* Atque ita, *post Baro-
nem, Balduinum, Contium, Brissonium, Duarenum, d.
lib. 1. Disput. anniversf. c. 17. & Cujacium lib. 11. ob-
servat. c. 35. à se allegatos,* rectè sentiunt *Gipkanius, in
eleganti suo Commentario, De divisionib jur. th 35.
& in d. §. singulorum 11. infr. hoc tit. & ad rubr. ff.
hoc tit. n. 14. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ.
c. 14. in fin. Borcholt. de feud. cap. 1. num. 15. Vult. h.
num. 24. Schegk. Disput. 5. ad Instit. thes 29. Treut-
ler. vol. 1, Disput. 15 th. 1. lit. g. & vol. 2. disp. 22.
th. 7. sub. lit. B. Cluten lib 1. diatrib. Iustinian. 17.
quæst. 1. Niellius Disputat. feudal. 3 th. 6. lit. b. Tilo-
mannus part. poster. Disp. 13. th. 4. & 5. Grafeck.
Disp. de domin. ejusq; mod. acquir. natur. Anno 90.
Argentorati excusa thes. 20. & seqq. Mayn. lib. 1. de
act. cap 6. Anton. Usill. in §. omnium. num. 39. inf. de
act. Valent. Forster. lib. 2. de success. c. 18. num. 42. &
ad l. 4. Cod. de probat. & eum æmulans Filius, Valent.
Guiliel. Forster. lib. 2. tractation. Iustinianear. ad In-
stit. Disput. 6. th. 7. & d. libro. singul. de dominio. c. 5.
num. 25. & seqq. Gilkenius hic in prælud. num. 44. &
seqq. Wegnerus d. Disp. 4. ad Institut. th. 2. ad lit. d.
Andreas Gerhardi Decad. 4. q. 2. Ant. Faber. lib. 2.
conject. c. 11. & lib. 23. error. prag. c. 2. Iohan. Schro-
ter. diatrib. domestic. decad. 3. quæst. 8. & noviter
Hunnius lib. 2. variar. resol jur. tract. 1. q. 7.*

Et quanquam Corasius, *dicto libr. 6. Miscell. c. 20.* 43
vulgarem istam Glossographorum distinctionem pro-
pugnare conatur, eo potissimùm argumento: quòd
& servitus in jure, alia directa dicatur, alia utilis, *d. l. si
quis diuturno. 10. ff. si servit. vind. d. l. 1. in fin. ff. de
aqua, & aqua pluv. arc.* si tamen hos ab eo citatos
textus penitiùs inspicias: neque ibi, neque alibi servi-
tutes

tutes ita distingui animadvertes: tametsi quasi servitus, & quasi dominium recipi possint. Dicitur quidem, quòd prætorio jure servitutes constituantur, ad exemplum earum, quæ ipso jure constitutæ sunt, & quòd utilibus actionibus petantur. *l. 1. §. ult. ff. de superficieb.* sed nullibi dicitur, quòd sint utiles servitutes: sed talis servitus, quasi servitus nominatur. *d. l. 1. in fin. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend.*

44 At enim partitionem illam tuetur *l. possessores. 12. in fin. C. de fund. patrimonial. l. ult. ibi, à novo domino. C. de censib. & censitorib. l. 1. ibi, domines. l. qui agros. 8. l. locorum. 11. C. de omni agr. deserto. cum similibus:* in quibus cùm emphyteuta disertè dominus appellet: manifestum est, cum dominium aliquod habere. Directum autem non habere ipsum, indubitatum est. Necessariò ergo inde efficitur; utile esse dominium, quod ad eum pertineat. *Sed respondetur*: Emphyteutam illis in locis dominum dici (idque καταχρηστικῶς & impropriè) ratione ipsius ususfructûs, quem in prædio sive re emphyteuticâ habet: non verò respectu ipsius rei, sive prædii. Hujus namque illum dominum non esse, expressum est *in l. 1. ff. si ager. vectigal. id est, emphyteut pet.* Idem abundè docetur *l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. ff. de dam. infecto & aliis rationibus, per Gilkenium loco memorato, num. 47. & seqq. adductis.*

45 Nec movet, quòd emphyteutæ in rem actio, seu rei vindicatio, quæ dominium præsupponit, competat, *d. l. 1. § 1. ff. eod. l. in rem actio 23. in princ. ff. de rei vind.* Nam quod dicitur, rei vindicationem præsupponere dominium, solique domino concedi: per id à rei vindicatione non excluduntur illi, qui loco domini habentur: quales sunt, emphyteuta, superficiarius, vasallus, & similes: propterea quòd plenum in re usumfructum constitutum habeant. Quamvis igitur veri domini non sint. *d. l. 1. §. 1. ff. si ager vect. l. ult. ff. de superficiebus* attamen eùm vice dominorum habeantur: datur iis, ad instar & exemplum verorum dominorum, rei vindicatio, non quidem directa, quippe quæ veris duntaxat competit dominis: sed utilis tantùm, quæ quasi dominis tribui solet. *d. l. 1. § 1. ff. si ag vectigal. l. tutor. 16. §. ultim. ff. de pignorat. act. c. un. §. rei autem. de invest. de re al. fact. Oldendorp in Progymnasmatib. act. forens. class. 3. act. 2. tit. cui, & advers. quem, &c. Zasius in § 1. num. 17. Mynsing. numer. 33. Schneid. num. 64. & Dd. communiter inf. de actionib. Treutler. d. vol. 1 Disp. 15. th. 5.*

46 Pari ratione fructuarius interdum, quantumvis minùs propriè, dominus dicitur, *praalleg. l. in venditionem. 8. in princ. ff. de reb. auct. jud. possid.* scilic. ipsius ususfructûs, non verò prædii, vel rei in usumfructum concessæ. Hujus siquidem contemplatione eum dominum non esse, apertè Ulpianus scripsit, *in l. falsus. 43. in fin. ff. de furt.* Ita eleganter Seneca *lib. 7. de beneficiis cap. 6.* dicit: quia alter rei dominus est, alter usûs. Sic & dominium ususfructûs, & dominium servitutum accipi debet, *in l. citatâ l. 3. ff. si ususfruct. pet. & l. semper. 15. §. ergo. 8. ff. quod vi aut clam. Donell. prædicto lib. 9. Comment. de jur. civ. c. 8. fol. 424. n. 40.* ubi ait, dominium ususfructûs, & dominium servitutum dici, ex similitudine magis, quam res incorporales cum corporalibus gerunt, quàm ex proprietate verbi. *Idem Donell. lib. 10. Comment. c. 2. f. 479. n. 40. & seq.*

Deinque pro communi distributione adduci solet *§. 1. inf. de usufruct.* ex quo patescit, proprietatem esse inutilem, quamdiu apud alium est ususfructus. Proprietas † autem nihil aliud est, quàm rei dominium. 47 *l. si procurator. 13. l. cùm in corpus. 36. ff. de acquir. rer. domin. Duaren. d. lib. 1. Disput. anniversf. c. 17. circa fin. Cujac. lib. 10. observat. c. 16. Gregor. Lopez. lib. 2. animadvers. jur. civ. c. 26. Pinel. in l. 1. C. de bon. mater. p. 2. n. 6.* Si igitur dominium proprietatis est inutile: præsupponendum est, aliquod dominium esse utile; quale est emphyteutæ, vasalli, & his non dissimilium. *Verùm respondendum*: non sequi, dominium aliquando domino inutile est. Ergo eodem tempore aliud est, quod sit utile. Si enim tempestatibus, vel incursu hostium, rei dominium alicui inutile reddatur: non tamen propterea apud alium ejus rei est dominium utile. Utilitas siquidem domini aliquando apud alium esse potest. At diversa sunt, dominium & ejus utilitas; *ut benè docuit Niellius d. Disp. feud. 3. thes. 6. lit. b. ad finem.*

Recentiores quidam apprimè docti Interpretes, 48 dominium aliud faciunt proprietatis. *§. ult. inf. de usufruct. l. si cujus 13. in princ. l. sed si. 15. §. proprietatis. 6. l. domin°. 57. §. ult. ff. eod. l. si tibi. 17 ff. quib. mod. ususfruct. amit. l. sed & si. 12. ff. ad l. Aquil. l. arbitrio. 18. §. si dominus. 2. ff. de dol. mal. l. fructus. 33. ff. de rei vind. l. proprietatis. 4. Cod. de probat.* aliud ususfructûs. *d. l. 3. in fin ff. si ususfruct. pet. l. jubemus. 14. § ult. C. de sacros. Eccles.* aliud usus. *Seneca d. lib. 7. de benefic. c. 6.* aliud possessionis. *l. 2. ibi, domino possessionis. C. ubi in rem act. exerc. deb. l. 2. C. Theodos. de mater. bon. l. 1. C. Greg. si sub alterius nom. res empta erit.* aliud plenum, *l. 4. ibi, plene dominio. ff. de aliment. vel cibar. legat. l. si ancillam. 11. C. de actionib. empt.* aliud denique juris: cujusmodi ajunt esse servitutem, usumfructum, jurisdictionem, jus regale, feudum, &c. *Quæ de re inspiciantur Iacob. Cujac. in Paratit. ff. de acquir. rer. dom. & lib. 10. observ. c. 16. Ioan. Robert. lib. 3. sent. cap. 18. Borcholt. ad tit. ff. de acquir. vel amitt. possess. c. 6. num. 17. Gœdd. ad l. rectè dicimus. 25. num 7. & l. bonorum 49. num. 8. & l. quæstio. 115 n. 4. ff. de verb. sig. D. Becer. class. 5. Disp. 2. th. 3. ed. 2. & in d. §. singulorum. 11. num. 11. & seqq. infr. hoc tit. itemq. Riemer. d. decad. 4. quæst. 2. & Hackelman. Disp. 19. th. 1.*

Sed hæc divisio, est nominis potiùs, quàm rei. Nam (*ut suprà num. 13. & seqq. abundè probavimus*) dominium est propriè rerum corporalium: & impropriè, sive latius & per abusionem dicitur de usufructu, possessione, usu, aut aliquo jure in rem; *ut idem Cujacius censet locis modò citatis, Giphanius & Rittershusius ad d. § singulorum. infrà hoc tit.* Solent autem † 49 Jurisconsulti dominium proprietatis dicere comparatione aut respectu ususfructûs: & contrà dominium ususfructûs aut possessionis comparatione proprietatis, sive rei, cujus propriè est dominium. Et hoc est, quòd fructuarius & bonæ fidei possessor à domino distingu-

stinguuntur, & appellatione domini non continentur.
l.1.§.1.ff. de Senatus consult. Silan. praalleg l falsus 43.§.
ultim ff. de furt. Atque hinc etiam est, quòd fructua-
rius in quibusdam cautis sive partibus habetur pro
domino: licèt plerunque non habeatur. *l.4 ff. de usu-
fruct. l. liber homo.118. ff. de verb.oblig.* Sed & Juris-
consulti atque Impetatores in legibus superius in alla-
tis, per dominium proprietatis, nihil aliud significare
volunt, quàm nudam proprietatem: per dominium
possessionis, ipsam possessionem, seu jus possidendi:
per dominium ususfructus, jus utendi fruendi; & sic
deinceps. Et ita cùm loquuntur: abusivè, & minùs
50 propriè loquuntur, *ut jam sæpè dictum.* In † divisio-
nibus autem, ut & definitionib⁹, verba propriè sumpta
ponere oportet; *quemadmodum scitè tradit & defen-
dit Giphanius in præd. Commentar. de divisionib. jur.
th.36. eumq; secutus Iac. Schegk.d. Disput.5 th.30.* Vi-
de D. D. Besoldum *in delibatis juris ex lib.41. ff. quæst.
6. pag.145.*
51 Præter istas dominii species, adferri solent & plures
aliæ; ut dominium aliud sit in spe, purà cùm filiusfa-
milias dicitur rerum paternarum dominus, vivo patre.
l. in suis.11.ff. de liber. & posthum aliud sit, quod Prin-
ceps habet in bonis subditorum. *l. ult. C. de quadr.
præscript.* aliud sit verum: aliud fictum sive ima-
ginarium, *argum. l. in rebus.30. Codic. de jur. dot.*
De quibus. *post Alciatum lib 2. παρέργων. c.15.* intueri
licet Wesenbecium *in parat. ff. de acquir. rer. dom.
num. 4. Mynsingerum ad Rubric. hujus tit. num.19.
cum seqq. & Vultejum hic in princ. num.24. & seq.*
Sed hæc vera dominia non sunt, & naturæ dominii re-
pugnant: *ut ex ejus definitione sup. à enucleatâ, satis
evidenter constat.*
52 Tandem Theophilus *ad § ult. f. de libertin.* & Cu-
jac. *lib.11. observ. c.35.* horumque asseclæ dominium
partiuntur in naturale sive bonitarium, & civile sive
Quiritarium. Et sanè hæc divisio, quo ad jus vetus an-
te Justinianum, recipi potest. Etenim jure veteri qui
dominium rei naturali modo, traditione scilicet, ac-
quisierant: non appellabantur domini ex jure Quiri-
tum: sed dicebantur simpliciter domini, vel rem ha-
bere in bonis. Qui verò civili modo, purà mancipati-
one, vel in jure cessione, vel usucapione, vel simili, do-
mini erant facti: hi dominium ex jure Quiritium ha-
bere dicebantur. Et licèt bonitarium, utpote natura-
le, antiquius erat: Quiritarium tamen sive civile ple-
nius atque præstantius habebatur. Tribuebat enim
jus longè perfectius: cùm (*ut jam expositum*) tum de-
mum quis legitimus dominus diceretur, quando ex
jure Quiritum dominium nanciscebatur. Ad hæc ci-
vile tantum in civem Romanum; naturale verò in per-
egrinum quoque cadebat: ut in plerosque provincia-
les. Et hoc naturale dominium solùm erat in iis præ-
diis, quæ stipendiaria & tributaria vocabantur, *§ per
traditionem. 40. infr. hoc tit.* Siquidem verum isto-
rum provincialium prædiorum dominium populi
Romani erat. Non poterat igitur eorum dominium
etiam penes provinciales consistere: cùm ejusdem rei
dominium penes duos in solidum esse non possit. *l. si,
ut certo. 5. §. final. ff. commodati.* At isthanc dominii
distinctionem Justinianus sustulit, constituitque; ut o-
mnium rerum, sive naturali, sive civili modo acquisi-
tarum, unum sit, idemque dominium. *l. un. C. de nudo
jure Quirit toll. & l. un C. de usucap. transform.*

Itaque verè concludi potest: dominium hodie in 53
jure nostro esse simplex, legitimum, & uniusmodi: at-
que adeo nullas ejus species diversas statui posse: ta-
metsi haud ineptè ab accidenti dominium, docendi
gratiâ, dici queat vel plenum, quod conjunctum habet
usumfructum: vel minùs plenum sive nudum, quod
ab usufructu separatum est. *d § ult. inf. de usufruct. l.
Iulianus.17. in fin. ff de rei vind. d. l. 4 vers Modesti-
nus respondit, ibi, ut pleno dominio hac habeant ff de a-
liment. vel cibar. leg l 2 ff. quib mod ususfr. amit. d. l.
si ancillam.11. C. d. actionib. empt l famina 3 circa fin.
C de secund nupt. d. l. unic. in fin C. de nudo jure Qui-
rit. tollend. Hotoman. lib.3. obs. c.23 & disput. de feud.
c.33. Wesenb. hic in princ. numer.4. Duaren. d. lib.1.
Disput. anniversf c.17. ad finem. Giphan. d. Comm. de
divisionib jur. th 39. Boeer. d. class.5. Disput.11.3 th.2.
Treutler. d. Disput.15. th.1. lit.g. vol.1. Obrecht. Disp.
de domin. & mod acquir. naturalib. th.13 24. & seq.
Althus lib.1. juris Rom cap.3 & lib.1. Dicaolog. cap.18.
num.14. cum seqq. Schegkius d. Disput.5. th.28. & 31.*
Vide tamen Forsterum, *d. lib. singul. de dominio. cap.5.
num 51 & seqq.* ubi divisionem istam improbat, pro-
pterea quòd ipse nunquam legerit dominium nudum,
aut minùs plenum. Sed cogitare debebat, quòd domi-
nium plenum, quod expresse in jure extat, nudum sive
minùs plenum præsupponat.

Priusquàm verò ulteriùs progrediamur, dispicien- 54
dum est: an dominiorum distinctio, sive proprietas re-
rum, rectæ rationi seu naturæ, & sacris literis consenta-
nea sit, ac conformis? Sed eam ex jure naturali pro-
fluere, sacrisque literis con[illegible]e, contra Ana-
baptistarum, aliorumque quorundam [illegible], qui
necessariam rerum & bonorum communitatem ur-
gent, luculentis & immotis rationibus demonstrari
haud difficulter potest.

Nam primò, Deus Optimus Maximus Adæ, proto- 55
plasto & primo omnium hominum parenti (cùm eum
propter legis transgressionem cœlesti quasi hospitio
ejiceret) æterno edicto significavit: ipsum in sudore
vultûs sui deinceps debere vesci pane suo, his verbis:
*In sudore vultûs tui vesceris pane tuo, donec revertaris
in terram, de qua sumptus es, &c. Genes. cap.3. v 19.*
Atque pronomen illud, *tuo* (*ut & reliqua id genus pro- 56
nomina*) dominium & proprietatem panis ostendit.
*l solum 49 §.1 ff. de rei vind. l. certum.6. §. sed & si fun-
dum.2. ff. de confessis & l. Quintus 27 § 2. ff de aur. &
arg. leg. ibiq; Bartol. per istos textus notat.* Igitur do-
minium sive proprietas rerum primitiis introducta est
jure divino: quod (quoniam unà cum genere huma-
no istud rerum natura prodidit) vocatur quoque jus 57
naturale. *c. jus naturale. 7. ibiq; gloss Distinct. 1.* & quia
id commune est hominibus tantùm, & non brutis ani-
mantibus: appellatur etiam jus gentium. *d §. singulo-
rum.*

rum. tt inf. h. t. l. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. 1. §. ult. ff. de just. & jur.

58 Deinde, filios memorati Adami habuisse distinctos, & proprios greges atque agros, apertè liquet *ex Genes. c. 4. v. 2. 3. & 4.* ubi legitur, quod Cain de fructibus terræ. Abel autem de primogenitis gregis sui, munera Domino obtulerit. Fratres verò illos propria bona, & hereditatem jam divisam possedisse, ex circumstantiis ejusdem loci nervosè demonstrat Divus Lutherus, *in Enarratione super Genes. cap. 4. vers. & cognovit. Cain, &c. fol. mihi 71.* quando inquit: *Manifestum testimonium habeamus in textu de hereditate divisa &c.* Et paulo antè: *Dicit enim textus divisam hereditatem fratribus, ei cum Habel pecuaria, Cain autem agricultura mandatur à parente.* Quid? quòd ipse Deus divisionem facit apertam, quando in denunciatione pœnæ Caino fratricidæ gravissimè comminatur: quòd esset colturus terram; ea tamen non datura sit vim suam, id est, quòd terra Adæ multo fœcundior sit futura, quam terra Caini, licèt pariter culta; *ut D. Lutherus explicat in d. c. 4. Genes. v. si colueris terram. fol. 66. fac. 2.*

59 Tertiò Moses, antiquissimus ille & sanctissimus Legislator, ex mandato divino sub certa pœna furtum prohibet, *Exod. c. 20. v. 15. & c. 22.* Hinc ita colligimus: Quicunq; prohibet furtum, ille stabilit bonorum proprietatem, sive distinctionem dominiorum. Atq. ipse Deus prohibet furtum, *ut patet ex locis allegatis.* Ergo stabilit bonorum proprietatem, & distinctionem dominiorum. Major inde probatur: quia omne furtum præsupponit rerum proprietatem, dominiorumque distinctionem. Nemo quippe circa bona propria furtum committere potest: cum furtum non possit esse, nisi rei alienæ *Jul. Paul. lib. 2. sentent. tit. 31 §. 1. l. si quis uxori. 52. ff. de furt. Theophil. inst. § 1. t. de obligat. quæ ex delict. nasc.* Quæ autem res est aliena, illa non est mea. Ast ubi meum & tuum est, ibi bonorum dominiorumque est distinctio, *per paulo antè tradita num 56.*

Quartò, idem Moses prohibet concupiscere & appetere domum, sive quamcunque rem aliam proximi. *Exod. d. c. 20 vers 17.* Hinc ita argumentamur: Quæcunque bona externa nobis cum aliis sunt communia, adeoq; nostra, illa licitè concupiscimus: quia quæ nostra sunt, nobis prohibita non sunt. Vbi autem cessat prohibitio, ibi quoque non committitur præcepti violatio, & per consequens neque peccatum. Atqui domum proximi, & omnia, quæ illius sunt, non licitè concupiscimus, uti clara Jehovæ verba testantur, *d. c. 20. Exod. vers. 17.* Ergo omnia bona nobis cum aliis non sunt communia.

Quintò, ille ipse Moses divino jussu vetat, ne fiat translatio possessionis seu hereditatis, quæ ad unam tribum pertinet, in aliam. *Num. cap. 36.* Sed & prohibet transferre terminos proximi. *Deuteron. c. 19 v. 14. & c. 27. v 17.* Necessum est igitur, ut proximus terminos habuerit Quorsum item quispiam teneretur operariis mercedem reddere *Genes c 30. v 16 & 28. Levit. c. 19. v 13* si omnia communia essent, & nihil proprium aliquis haberet?

Sextò, tam in veteri, quàm novo testamento sæpè fit eleemosynarum mentio. *Tobiæ c. 1. v. 20. & c. 2. v. 23. & c. 4. v. 7. & 12. Actor. c. 9. v. 36. & c. 10. v. 2. Lucæ c. 12. v. 33 Matth. c. 6. v. 2. & sexcentis locis aliis.* Atqui † eleemosynas erogare de communi non rectè quis 61 dicitur: sed tantum de suo, suisvè facultatibus. Adde quod *cap. 4 ad Ephes. v. 28* hæc verba leguntur: *Qui furabatur, ampliùs non furetur: magis autem laboret, operando manibus suis, quod bonum est, ut habeat, unde tribuat necessitatem patienti.* Hinc ita argumentari possumus: Quicunque primò prohibet bonorum alienorum ablationem: secundò demandat bonorum propriorum acquisitionem: & tertiò liberalem de bonis acquisitis communicationem, ille approbat bonorum proprietatem. Atqui Divus Paulus illud facit, *dicto loco.* Ergo approbat bonorum proprietatem.

Septimo, sacris in paginis crebra fit pauperum & di- 62
vitum mentio, adeoque distinctio. *Exod. d. c. 22. v. 25. c. 23. v. 3 6. 11. Lev. 1. 4. c. 19. v. 10. 15. Lev. 23. v. 22 Syracid. c. 4. v. 1 cum seqq c. 31. v. 3. 4. 8. Deuter. c. 15. v. 7. & seqq Ierem. c. 39. v 10. Luc. c. 16. v. 19. & seqq Proverb 22. v. 1. 2 7. 16 22. & alibi passim.* Isti autem distinctioni, in communione bonorum, locus esse nequit.

Octavo, *Joannis c. 19 v 27.* scribitur, Joannem accepisse Mariam, matrem Christi, ad se & in sua. Item *1. Timoth 3. v. 4* Apostolus Paulus Episcopis propriā domum tribuit, quando inquit: *qui domui suæ benè præsit:* & *1. Tim. 5. v. 4.* de viduis ait: *discant primùm domum suam regere, sive piè curare.* Vnde ita ratiocinari licet: Quicunq; debet domum propriam rectè regere & curare, illum domum propriam habere oportet Atqui Episcopi & viduæ domum propriam rectè regere & curare debent. Ergo illos domum propriam habere oportet Porrò rerum proprietas & rerum communitas simul stare non possunt: quoniam sunt opposita. Atqui Apostolus Episcopis & viduis, & quidem piis, tribuit rerum proprietatem, *dictis locis.* Ergo eo ipso tollit Anabaptisticam rerū communionem. Quinimò Sanctos Patriarchas, Reges & Prophetas habuisse facultates proprias, in confesso est: nec tamen ob id Deo displicuisse, ullibi legitur. Hinc *Genes. c. 12. v. 16.* Abramo fuerunt oves & boves, & asini, & servi, & famulæ, & asinæ & cameli. Et Isaac habuit possessiones ovium, & armentorum, & familiæ plurimum. *Genes. 26. v 14. Verùm de his latiùs infr num 79.*

Nonò, ubi q. probatur. Christianos emere ac vende- 63
re posse. *Gen c. 17. v. 23. c. 23 v. 16. c. 33. v. 19. c. 42. v. 1. 2. & seqq c. 47. v 20 & seqq. lib 2. Sam. c. 24. v. 24. lib. 2. Paralipomen. c. 1. v 16. & seq. Ierem. c. 32. v. 7. & seqq Marc. c 15. v. 40. & c. 16. v. 1. Paul. 1. Corinth. 7. v. 30.* At quorsum opus esset emptione & venditione, si omnium rerū bonorum permitteretur communio?

Decimo, D. Paulus *2 Cor 8. v. 14.* ita scribit: *vestra* 64
abundantia illorū inopiam suppleat sive sublevet Hinc argumētamur hoc modo, *cum D. Christiano Matthia Dithmarso lib. 2 syst. pol p. 205.* Vbicunq; penes hominem unum est bonorum abundantia, penes alterum verò inopia: ibi non est æqualis bonorum communio Anabaptistica. Vbicunq; enim est abundantia, & simul inopia, ibi est inæqualitas. Vbi autem est inæqualitas, ibi nulla ratione in eodem genere potest

esse æqualitas. Siquidem æqualitas & inæqualitas sunt opposita; quæ simul stare non possunt. Vbi autem non est æqualitas, ibi non potest esse Anabaptistica communitas: quippe quæ in æqualitate consistit. Atqui penes fideles in Ecclesia Corinthiacâ erat bonorum abundantia: penes fideles verò in Ecclesiâ Hierosolymitanâ erat bonorum inopia. Ergo non est Anabaptistica bonorum communitas. Huc etiam referri potest, quod idem Paulus *1. ad Timot. 6. v. 17.* divitibus præcipit, ne sublimè sapiant, aut superbiant: sed erga pauperes benefici sint. Non jubet eos deserere, vel in commune conferre facultates suas, sed rectè iis uti, adeòque pauperes benignè & liberaliter juvare. Eòdem pertinet, quod scribitur Ecclesiastes *cap. 5. v. 16. 17 & c. 6. v. 2. 3. 6. 11. item Syrac. cap. 14. v. 3. & seqq.*

Vndecimò, *Prov. 5. v. 16.* ita scriptum extat: *Deriventur fontes tui forâs, & in plateis aquas tuas divide. Habeto eas solus, nec sint alieni participes tui.* Vbi rursus Scriptura docet, ut quisque sit rerum & facultatum suarum dominus: & quoque erga alios suam beneficentiam exerceat. Quin & beneficentia atque liberalitas passim commendatur. *Deuteron. c. 14. v. ultim. & c. 24. v. 19. & seqq. item. c. 26. v. 10. & seqq. Esdra lib. 2. c. 5. v. 18. lib 1. Reg c 25. v. 18. 27 35 & c. 30. v. 23. 24 25. 26 Iob c. 42. v 11. Ruth. c. 2. v. 8. & seqq.*

65 Duodecimò, institutum quoque nostrum exemplo Christianæ primitivæ Ecclesiæ patet. Si enim Corinthi inter Christianos omnia fuissent communia: nullæ potuissent inter illos oboriri lites de his, quæ ad victum pertinent. Quia verò *1. Corinth. 6.* Apostolus graviter conqueritur, & Corinthiis exprobrat, quòd de illis etiam coram infideli Magistratu litigarint: palàm est, quemlibet possedisse facultates suas, ab aliorum possessionib. distinctas. *D. D. Egydius Hunnius in Comment. super Matth. c. 19. part 3. loco communi. 8. pag. mihi. 1199. edit. 1. Et in explicat. Epist. poster. ad Thessal. cap. 3. loco communi. 10 pag. 95. Item in Postill. super Evang. in festo conversionis Pauli, p. 1. concionis. fol. mihi. 38.*

Et decimotertiò, quàm ineptæ, quàm irritæ, & inanes forent omnes illæ gravissimæ admonitiones, & comminationes Paulinæ; quibus suos ad beneficentiam erga pauperes. *1. Tim 6. v. 18.* ad hospitalitatem. *Rom. 12. v. 13.* ad contributionem in usum Ecclesiæ. *2. Corinth. 9.* ad justitiam in contractibus exercendam. *1. Thess. 4. v. 6.* hortatur? Annòn in auras, & fumos abirent? ut prolixè declarat D. D. Jacobus Andreæ, Socer meus, beatæ recordationis, honorandus, *in quartâ part. Concionum Esling. in confutatione errorum Anabapt. Conc 8. f. 173. & 174. D Ægydius Hunnius in Comment. super Matth. d. loco. Idem in Postill. super Evang. in festo convers. Pauli. d. part. 1. Conc. f 38.*

66 Decimoquartò, taceo, (quod vel ad obtinendam rerum proprietatem argumentum princeps esse debebat) quòd in universa Scripturâ tam veteris, quàm novi Testamenti, ne iota quidem aut apex monstrari potest, quo à Domino, omnis Boni Largitore, Anabaptistica illa bonorum communio mandata, & præcepta sit; cùm econtrà dominium sive proprietas rerum multis locis, argumentis & exemplis Scripturæ luculentissimis stabilita sit, & confirmata: uti hactenus fusiùs demonstratum est: & porrò in confutatione argumentorum Anabaptisticorum, suo loco demonstrabitur lucidiùs.

Vltimò huc pertinet, quòd Justin. Imp. *in §. 1. inf de oblig quæ ex del nasc* & Paulus I. C. *in l. 1. §. fin. ff. de furt.* affirmant: *furtum admittere, lege naturali prohibitum esse.* Quibus verbis nihil aliud innuere voluerunt; quam alteri jus suum, vel res (quas assiduis fortè laboribus & vigiliis comparavit) auferre, esse contra jus naturæ. Quâ de re latè & egregiè disputat Cicero *lib. 3. Offic.* ubi inter reliqua inquit: *Detrahere aliquid alteri, & hominem hominis incommodo suum augere commodum, magis esse contra naturam, quàm mortem, quàm paupertatem, quàm dolorem, quàm cætera, quæ possunt aut corpori accidere, aut rebus externis.* Et paulo inferiùs multò apertiùs id significat, his verbis: *Quod si ita est; unà continemur omnes & eâdem lege naturæ: idq; ipsum si ita est, certè violare alterum, lege naturæ prohibemur.* Eàdem etiam de re videantur Pinel. *in l. 2. C. de rescind. vendit. p. 1. Rubr. num. 15. 16. 26. & seqq. ibiq; Emanuel Soarez in suis annotationibus. Vacenius à Vacuna lib. 1. Declarat 11. & lib. 2. Declarat. c. 43. num. 4. Arumæus Exercit. Iustin. 4. thes. 2. Helfricus Vlric Hunnius, prædicti Ægydii filius, lib 2. var. resolut. jur. tract 1. quæst. 1. Franc. Balduinus in Prolegomen, ad hunc tit. Heigius hic numer. 4. & seqq. Ægyd. Strauch quæstion. Ethic. cent. 2. decad. 3. it. 10. Fridericus Balduinus lib. 4. cap. 3. de cas. conscientiæ circa bona fortunæ. cas. 1. & 2. pag 930. cum seqq. & D. Besoldus in Commeat. ad l. 5. tit. 1. lib. 1. ff num. 3 pag. 90. & seq.* 67

Atque hæc præcipua sunt, quæ pro distinctione do- 68
miniorum, & proprietate rerum adferri posse sum ratus.
Jam percutiamus quoque, & confutemus Adversariorum argumenta.
Primum autem sumi solet ex Actis Apostolor. *c. 2. v. 44. & c. 4. v 34. & seqq.* ubi
legitur, veteres & primos Christianos omnia bona sua
in commune contulisse, adeòque communia habuisse.
Verùm, respondetur primò, *secundùm Lucam Osian-* 69
drum ibidem, D. Iacobum Andreæ in d. concione 8. Esslingens. fol. 177. Ægyd. Hunnii locis s. notatis, & Matthæum Vogelium in thesauro Theol. loc. de lege divina. c. de αὐταρκείᾳ. circa fin. magnos illos, deq; Ecclesia Christi præclarè meritos Theologos: quòd ista bonorum communio non præcepta, nec coacta, sed liberi arbitrii fuerit.
Nam Petrus *Act. 5. v. 4.* apertè Ananiæ dicebat; *Nonnè manens tibi manebat, & venundatum in tuâ erat potestate?* hoc est, in tuâ liberâ potestate erat, agrum retinere, & tamen Christianus esse, vel cum aliis communicare.
Quod Petrus nunquam dixisset; si communio facultatum mandato Christi expressa & præcepta fuisset. *Deinde* dici poterit: exempla non facere legem *l. sed licet. 12. in fin ff. de offic. præsid. l. nemo. 13. ibi, cùm non exemplis, sed legibus judicandum. C. de sentent & interlocut om. judic.* & singulari istud exemplo factum fuisse, & peculiari de causa: siquidem illud institutum postea exoleverit. Jus
autem † singulare non est producendû ad consequen- 70
tias. *l. quod verò, 14. & duab, ll. seqq. ff. de legib.* Cæ- 71
terùm

terum ejus singularis instituti inter alias & hæc videtur fuisse causa: Quandoquidem eo tempore ob Christianæ religionis professionem Discipuli de bonis & facultatibus suis maximè,& quidem singulis ferè horæ momentis periclitabantur: consultissimum ipsis visum est, ut bona quorumvis præsentibus nummis venderentur, & pecunia quasi in commune ærarium reposita, ad communes usus & quotidianam, præsertim (quod tum verendum) exilii & persecutionis tempore, necessitatem reservaretur: & indè tam illis, qui pauperes serviebant Ecclesiæ, quàm aliis egentib⁹ subveniretur. Quamvis, ut ex Petri verbis liquidò apparet, in uniuscujusque libertimâ voluntate illud situm fuerit. Et quoniam eo tempore Ecclesia Christiana arctioribus adhuc limitibus fuit circumscripta: illa de communione bonorum consuetudo eò majore facilitate potuit servari: quæ postea successu temporis, Ecclesiâ nimirum in totum terrarum orbem diffusâ, & numero Christianorum aucto, paulatim expiravit. *D. Hunnius in postill. super dictum caput. 19. Matth. in festo Conversionis Pauli. fol. mihi* 38. Neque verò omnes Christianos statim Apostolorum temporibus id factitasse, ex eo intelligitur: quòd Cornelius, licèt vir religiosus & Christianus, *Actor. cap. 10. vers. 22. & cap. 11. vers. 13.* & mater Johannis. *Actor. c. 12. vers. 12.* & Lydia purpuraria, & alii Christiani proprias domus habuerint. *Actor. c. 16 vers. 32. & 34. c. 21. vers. 6 & 8.* Vnde & Paulus *1. Cor. 16. vers. 2.* jubet fieri collectas, hoc est, colligi eleemosynas ad alios sublevandos: non autem communitatem rerum flagitat. Item *2. Cor. 8. & 9.* idem Paulus rationibus & exemplis Corinthios, ad exercendam in egenos liberalitatem, invitat: non verò postulat ab iis, ut supra vires, & facultatum suarum proportionem alios adjuvent Neq; enim (*quemadmodum præfato c. 8. eleganter D. Osiander explicat*) vult Deus, ut nostras facultates exhauriamus, easque in alios effundamus: ut nobis deinde desit, & penuriam patiamur, aliis interim de nostrâ eleemosynâ saturatis. Sed vult Dominus, ut æqualitas quædam sit: non quidem semper, sed ut in tempore necessitatis & famis ditiores de suâ abundantiâ succurrant aliorum inopiæ. Equidem fieri potest, ut qui jam egent, alio tempore rursus abundent: & qui nunc abundant, alio tempore egeant, & aliorum subsidio opus habeant.

72

73 Alterum adversarii argumentum depromunt ex Epistolâ Pauli ad Galatas *c. 3. vers. 27. & seq.* ex quo patet, in Christo nullum discrimen, nullam distinctionem personarum esse. *Sed respondendum est*: Paulum ibi loqui de regno spirituali, & justificatione fidei: non verò de vitâ civili & humanâ. Etenim quisquis (sive Judæus fuerit aliquando, sive Ethnicus; sive servus sit, sive liber; sive mas, sive fœmina) per fidem Christo insitus est: is certò sciat, se esse filium & heredem Dei.

74 Omnes † enim credentes (quanquam in hoc mundo, ratione externorum, diversissimi) sunt coram Deo justitiâ fidei æquales: adeò, ut in hoc negocio discrimen aut respectus personarum apud Deum sit nullus. *D. Osiand d. c. 3.* Vel, ut brevius dicam: Apostolo eo in loco non de externorum, sed de spiritualium bonorum communione sermo est. quod ex ipso capitis argumento, & toto contextu liquidissimum est. At quid hæc ad Anabaptisticam illam rerum caducarum communionem? Egregia, si Diis placet, argumentatio: Apud Deum non est respectus personarum. Ergò à Christianis requiritur communio bonorum.

Sed instant ulteriùs malesani illi Politiarum reformatores: & ex aliquot Scripturæ locis, *nempe Philip. 2. & 1. Corinth. 12.* tales consequentias nectunt: imò inquiunt, pro concessis acceptamus, esse inter Christianos spiritualium bonorum communionem. Ergò & multo magis corporalium bonorum debebat esse communio inter eos, qui unius corporis membra sunt: ne, *quemadmodum Paulus monet. 2. Cor. d. c. 8. & 9.* alter abundet, alter egeat: sed æqualitas observetur. *Verùm respondeo*; quod bona quidem isthæc sint verba: sed pessima illatio, & falsissima explicatio. Nam licèt inter Christianos spiritualis quędam spiritualium bonorum sit communio: inde tamen externa externorum bonorum communio, adeò extrui non potest, ut potiùs contrarium manifestò sequatur. Quid enim? annòn spiritualia etiam illa dona & bona, ratione generis communia, ratione individui certi hominis propria fiunt? Quemadmodum igitur quilibet Christianus sua quidem bona spiritualia propria habet; illis tamen proximo ejusmodi donis destituto fideliter inservit: sic Christianus bonis fortunæ ditatus, proximum quidem suum opis indigum, ex Christianâ charitate facultatum suarum annuis proventibus & fructibus sublevare tenetur: nihilominus tamen ipse earundem dominus & possessor estque manetque: & bonorum divinitus sibi concessorum potitur. Quamobrem illa bonorum fortunæ communio non latiùs, quàm ad usum quendam inde redundantem extenditur: ita quidem, ut ditiores de suis fontibus rivulos aquarum in plateas foràs derivent, iisque egentibus promptè succurrant. *Proverb. d. cap. 5. v. 16. D. D. Iacob. Andreæ in prædictâ concione Eslling. 8. fol. 174. & seq.* 75

76

Tertium argumentum tale est: charitas omnium bonorum communionem requirit. Atqui charitas requiritur à Christian s *1. Cor. 13. & 1. Ioh. 2.* Ergò Christiani debent omnia bona habere communia. *Verùm* major simpliciter negatur. Nullibi enim, neque in Theologia, neque in Philosophiâ, charitas omnium bonorum communione determinatur: sed potiùs indubitatum, & antè probatum est; charitatem proximi, in secundâ tabulâ Mosis descriptam ac comprehensam, justam bonorum proprietatem à suo consortio adeò non excludere, vel improbare: ut potiùs approbet, & 7. 9. ac 10. præcepto includat; ut rectè mecum sentit D. Joh Wigand. *de Anabapt. loc. de comm. bon p. mihi. 241.* Quinimò frivolum isthoc argumentum inverti, & jure ipsis in os retorqueri debet, & potest. Charitas enim erga proximum eum justitiâ quasi æquâ ex lance dependens, suum cuique tribui, alienum nec vi, nec fraude, nec quacunque injustâ ratione auferri; sed quod cuique de jure proprium est, proprium illi esse debere, seriò præcipit, mandat & requirit. Quid ergo charitati commercii est, cum Anabaptisticâ illa rerum ἀταξίᾳ & confusione? Ast instantiæ loco & hæc argumentatio adferri solet; Status Ecclesiæ 77 78

clesiæ & Reipublicæ Christianæ, quàm proximè accedit ad conditionem Ecclesiæ triumphantis: quæ omnibus bonis cœlestibus communiter fruitur. Ergo necessum est, ut Christiani in N. T. communione bonorum fruantur: cùm necesse sit, ut nos vitæ cœlestis initia habeamus in hac vitâ. *Verùm respondetur*: duplicem inter Ecclesiam militantem & triumphantem institui posse comparationem. 1. ratione *τῆς ἰσότητος*, hoc est, paritatis respectu bonorum spiritualium, quæ ab utraq; Ecclesiâ possidentur: sed modo diverso. Vtraq; enim est justa, sancta & inculpata: sed illa imperfectè & inchoatè; hæc verò perfectè & consummatè. 2. ratione *τῆς ἀνισότητος*, id est, imparitatis, respectu bonorum corporalium. Ecclesia namq; militans in hac vitâ triplici vivit vitâ. 1. animali, quatenus indiget ad sui conservationem cibo, potu, somno, quiete, &c. 2. civili, quatenus ad sui & suorum conservationem indiget bonis terrenis secundum leges naturæ, & Reipublicæ, in quâ vivit, consentaneas: qualia sunt domus, matrimonium, contractus, pecuniæ & opes. 3. spirituali, quatenus vivit in Christo, & Christus in ipsa, *ad Galat. c. 2. v. 20*, hoc est, quatenus fruitur bonis spiritualibus. Jam verò respectu vitæ animalis & civilis, nulla inter Ecclesiam militantem & triumphantem institui potest comparatio: quandoquidem Ecclesia triumphans *ἰσάγγελος* hisce bonis omnibus haud indiget. *Matt. 22 v. 31. D. Christian. Matthias Dithmarsus, d. lib. 2. systemat. polit. pag. 219 & seq.*

Quartò, Antagonistæ ita argumentantur: Malum
79 est abjiciendum, & odio habendum. *Rom. 12. v. 9.* Divitiæ autem sunt malæ; quia Christus inquit; difficile est divitibus intrare in regnum cœlorum. *Matth. c. 19. v. 23. Marc 10 v. 24 & Luc. 6. v. 24. item. cap. 18. v. 25.* Igitur divitiæ sunt in commune conferendæ, & proprietas rerum non est probanda. *Sed variè respondetur*: primò quidem quod Christus in allegatis locis loquatur de eo divitum genere, qui confidunt in divitiis, *ut ex d. c. 10. Marci, & d. c. 6 Lucæ. v. 24. perspicuum est*: non verò de iis divitibus, qui de opibus suis proximum liberaliter juvant, iis rectè utuntur, & in solo Deo spem omnem fixam locatamque habent. Tales namque divites salvari, non est dubium. Et tales fuerunt, Abraham, Lot, Isaac, Jacob, David, Salomon, Josaphat, Ezechias, Josias, Job, Josephus ab Arimathæa, Eunuchus, Lydia, Zachæus, & multi alii, qui opibus maximis floruerunt; *de quibus Genes. cap 13. v. 2. cap. 26. vers. 13 cap. 32. & 33 lib. 3 Reg. cap. 10 lib. 1. Paralip. c. 20 & lib. 2 c 18. & c 32. v 27. Iob. 1 v 3. Syrac. 44 v 6. Matth. 27. v. 57 Actor. c 8. v. 27 cap 16. v 14. Luc. 19. v. 8. & passim.* Deinde, *secundùm Wigandum citato loco*, respondetur: in argumento proposito esse fallaciam accidentis. Nam major propositio loquitur de malis per se: quæ quidem removenda, & odio habenda sunt. Minor verò loquitur de accidente malò divitiarum; quæ per se sunt bonæ: cùm sint crea-
80 turæ & benedictiones Dei. Omnes autem creaturæ, omnesque benedictiones Dei bonæ sunt. *Genes. cap. 1. Prov. 10. v. 22. & c. 22. v. 2.* Et, si vera esset illa argumentandi, vel potius sophisticandi ratio: annón divitiæ etiam, in communem usum collectæ, & collatæ, forent abjiciendæ? siquidem divitiarum tam communium, quàm privatarum, turpissimus esse possit abusus? Taceo, quod non de divitiis, sed divitibus, bonis suis vel nequiter abutentibus, vel eadem iniquè possidentibus, Christus citatis in locis expressè loquatur. Sed ut Scripturam fanatici illi legunt; sic etiam intelligunt: & ut intelligunt; sic allegant, impertinenter, imprudenter, impudenter. *Vide Hunnium in refutat. ad Trentler. volum. poster. disput. 18. th. 1. pag. 379. & seqq.*

Quintò, objiciunt ulterius: Omnia caduca bona 81
non nostra, sed aliena esse, affirmante Christo, *Luc 16. v. 12.* Ab alienis verò, lege jubente, Christiano abstinendum. *Exod. 20.* Et eum, qui non renunciat omnibus, quæ possidet, non posse Christi discipulum esse. *Luc 14. v 33* Ex his inferunt; à bonis caducis, tanquã alienis, abstinendum, illisque renunciandum, & quidquid possidemus facultatum in hoc mundo, in commune quoddam Christianorum ærarium deponendum. *Verùm* errant iniqui illi bonorum exactores & censores longissimè, & nil, nisi cerebri sui crassitiem, & ingenii hebetudinem, extremamque in sacris literis enodandis ignorantiam produnt; imò suo se gladio jugulant. Primùm enim non intelligunt, qua de causa Christus *in Evang. Lucæ 16. v. 12.* bona caduca, aliena pronunciet: ideo nimirum, quòd nos omnes, ceu curatores & administratores à Deo largitore constituti, nõ ad nostrum arbitrium, sed divinæ majestatis nutum, ea dispensare teneamur. Quâ ratione quidquid est terrenum, alienum est: quatenus aliundè, nempe ab eo, cujus proprium est, proficiscitur; & à nobis curatoribus accipitur. Vno verbo, non simpliciter, sed secun- 82
dum quid, collatione videlicet Dei dantis, ad homines accipientes, bona caduca, aliena censentur. Quando verò homo cum homine confertur: ea consideratione rerum tuarum, si modò legitimè tuæ sint, dominus esse potes justissime. Et quidem id proprio ipsorum adducto testimonio luculentum & planum evadit. Aliena, *lex inquit*, non concupiscas, *Exod. dicto cap. 20. v. 17.* Quibus verbis non omnia terrena intelligenda sunt, ut in dicto Christi *Luc. 16. v. 12.* (Alias enim nil terreni concupiscendum esset, nec tuum, nec alienum) sed aliena ea, quæ tua non sunt, nec tibi data, sed alterius propria. Aliena igitur, quæ nostra non sunt, sed aliorum, non concupiscamus: nostra verò, per Dei benedictionem modo legitimo acquisita, concupiscamus possideamus, tueamur.

Dictum porrò illud Christi, *Luc. dict. cap. 14. v 33.* 83
de terrenorum desertione, ipsorum instituto adeo non patrocinatur, ut potius adversetur. Nam in casu necessitatis, tempore persecutionis (quando fidei confessio, & religio nostra periclitatur) & communia & privata bona deserenda, Christoque soli adhærendum esse, nemo est, qui nesciat, vel neget. Interea verò extra illam fortunæ aleam, sua retinere, & possidere, cuivis Christianæ professionis homini concessum esse, manet firmum & immotum. Quinimò si nec quicquam cuiquam proprium relinqueretur; sed omnia forent communia: tum non cuique sua, sed omni omnis sine discrimine communis esset uxor. Christus enim

eo

eo loco (*Luca 14. v. 16.*) apertè tam de uxorum, quàm
84 bonorum desectione loquitur. Quod ipsum quamvis hypocritæ illi simulando & dissimulando negare, & palliare conentur: in Moraviâ tamen eò crudelitatis redacti sunt, ut infantes, quamprimùm lucem hanc aspexerunt, à nativæ suæ matris uberibus crudeliter avellere, & aliis lactandos commendare non vererentur: hoc subdolo, impio, abominando & execrando fine ac consilio, quò deinde successu temporis nec matres à liberis, nec liberi à matribus suis nativis agnoscerentur: sed facta tali commutatione, alterutra pars verè dicere posset: sibi nihil esse proprium; sed omnia communia: imò & liberos, & parentes. Quid igitur vetat, quò minùs & uxores modo dicto (licèt pudendo & abominabili) commutentur? Prò Deum! quàm ista Diabolica insânia? quàm fœdum & detestabile vivendi genus? Hæc eruditè ac verè refert D. Jacobus Andreæ *in concione Esslang. 8. sapius citatâ, f. 176 cum seq.* Et de horrendâ mulierum apud varias gentes communitate plura diligenter notavit Tiraquellus *lege. 7. connubiali, numer. 53 & seqq.* item Joannes Casus *lib. 2. Sphara civitat. c. 2.* Ast instant ampliùs Adversarii & objectant 1. *Corinth. cap 3. v 22* ubi sic legitur: *omnia vestra sunt, sive mundus, sive vita, sive mors, sive præsentia, sive futura.* Hincque ita argumentantur: Si omnia sunt nostra. Ergo etiam bona externa. Alliàs enim omnia nostra haud essent. At verum est prius. Ergo & posterius: & per consequens κοινωνία seu communio bonorum erit asserenda. *Sed respondetur:* quòd sensus verborum D. Pauli hic sit: omnia sunt vestra (πάντα πραγματικῶς hic positum est, pro πάντες προσωπικῶς) hoc est, nos Doctores (sive Paulus, sive Apollo, sive Cephas, qui *in v. 22.* expressè nominantur) sumus vestri, non ἀνίσως, h. e. inæqualiter, sed παρίσως, h. e. æqualiter vel ex æquo; hoc est, vestræ ædificationi & saluti destinati, ut vobis serviamus. Quare indecorum est, ut vos mei Corinthii magis in uno, quàm in alio, gloriemini. Non igitur loquitur Apostolus de Anabaptisticâ bonorum civilium possessione, sed de divinâ ordinatione, quâ omnia (tum personæ, tum res) communi Ecclesiæ utilitati unicè inservire debent: quia omnia ad piorum salutem divinitùs sunt ordinata, Sed inde non sequitur: ergo communio bonorum in Rempublicam bene constitutam est invehenda. Quia utraque est ordinatio divina; ac proinde neutra alteram tollit, aut evertit. *D. D. Dithmars. prædicto lib. 2. system pol. p. 214.*

85 Sextum argumentum adferunt de primâ creatione mundi & omnium rerum, quas ajunt statim initiò conditas ad usum hominum; & neque his, neque illis propriè attributas fuisse. *Genes. cap. 1. v. 28.* *Sed* facilis & expedita responsio est: quòd, licèt generaliter omnia ad usum generis humani sint condita (quod & profani Philosophi, comprimis Stoici norunt. *de quibus Tullius libro 2. de Natura Deor.*) ex eo tamen nequaquam sequatur: nullam rerum proprietatem esse debere. Nam Adami filii, Abel & Cain (*ut suprà num 58. demonstratum*) statim initio conditi mundi, post tristem scilicet lapsum, suos quisque & proprios greges atque agros habuerunt. Ac Deus ipse sanciens distinctionem dominiorum, jussit sorte dividi filiis Israel terram Chanaan: ita ut hereditates permanerent in familiis, nec sibi tribus miscerentur. *Numer. cap. 36.* Unde 86
Moses disertè testatur: gentes & populos per regiones ab Altissimo ipso esse discretos, *Deuteron. cap. 32. v. 8.* Quæ gentiũ sive populorum discretio, ut & dominiorum distinctio, in jure nostro tribuitur Juri gentium seu naturali. *l. ex hoc jure. 5. ff. de just. & jur. l. 1. ff. de acquir. rer. domin. §. vendita. 41. ibi, jure gentium, id est, jure naturali, inf. hoc tit.* Nec quidquam movet, quòd regerunt; Deum omnium in mundo rerum esse possessorem ac dominum unicum: ac proinde nihil proprii homines sibi vindicare posse. *Genes. cap. 14. v. 19. Psalm 24. v. 1. & Psal 49 v. 12.* Respondetur enim: alio modo Deum, alio modo hominem rerum possessorem dici. Deus res omnes; homo tantum aliquas possidet. Deus deinde ut auctor & dator; homo ut œconomus & dispensator possidet. Præterea, Deus res fecit, factasque homini dedit; ut propriè possideret: communiter usurparet: adeoque non sibi viveret ad avaritiam, sed proximo ad beneficentiam. *D. Dithmars. d. lib. 2 system. polit. pag. 216.*

Septimò, ogganniunt ampliùs Anabaptisticæ con- 87
fusionis patroni: illam, quam nos urgemus, bonorum proprietatem & dominiorum distinctionem, per peccatum & lapsum protoplastorum ortam & introductam esse: quando homines avaritiæ œstro perciti & impulsi sibi appropriârint eâ, quæ alioquin communia fuissent. Quâ ratione etiam homo à Deo abalienatus, ejusque mandatorum omninò ferè oblitus fuerit. Christiano igitur, à peccatis libero, illam privatam facultatum possessionem indignam esse; dignissimam verò bonorum communitatem. Quemadmodum enim sol omnibus communiter lumen & splendorem suum largiatur: sic debere Christianum in commune sua bona conferre, & elargiri. Ad hoc ob- 88
jectum respondeo, *ex sententiâ D. Iacobi Andreæ, loco sapè allegato, pag. 175.* dominiorum distinctionem à peccato ortum suum trahere, ne ullo quidem universæ Scripturæ testimonio evinci posse. Deus enim legitimam rerum divisionem, & dominiorum distinctionem, non modò ratam habet, & approbat: sed etiam ipse ejusdem auctorem sesé profitetur. Scimus autem, Deum non delectari iniqoitate, *Psal. 5. v 7.* Ideoque nec illa terrenorum divisio (quâ Deus delectatur) iniqua vel injusta censeri potest. Cœpit illa quidem post lapsum & transgressionem protoplastorum: sed ex illâ, aut per illam, initium suum non habet: verùm à sapientissimâ Dei ordinatione profecta est, qui non solùm nationes & regna. *Num. d. c. 36 Deuter. d. c. 32. v. 8.* sed etiam pauperibus bona sua distribuit, *Prov. cap. 22. v 2 Syrac. cap. 11. v. 14* Et de divisione terræ scribit D. D. Ægydius Hunnius *in quæst. super Genes. cap. 10. fol. mihi 227.* quòd etsi ea coram ratione appareat fortuita: tamen ex verbo Dei constet, Domini providentiâ cuilibet genti suam assignatam terram. *Esa. c. 44, Deut. c. 2. & d. c. 32.*

Octavò,

89 Octavò, adducunt auctoritatem Gratiani, qui in Decreto suo *initio distinct.* 8. autumat; communitatem rerum esse ex jure naturali, & initiò omnia fuisse communia omnibus. *Sed respondetur:* Gratianum vehementer hallucinari: & ex iis, quæ paulò antè allata sunt, sine ullo negocio refutari posse. Tametsi idem cum multis aliis sentiat Albertus Bolognetus, *in Dissertationib. de lege, jure & æquitat c.10.11.12. & 22.* & noviter Petrus Gilkenius *in §. singulorum. 11. n. 1. inf. h. tit.* Nec ad rem pertinet, quod vulgò regeritur: amicorum omnia esse communia. Nam id οὐ ἁπλῶς, sed κατά τι, ratione communicationis honestæ & voluntariæ, intelligendum est. *Forster junior. lib. singul. de domin. cap 10. n. 7. pag 369.* Vel, ut planiùs res declaretur: amicorum, adeóque Christianorum, omnia sunt communia, scilicet non quoad rerum κτῆσιν, hoc est, possessionem & proprietatem: sed communia sunt, quoad χρῆσιν, id est, usum vel usurpationem. *Francisc. Piccolomineus in universa philosophiâ de morib. grad. 7. cap 25. pag. 526.* Sic enim sana suadet ratio, ut alter alteri succurrat: ita tamen, ut servetur ordo nostri & proximi: qui tum in naturâ est fundatus: (Charitas quippe incipit à seipsa. *can. si non licet. 8. caus. 23 q 5* & proximus egomet mihi, inquit Comicus) tum ab ipso Deo, tam in veteri, quàm in novo Testam. præscriptus. In V. T. *proverb. suprà d. c. 5. v. 15. Bibe aquam de cisternâ tuâ, fluenta putei tui. Deriventur fontes tui foràs, & in plateis aquas tuas divide. Habeto eas solus, nec sint alieni participes tui.* In N. T. Paulus 2. *Corinth. c. 8. v. 14.* monet: ita erogandum esse pauperibus, non ut nobis sit tribulatio sive angustia (θλῖψις) aliis verò relaxatio (ἄνεσις) sed ut nostra copia aliorum succurrat inopiæ. Et 1. *Timoth 5. vers 8.* idem Apostolus scribit: *quisquis suorum rationem non habet, deterior est infideli sive Ethnico, & fidem abnegavit.* Vnde evidenter patet: κοινωνητικὴν istam Anabaptisticam & juri naturali, & divino esse contrariam.

90 Nonò, objectant D. Augustini non contemnendam auctoritatem, quam & Gratianus *dict. Dist. 8. can. 1. ex tractat. 6. ad cap. 1. Iohannis Evangelistæ*, adfert. Quo in loco ita scribit Augustinus: *Vade quisq; possidet, quod possidet? nonné jure humano? Nam jure divino Domini est terra, & plenitudo ejus: ut dicitur in psalm. 24. v. 1. Pauperes & divites una terra supportat. Dominus de uno limo fecit & pauperes & divites. Iure ergo humano dicitur: hæc villa est mea, hic servus est meus, hæc domus mea est. Iura autem humana, Iura Imperatorum sunt. Quare? Quia ipsa jura humana per Imperatores & rectores seculi Deus distribuit humano generi* Item: *tolle jura Imperatorum; & quis audet dicere: hæc villa est mea, meus est iste servus, mea est hæc domus? &c* Hæc Augustinus. Ex cujus verbis id evinci posse videtur: dominium sive dominiorum distinctionem esse ex jure civili, & ex jure humano, non verò ex jure naturali sive divino. *Sed respondemus:* Augustinum eo in loco, ut & Epistolis quibusdam, aliisque in locis, adversus Cresconium, & contra Donatistas id tantùm agere: ut constitutionem Honorii Imperatoris, quâ hæreticis Ecclesiastica bona adimuntur, & Ecclesiis Catholicis attribuuntur, demonstret esse legitimam, ac rectam: quia (*inquit in loco memoratis*) bona jure & constitutionibus Imperatorum habentur & possidentur. Quanquam Augustinus paulò liberiùs, quàm par fuit, locutus videatur. 91 *Hunnius lib. 2. var. resolut jur. civ. tractat. 1. quæst. 1. vers. ad quartum, &c pag. 309. & idem iisdem verbis in resolut. ad Treutleri volum. poster. disput. 18. th. 1. lit. I. pag. 380 vers. ad quartum respondeo, &c.* Tametsi enim verum est; dominia rerum esse confirmata jure civili, & legibus, atque constitutionibus: adeò, ut & Cicero pro Cæcina, & alibi, idem ferè scribat, quod hic Augustinus *nempe sublato Iure civili, nomini exploratum esse posse, quid suum, quid alienum, quid à patre acceptnrus, quid liberis porrò relicturus sit; neminemque posse rerum suarum dominium tueri:* tamen origo & jus primum dominii non ex jure civili, sed ex jure divino & naturali, sive gentium descendit. *dict. lege ex hoc jure. 5 ff. de just. & jur. d. l. 1. ff. de acquir rer. dom. d. §. singulorũ 11. & d. §. venditæ. 41. inf h. t. & ex sacrâ paginâ luculenter satis probatum.* Neq; huic repugnat, quòd jura naturalia, utpote divinâ providentia constituta, sit immutabilia. *§. sed naturalia. 11 supr. de jure natur. gent. & civ.* Distinctio autem dominiorum sit mutabilis: ac proinde non sit naturalis, aut ex jure naturali. *Nam* dupliciter dominia considerantur. Primo quo ad speciem; & falsum est, dominia esse mutabilia: quia semper permanent, neque unquam communio eorum instituitur. Deinde quo ad individua: & sic dominia sunt mutabilia: imò actu ipso mutantur, dum modo ab hoc, modo ab illo hæc vel illa res, pro vario fortunæ flatu, possidetur. *Dithmar. prealleg lib. 2 system. polit. p. 22.* Porrò de origine & distinctione dominii, videri etiam potest Ant. Merenda *lib. 2. controvers. jur. c. 15. pag 95. & seq. Huc referantur, quæ annotavimus ad d. §. 11. supr. de jure nat. gent. & civ.*

Decimò, suam de rerum communitate opinionem 92 confirmant auctoritate Platonis, qui *lib 5. de Repub & aliis in locis*, pro rerum communione argumentum hoc attulit: quòd nimirum ex eâ major inter cives concordia sit futura. Ast auctoritati Platonis opponimus auctoritatem non tantùm Aristotelis, qui *lib. 2. polit. c. 1. & aliquot seqq.* ipsum Platonem variis rationibus refellit, cumque à veritatis tramite longè latéq; aberrare ostendit: sed etiam Papiniani, qui materiam communionis discordiam excitare solere respondit. *l. cùm Pater. 77. § dulcissimis. 20. in fin ff de leg. 2.* Eàdemque de re egregiè *L. Cælius Lactantius Firmianus. lib. 3 divin Instit. c. 21 & seq. Ioan. Bodin lib. 1 de Rep. c. 2. Lucas Osiander* (*Cancellarius jam Vniversitatis Tubingensis dignissimus*) *in enchiridio controversiar. quæ Augustana confess. Theolog. cum Anabaptistis intercedt. c. 7. q 1. & 2. Francisc. Piccolomineus grad. 10. de morib. cap. 25. Ioan. Casus d. lib. 2 Sphæra civitat. c. 3. & Rodolph Goclen quæst. Ethic. 89. pag 415.* Et 93 sanè rerum divisionem ac proprietatem rationabiliter propter tria factam fuisse, asserit Frid. Scotus *lib. 4. sent. 15. dist. art. 2.* Primò ad excludendum negligentiam: quia si communes essent agri; in solitudinem reducerentur, & necessaria hominum sustentatio deficeret:

ceret: cùm commune communiter negligatur. *l.2.C. quando & quib. quarta pars debetur,&c.* Secundò, ad tollendum rixas, lites & controversias : ne cùm prompti sint homines ad litigia, unus plus, quàm alius ex terris occupare contenderet. Vnde Nemrod. robustus venator fuit dictus, hoc est, oppressor aliorum. *can. non est peccatum ad finem dist.6.* Tertiò ad tollendam ipsam malitiam: quia malitiosi puniri non possent, quòd plus, quàm alii, occupaverant : ex quo litigare & dicere possent, non capere se alienum, sed commune. Idque fusiùs exponit Georgius Valentinus Winthert (*aliàs Ventura de Valentiis*) *in parthenio litigioso. lib.1.cap.7.num.11.&seqq.* nec non Leonhard. Lessius *lib.2. de justit. & jur. cap.5. dubitat.2.& 3*

94 Vndecimò & ultimò, non desunt, qui opinantur, serioque volunt : omnia esse Imperatoris, aut supremi Principis ; huncque posse civibus res suas sive earum dominium, ex plenitudine potestatis, pro libitu, atque ita sine ulla causa auferre, & ad alios transferre *l deprecatio 9 ff ad l Rhod de jact. l. bene à Zenone.ult ibiq; Bald. & Dd. C. de quadrien. praescript. cum multis legib. similibus, inferiùs explicandis. Angel.in l.item.si verberatum 15 ff. de rei vind. Iason.ad l.omnes 6 sive ult num 3. vers sextò limita.C si cont. jus vel utilitat.publ & cons.227.& cons.236.vol 2. Bald.in l fi.C sent rescind.non pos.& cons 214. in fin. lib.2. Matt.de afflict in c.1 §.similiter num 14 de capit.quicur. vend. Felin.in c qua in Ecclesiarum 7.nu. 32.de constitution. Panormit. cons 84. lib 1.Paul.de Castr.consil 178 col.2.& cons.180 lib.1. Alex.cons 2. nu.14.vol.1.& cons.216.nu.14 vol 2 Capyc decis 166. nu.10, Decius cons.193.nu 3.cons.98 nu.2. cons.269. nu.5.cons.390.nu 14.cons.498 nu.26.Curt.Iun.cons. 138.nu 5.cons.158.nu.15. Gozad.cons 8.nu.38 & cons. 26.nu 10.&seq. Alb. Brunus cons 1 nu.55 Card.Paris. cons.106.nu 42.vol.1. & cons.11.nu.7. vol.2 & cons. 46.nu.44.vol 3 Menoch.cons.181 nu 25.vol.2. Vac. à Vacun.lib.3. Declar.cap 48 nu 9. & nonnulli alij, ab his commemorati*: qui omnes uno ferè ore testantur: Principem absolutam habere potestatem, nullis legum cancellis circumscriptam, atque propterea neminem illi, quod ab ipso decretum, factum, gestumvè fuerit, refragari posse. Imò Angelus Perusinus *in d. l item si verberatum 15.§ 1 ff. de rei vind* dicere non erubuit : mentiri eos per gulam (*sic enim mendaciter loquitur*) qui Principem, potestatis plenitudine utentem, ab aliquo rem suam auferre non posse, affirmaverint. Quo dato inde sequi videtur : supervacuam planè esse hanc nostram de dominiorum distinctione, seu proprietate rerum, susceptam disputationem & explicationem : cùm omnia Principis esse dicantur : vel certè ipse alicui res suas aut rei suae dominium absquè causa ullâ adimere, pro suo arbi-
95 trio, queat.

Verùm enimverò, utut isthaec opinio complurium non infimae notae Doctorum calculo approbata sit : ego tamen eorum sententiam ut communiorem, ita & verioribus rationibus subnixam esse judicio, qui intrepidè statuunt : neutiquam omnia Principis esse; nec eum, extra casum publicae necessitatis & utilitatis, vi solius legibus non circumscripti Imperii, rei suae dominio quenquam privare posse. Et sanè prius hujus assertionis membrū quod attinet : id nullâ protsus probatione indiget. Nam vel ex hoc ipso, quem interpretandum discutiendumque suscepimus, titulo (*quo inscribitur. de rerum divisione, & acquirendo ipsarum dominio*) perspicuum evadit; non omnia ad principem pertinere. Si enim omnia ipsius essent: omnem operam & oleum tum Iustinianus Imperator, tum ICti perdidissent ; qui tam varios acquirendi dominii modos diligentiâ summâ tradiderunt. Huicque sententiae noviter calamum applaudentem porrexit Iohannes Bruningius *Discurs. palastra Imperialis 4. th.4. sub lit g.* 96

Accedit, quòd rei vindicatio illi datur, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit, adeoque 97
dominus est, *l. in rem actio 23 ff. de rei vind.* Atqui rei vindicatio datur singulis. *l.1. in princ. ff eod.* Ergo singuli jure gentium vel civili domini sunt : & consequenter, cùm duo in solidum unius rei domini esse nequeant *l si, ut certò. 5. §. si duob. ff. commod l.3. §. ex contrario. 5 ff de acquir. vel amitt. possess l de hereditate 19.§ pater 3 ff. de castrensi pecul. & l. quod contra 141. in fin. ff de reg jur.* Princeps rerum privatorum dominus non erit Taceo nunc ea, quae suprà pro distinctione dominiorum ex sacra scriptura cumulatè sunt adducta *nu.55 &seqq.* 98

Ad alterum assertionis hujus membrum, quantum pertinet : quòd videlicet Princeps alteri rem aut jus suum non, nisi ex justâ publicae necessitatis vel utilitatis causâ, auferre possit : id multis, iisque non infirmis, ostenditur fundamentis. Primum deducitur *ex praall l. item si verberatum 15. §.2 ff. de rei vind.* ex qua colligitur, agrum veteribus colonis sive possessoribus ablatum, & militibus, qui strenuam Reip. navarant operam, à Principe assignatum ; & quod consequens est, colonos ob necessitatem vel utilitatem tantùm publicam, dominio suo privatos fuisse. Etenim istâ utilitatis vel necessitatis publicae causa cessante : verius est, Principem alicui invito rem suam eripere, & alteri dare non posse, propter vulgatam & tritam juris regulam, quae docet : id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse. *l.* 99
id, quod nostrum 11. ff de R I. Quae regula, cùm ex ratione naturali robur suum habeat, perpetua est : proindeque in Principis quoque personâ obtinet *§. sed naturalia 11. I de iur. natur. gent. & civ. l. omnes 9. vers quòd verò ibi, naturalis ratio inter omnes homi-* 100
nes constituit ff de just. & jur. Quò commodè referri potest exemplum notabile punitionis Achab Regis, ob ereptam absque ulla justa causa Nabotho vineam suam, *lib.3 Reg c 21. juncto lib.4. Reg.c.9.&10.* Et id, quod *Ezech cap.46 v 18* his verbis scriptum est : *Non accipiet Princeps de hereditate populi per violentiam, & de possessione eorum: sed de possessione suâ hereditatem dabit filiis suis: ut non dispergatur populus meus unusquisq; à possessione suâ, &c.*

Secundò, sententia haec comprobatur textu *l. Lucius 51. ff. de evict.* ubi scribitur, praedia trans Rhenum sita, quae

quæ privatorum fuerant, præcepto principali partim
distracta, partim veteranis in præmia fuisse assignata.
Id autem ob causam publicæ utilitatis factum esse,
inde evidens est; quod prædia veteranis data idcirco
fuerant; quò alacriùs & curà intentiori Rempubl. de-
fenderent. Itaque non rectè sentire puto illos, qui in
hac lib. 11. (*ut & priori lib. 15. ff. de rei vind.*) agros pri-
vatorum, ob delictum eorum aliquod, militibus assi-
101 gnatos, fuisse contendunt: quippe cùm delicta non
præsumantur, sed clarissimè probari debeant. *l. meritò
51. ff. pro socio l. ult. C. de probat. Menoch. l. 5. præsumpt.*
102 27. *nu 1. & præsumpt. 35. nu. 8. & passim.* Præterea si in
facti specie dictæ *l. Lucius 11. ff. de evict.* propter deli-
ctum & culpam emptoris (ut Frider. Pruckmannus *in
eleganti suo tractat de Regal. §. soluta potestas cap. 4.
effect. 5 nu. 34. fol. 310.* secutus glossam, & novissimè
Hunnius *lib 2. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 3. p. 321.*
perperam suspicatur) prædium principali jussione ei
ademptum fuisset: quorsum dubitasset Paulus IC. an
hujus ademptionis periculum ad venditorem pertine-
ret? cùm explorati juris sit, quòd periculum rei, ob em-
103 ptoris culpâ evictæ, ad venditorem non spectet. *l. empt.
8. C. de evict.* Quinimo non intelligitur evictum esse
emptori, quod propter culpam suã, vel delictũ amisit.
Loquitur autem Paulus de prædiis evictis, *ibi, futuros
casus evictionis, &c.* Innuit ergo, prædia sine empto-
ris culpâ eidem ablata fuisse. Similiter quòd in casu
d. l. item, si verberatum 15. §. 2. ff. de rei vind. non pro-
pter delictum, putà rebellionem, seu ab Imperii Ro-
mani jugo defectionem, ager possessori ademptus, &
militibus assignatus fuerit: ex ipso textu demonstrare
non est difficile; dum perspicuè ostendit, *modi cum
honoris gratiâ possessori datum.* Si enim possessor agri
ob rebellionem, vel simile grave delictum, agro fuis-
set privatus: nihil profectò honoris causa ei datum fuis-
set. *l. quisquis 5. C. ad l. Iul. majest.*
104 Tertiò, assertionem nostram non parùm juvat *l. 2.
§. Cassius autem 3. ff. de aq. & aqua pluv. arc.* ubi ex
Cassii mente affirmatur; quòd, si publica auctori
tas, hoc est, Princeps vel Senatus dederit alicui facul-
tatem opus aliquod instituendi, per quod aqua in a-
lienum fundum cum damno domini immittatur, licèt
aquæ avertendæ gratiâ regulariter actio, de aqua plu-
via concedatur; in hac tamen specie ideo denegetur,
quòd opus, per quod immittitur aqua, publicâ aucto-
ritate sit factum. Ex quo colligere promptum est,
quòd publica auctoritas, id est, decretum Principis vel
Senatus, ob publicam necessitatem vel utilitatem con-
cedere possit, cum detrimento domini in ipsius fun-
dum aliquid immittere.
105 Quartò, huic sententiæ plurimùm inservit *l. ædificia
14. C. de operib. publ.* ubi Impp. Arcadius & Honorius
rescripserunt: ædificia, aliaq; opera privata mœnibus
vel publicis operibus ita sociata & applicita, ut ex his
incendium vel insidias vicinitas reformidet, ob Reip.
utilitatem dirui ac prosterni debere.
106 Quintò, innititur nostra conclusio toto tit. *C. pro
quibus caus. servi pro præm. libert. accip. lib. 7.* In o-
mnibus siquidem casibus ibidem expressis, (puta, si
servi necem domini indicaverint, *ut in lib. 1.* si reum
falsæ monetæ detulerint, *ut in lib. 2.* si raptum virgi-
nis protulerint in publicum, *ut in lib. 3.* si denique de-
sertorem militiæ prodiderint, *ut in lib. ult. Cod. eod.*)
servi è manu dominorum, ipsis etiam invitis, liberan-
tur; & libertate donantur: & per consequens domi-
nium in servos dominis, licèt dissentiant, facto Prin-
cipis ob commodum seu utilitatem publicam eripi-
tur. Publicè enim interest, multos invitari, quibus- 107
cunque præmiis ad crimina jam delibata, ejusque
generis alia detegenda, quò legitimis pœnis coer-
ceri & vindicari possint *l. ita vulneratus 51. § 2. ibi,
cùm neque impunita maleficia esse oporteat. ff. ad l.
Aquil. l. locatio. 9. §. quod illicitè 5 ff. de publican. &
vectigal. l congruit 13 ff. de offic. præsid. l. 1. Cod. ad l.
Iul. repetundar. cum similibus.* Nec verissimum hunc 108
istius tituli sensum labefactat, quod objicitur à qui-
busdam; per modum condendæ legis fieri, ut do-
mini mancipiis sive servis suis priventur. Nam hæc
interpretatio apertè diluitur per *lib. 2. in princip. ff.
ne quid in loco publico*, ex qua liquet, quòd ea-
dem potestas sit Principis in concedendo aliquid
cum incommodo alterius, quæ est legis. Si igi-
tur lex, publicâ necessitate & utilitate suadente,
rem alicui suam auferre potest. cur non etiam Prin-
ceps, qui eandem hac in parte potestatem habet, id
ipsum facere poterit? cùm præsertim eadem sit ra-
tio in Principe, quæ in lege. Quemadmodum enim
eo ipso, quòd quis jura civitatis nancisci cupit, simul
sese legum vinculis, quæ in illo loco vigent, astringit:
ita etiam eo ipso, quòd quis se Principi subjicit, tacitè
profitetur, illis omnibus se obtemperaturum, quæ
Princeps, jure permittente, imperabit. Cùm ergo ea-
dem militet ratio in Principe, quæ in lege: idem
quoque jus utrobique meritò statuendum erit. *l. illud
quæsitum 32. ff. ad legem Aquil. l. à Titio. 108. ff. de
verb. obligationibus.*

Sextò, pro assertione nostrâ optimè facit textus *in* 109
l. 2. C. de communium rer. alienat. ubi fiscus posses-
sionem vel fundum totum, quem cum privato com-
munem habebat, socio invito, distrahere potest: ac
proinde ob publicum fisci favorem, jus & dominium
tertio, quantumvis invito, adimitur. Cæterùm quòd
quidam legem hanc de eo casu accipiunt, quo con-
sensus, sive expressus, sive tacitus, socii accesserit: istam
interpretationem, tanquam manifestè divinatoriam,
cùm verba textûs prorsus nihil de consensu expri-
mant, meritò rejicimus.

Septimò, eadem Doctrina stabiliri solet *textu in l.* 110
*ut gradatim. 11. §. quotiens 2. ff. de muner. & hono-
rib. itemq; l. quod semel 5. ff. de decretis ab ordine fa-
ciend.* ex quibus perspicuum evadit, quòd publica
tantùm utilitas vel necessitas sufficiens causa sit, ob
quam Princeps adimere, vel minuere jus suum cui-
quam possit.

Octavò, non parùm eòdem confert textus *in cap.* 111
*cùm inter 16. de elect. & cap. 2. de præbend. lib. 6 & c.
c. concordantibus. item c unic. tit. 7 lib 2 feud.* ubi ne-
gatur, Principem posse sine culpa devestire, quos an-
teà investivit. Ergo multò minùs poterit Princeps
sub

subditos citra legitimam causam re sua privare, in qua nihil ipse juris obtinet.

112 Nonò, robur addit pronunciato nostro non exiguum Modestinus Iuresconsultus *in l. ult. ff. de natalib. restituend.* ubi respondet, ne quidem per natalium restitutionem patrono jus suum Imperatorem auferre posse. Nec enim moris nostri est, in cujusquam injuriam beneficia tribuere, ajunt Impp. Diocletianus & Maximianus *in l. nec avus 4. C de emancipat. liber.* Incivile quippe omnino atque insinuatum est, si quis rescripto Imperatoris alteri jus quæsitum auferre desideret. *l. incivile 12. Cod. de rei vindicat. l. 3. Cod. de rescind. vendit. l. eum te. 9. Cod. de donat. ant. nupt. l. donationem. 5. Cod. de revocand. donat.*

113 Decimò, pro decisionis nostræ stabilimento convenienter adducitur textus in Aurea Bulla Caroli IV. Imp. *cap. 5 §. ult.* ubi disertè cautum est, quòd coram Electore Palatino Rheni, Imperator sive Rex Romanorum conveniri possit, & de justitia respondere teneatur. *At quid verò Elector Palatinus Rheni judex esset constitutus Imperatori, si eidem liceret alteri rem suam auferre? *Hacque de re videantur Petrus de Andle lib. 2. cap. 20. de Imper. Roman. & ibi Marquard. Freher, in Not. ad verb. illud insigne privilegium. pag. 194. fac. 2. Ludolph. Schrader. in tracta. feud. part. 10. sect. 1. num. 35. Daniel Otto in Dissertat. de jure publico cap. 16. pag. 55. & Quirinus Cubach. libr. 2. Iurisprud. public. cap. 30. nu. 31.*

114 Vndecimò, huc quoque valde confert, quòd Imperator jurejurando adstrictus tenetur, legibus ut experiatur, si quam actionem habeat contra aliquem, nec ullam vim adhibeat iis, legitimæ cognitioni qui se sistunt, *ut constat ex pact. sive Artic. obligat. prastand apud Goldast. tom. 2. Constit. Imperial. pag. 141. artic. 18.* Invito autem alteri rem suam tollere, nunquid vis est? *l. extat. 13. ff. quod. met. causa, &c.*

115 Deniq; ut sententia hæc, quâ volumus, Principem non, nisi ex causa publ. utilitatis vel necessitatis, jus aut rem alterius auferre posse, præcitatis juris textibus solidè suffulta: ita & crebrioribus atque famosioribus gravissimorum Iurisconsultorum suffragiis egregiè communita est. Eam namque amplectuntur Bartol. *in d. l. item si verberatum 15. §. 1 ff. de rei vind. & in l. fin. Cod. si contra jus vel utilit. publ. Didac. Covarr. variar. resolut. 3. cap. 6. nu. 5. Fernand. Vasquius controvers. Illustriss. lib 1 cap. 5. Zasius in l princeps 31. ff. de legib. & cons. 10. num. 6. & seqq Tiraquell. ad l si unquam. in verb donatione largitus num. 43. Cod. de revocand. donat. & in tractat. de pœnis temp. in præfat. num. 38. Emanuel Soarez. com. opin. lit. P. num. 258. Vallasc. in l. imperium 3. num. 146. vers. est etiam ff. de juris dict. Anton. Gabriel Roman. tract. regul. libr 3. tit. de jure quæs. non tollend. conclus. 1. num. 1. Decius in l. id, quod nostrum, 11. num. 3. & ibi Cagnol. num. 15 ff. de reg. jur. Peccius in tract. de testam. conjug. lib. 3. cap 21. num. 2. Gail lib. 2. observ. 56. Thomas Grammat. decis. 66. num. 2 & 3. Cravetta cons. 3. num. 4. cons. 7. num. 10. cons. 103. num. 3. cons. 240. num. 12. Frider. Schenck. in cap 1. §. notandum. num. 7. de his, qui feud dar. poss Borcholt. tract. feud. cap. 7. p. 2. num. 55. Fortunius Garcia in l. Gallus, 29. §. & quid, si tantum num. 121. ff. de liber. & posthum. Sfortia Oddus tractat. de restitut. in integr. quæst. 99. num 55. Costalius in dict. loc. item si verberatum 15. num. 8. ff. de rei vind. Nicol. Bellon. cons. 2. num. 6. Bursat. cons. 54. num. 17. cons. 78. num. 12. vol. 1. Acad. Patavin. inter cons. divers. cons 17. nu. 43. vol. 3. Acad. Witeberg. int. cons. divers. cons. 2. num. 48. vol. 2. Sarmient. lib. 1. selectar. interpr. cap. 8 num. 13. cum seqq Bodin. lib. 1. de Republica cap. 8. Mynsinger. cent. 5. observ. 97 Ruinus cons. 4. num. 17. col. penult. & cons. 95. num. 10. col. fin. vol. 3. & cons. 94. in princip. vol. 4. Marian. Soc. cons 120. num. 32. & 35. vol. 2. Anton. Peregrin. in tractat. de jure fisci. lib. 1. pag. 78. num. 26. & seq. & pag 97. num. 66. Valtejus lib. 1. Iurisp. Roman. cap. 12. num. 34. Hartman. Pistoris part. 2. quæst. 40. num. 43. Matthæus Cuno in tract. de pact. lib. 1. cap. 22. num. 23 Iohan. Fichard. cons. German. 129. num. 12. part 2. Theod. Petreus in thesaur. controvers. conclus. crimin. conclus. 57. D. Bocerus in tract. de investitura feudi cap. 3. num. 74. & sequentib. Illustris Baro Dn. Eneukel in tract. de privileg. jur. civ. lib. 3. cap. 6. num. 4. D. Besold. & Frideric. Richard. Meckel. in Dissertat. de præmiis conclus 19. Idem Besold. lib. 1. politicor. cap. 2. num. 46. & dissertat. juridico-polit. de jure & divis. rer. cap. 4. num. 3. & seqq. D. Martinus Rumelin. Gener. mihi clarissimus, Dissertat. 5. part. 1. ad Auream Bull. Caroli IV. Imper. thes. 9. Forster. junior. dict. lib. singulari, de dominio. cap. 11. num. 4. pag 372. Alber. Gentil. disput. 1. de potest. reg. absolut Kubach. cent. 1. quæstion illustr. decur. 3. quæst. 5. & 6. Reborus Disput. 1. ad Coronid. l. Matthias Stephani cent. 1. quæst. 17. ad liter. B. Brenchorst. cont. 1. Miscellaneus controversiar. juris, assert 1. Hieronymus de Cavallis in speculo aureo opinionum commun. contra communes, quæst. 577. cum seq. tom. 2. & alij infiniti, ab his allegati.*

Reliquum nunc est, ut fundamenta & rationes Doctorum, contrarium opinionem sectantium, pro virili refellamus. Nec enim satis est, verum dicere: sed simul contraria refutare, & falsitatis causam assignare oportet, *secundum Aristotel. lib. 7. Eth. cap. 14. & Nevizanum in syl. suâ nupt. quos refert Borcholt. in Commentar. ad t. ff. de verbor. obligat. cap. 3 nu. 27. in fine.* & objectis non respondere, est vel animi elati, vel ignorantiæ tenebris involuti, *juxta Curtium seniorem consil. 50. num. 7. Rolandus à Valle consil. 50. num. 31. vol. 1. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 8. tit. 18. num. 21. & Arumæum part. 1. decis. 8. num. 33. quos laudat D. Georgius Mundius in Comment. de diffamat. cap. 4. num. 48. pag. 113. edit. 2.* Primò itaque non obstat *d. l. deprecatio. 9 ff. ad l. Rhod de jact.* ubi affirmatur, Principem seu Imperatorem mundi dominum esse, & per consequens de omnibus mundi rebus, pro arbitratu suo disponere posse. *Nam* communiter Interpretes respondent; Principem mundi esse Dominũ, respectu jurisdictionis, Imperii, protectionis 116 117

& defensionis: non verò respectu rerum singularum, quæ dominos particulares habent. *Bartol. in procem. ff. in princ nu.3 Marant Disp 8 nu 27 Roland à Valle cons.88.nu.7.vol.1. Cach.dec 30.nu 5. Peregr.d.tract. de jur fisc.lib.1.t.2 nu.40. Decis cons.528.nu.9. Felin. in c.quæ in Ecclesiarum 7 de constit. Sonsbecc. tract. feud p 13.nu 64. Alexand cons.112.nu.3.vol 4. Bartholomæus de Las Casas, in quæst. de Imperatoria vel regia potestate.§ 3.nu 11 Theodor. Reinktack in tract. de regim secul & eccles lib.1.class 3 cap.13.nu.21.cum seqq. Borcholt. in expl.c. quæ sunt regalia nu.30. circa fin. Costal. in sæpè alleg. l item, si verberatum nu 6. ff. de rei vind. Frid Pruckman.in prædicto suo tractat. de Regalib. §. soluta potestas cap.3. nu.117. Cothman. in Commentar. ad tit.1.lib 1. Cod quæst.3.num.14.cum seq. Iohan. Dresan. in conclusionib. de superioritate territoriali th 4.ad lit b Ioan. Georg. Majer. Gener mihi dilectiss. in synopsi jurisprud Beneficiaria, sect 3. c.6. reg.1.nu 49.* Quò pertinet illud Senecæ: Rex omnia possidet imperio: at singuli dominio *lib.7. de benefic.cap.5. eumq. deferens Matthias Bernegger. in spe-*

118 *culo boni Principis cap.7 nu.10.* Mundum autem hîc non de universali terrarum orbe, sed synecdochicè de ea tantùm parte, cui quisque Princeps, vel successione, vel electione præest, vel quæ Romano Imperio subdita est, accipere debemus. Nunquam enim totus terrarum Orbis vel Romano, vel alii cuicunque Monarchæ paruit: sed indomiti semper complurimi permansêre populi, dicta, jussaque peregrini Principis respuentes: ut patet *ex l. mercatores 4 C de commerciis & mercator.* ubi Impp. Honorius & Theodosius cotundè fatentur: alios homines suo Imperio, alios Persarum Regi subjectos esse. Idem dilucidè probatur ex *l. omnibus 25 ff ad Senatusconsult. Trebell l. non dubito 7. ff. de captiv. & postlim. revers. l.2. C. de officio præfecti prætorio Africa. l.1, Cod. de summa Trin. l.2. in princ. ibi. in omni orbe terrarum, qui Roman. imperio suppositus est. C de jurejurando, propt. calum dand. & l. ult. C. de ædific. privat.* Quibus in locis quoties Imperatoriæ ac Romanæ Iurisdictionis fit mentio: relatio in eos dirigitur, qui sub Romano Imperio sunt. Quasi expressim inibi significetur: in Orbe innumeras existere nationes, quæ à Romanorum & Cæsarum Imperio atque jurisdictione liberæ sint, & immunes. Eâdem responsione removeri poterit, quod objicitur *ex procemio harum Institut. §. 1. l si duas 6 §. est autem. 2. ibi, universo autem orbi. ff. de excusationib. Nov. 105. cap.2. §. subjaceat. 4. in fin. & Luc. cap.2. v.1. ibi, exiit edictum à Cæsare Augusto, ut describeretur seu conferetur universus orbis, &c. Idq; latiùs persequuntur Covarruv. in c. peccatum. 4. p.2. §.9. nu.5. de reg. jur. lib.6. & Ignæus in l. necessarios. 5 §. non aliâs. p.3. per tot. ff. de Senatusconsul. Silan. quos refert & sequitur Pruckmannus d. §. soluta potestas. c.3. nu.119.* Eâdem de re videantur *D. Lansius. & Steno Bielke in Dissert. de Legib. coroll. 44. itemq; D. Besoldus & Iohan. Aybin. in Throno majestatico, sub assert.1. p.9. & in thesaur. Practico. lit. H. nu.28. pag.394. Iohan. Vlric. Rechling. in discurs. de Monarchia Rom. cap.1. conclus.19. Iohan. Limnæus tom.1. lib.2. de jure publ. cap.8. pag.97. cum seqq. Caspar Klockij in tract. nomicopolit. de contributionib. cap.4. nu 8. cum seqq. & Dan. Otto in dissertat. de jur. publ. cap.6. pag.81. & seqq. edit.3. ubi id fusiùs explanat.*

Deinde non adversatur *s. allegata l. bene à Zenone* 119
ult. C de quadrien. præscript. in qua omnia Principis esse, legitur. Si igitur omnia Principis sunt: consequens erit, nullam dominiorum distinctionem esse, solumque Principem de illis pro libitu arbitrii & voluntatis, disponere posse: cum rei suæ quilibet sit moderator & arbiter, *vulgatâ l. in re mandata. 21. C. mandati.* Non, *inquam*, lex ista adversatur. Neque enim simpliciter, & indiscriminatim de omnibus subditorum, bonis loquitur: sed expressè de patrimonialibus tantùm & fiscalibus agit, eaque Principis esse, disponit. *Cujac. lib.15. observat. c.30. circa fin. Gothofred. ad d. l. ult. C. de quadr. præscript.* Committitur ergo in ea, fallacia secundùm quid, ad dictùm simpliciter; quæ argumentandi ratio, ut in aliis semper, sic quoque in jure minimè procedit. *Everhard à Middelburgo in præambul. locor. legal. nu.24. ante fin. Coras. lib.3. Miscell cap.19. nu.8. Teming. decis.26. nu.33. Molin. in l.1. § si quis simpliciter 3. nu.67. & l.2. in princ. nu.13. ff. de verb. obligat.* Et licet nec fiscalia bona propriè sint Principis, ut Maximiliani, Ferdinandi, vel Rudolphi; cùm ea Cæsaris possessionibus opponantur *l.3. §. penult. ff. de jure fisci:* dicuntur tamen Principis esse, ut Principis, duplici ex causa. Primò, quòd in usum Principis sive Imperatoris Romani, in signum supremæ eminentiæ ei reservata sunt, *ut arguit textus in constitutione Friderici Imp. de pace constantia. §. volumus, ut regalia. & recessus Imperij de Anno 1576. §.* Dardurch dann/ *ibi*, zu unser Keyserlichen Hochheit und Reservaten/ꝛc. Deinde, quòd illa non, nisi Imperator Romanus, concedere aliis potest, *sicuti indicat recessus Imperij de Anno 1530. in fin. ibi*, So Regalien von uns/oder dem H. Römischen Reich hat/ꝛc. *& notavit D. Bocer. d. tract. de investitura feudi. cap.3. nu.77.*

Rursus non obest *l. Princeps 31. ff. de legib.* ubi disertè 120
ab Vlpiano expressum est, Principem legibus solutum esse: & consequenter obsolutam, quam habet, potestatem alicui invito, etiam sine causa, bona sua auferre posse. *Etenim* † ad illam varii variè respondent. Cu- 121
jac. *lib.15. observ. cap.30.* scribit, Græcos Interpretes eam accipere de legibus pœnariis, ita ut Princeps delicti à se commissi pœnam legibus definitam non sustineat; cùm judices non habeat. Ipse † verò Cuja- 122
cius eam de legibus caducariis, seu odiosis, nempe Iulia & Papiâ tantùm, interpretatur; hoc argumento, quòd desumpta sit ex Vlpiano *lib.13. ad l. Iuliam & Papiam:* quæ de caducis erat lata, quod ex inscriptione ipsius legis appareat. Idem censent Anton August. *lib. de legib. & Senatuscons. cap.17.* & Tob. Paurmeister *lib.1. de jurisdict. cap.19. nu 7.* Gothofredus *in no-*
tis ad Nov. 105 cap.2. in fin. Vlpianum † ita intelligit; 123
non quòd sit Princeps verè legibus solutus, sed quòd solutus videatur, *arg. l ex imperfecto. 23. ff. de leg.3.* Dominicus à Soto. *lib.1 de justit. & jur. quæst.6. artic.7. Thom. in lib.11. quæst.6. art.6.* Sebastianus Foxius

xius Morcillus lib.2.de regni, Regis, ac princip.instit.q.
124 33.Didacus † Covarr in relict.c.alma mater.p 2 §.1.n.
4.de sent.excommunic.lib.6.Fachineus lib.1. controv.
jur.c.2. Barclajus lib.3.contra Monarchomachos.c.15.
Adamus Contzen.lib.5. politicor. c.20.§.2.pag.304.
Gregor.Lopez.lib.singul.animadvers.jur.civ.c.35.n.
2.& seqq. aliique ab iis citati autumant: Principem le-
gibus esse solutum, quoad vim coercivam seu coa-
ctivam, quia videlicet nemo eum cogere possit ad le-
gum observantiam: sed non, quantum ad vim dire-
ctivam seu regulativam, quia teneatur illas servare.
Idque fusiùs examinat Balthasar Meisner. in dissertat.
de Legib lib.4.sect.1.quæst.10.pag.299.& seqq.ut &
Daniel Otto in Dissertat.juridico politic. de jure pub-
lico Imperii Romani.cap.8.pag.127.& seqq.nec non
apud Arumaeum vol.2.de jur.publ.discurs.14.th 4.
cum seqq.pag.536.& seqq. Quibus addatur Bachovius
125 in §. ult. infr.quib.mod.testam.infirm.pag.509. Basili-
us Monerus, de matrim.fol.21.& Erasmus in Colloquio,
cui fabulosi convivii inscriptio est, circa med pag.mi-
hi 381. eumque referens Pruckmannus in prædicto §.
soluta potestas.cap.3.num.80. Principem legibus solu-
tum ajunt: quia ea, quæ lex requirit, & quæ alii coacti
utcunque servant, Princeps suapte sponte multò cu-
mulatiùs præstare debeat; sicut ingenuum ac heroi-
126. cum animum decet. Guilielmus Onciacus. qu. Philos.
27.n.4.opinatur: Principem de facto legum vinculis
127. solutum, jure verò esse obstrictum. Vultejus ad §.sed
& quod Princips.6.s.de jure nat.gent.& civ.n.7 & 8.
docet: Principem omnibus legibus, tam à populo Ro-
mano, quàm ab ipso, & Antecessoribus suis latis, solu-
tum & liberum: interim tamen legibus divinis & na-
turalibus (utpote quæ Vlpiani regulâ non continean-
tur) teneri atque adstrictum esse. D. Besoldus in dis-
sert.polit.jurid.de majest.sect.1.cap 7 & lib.1 polit c.
2 num.32.pag.82. itemq; vol.4.consil.180.n.101.&
seqq.fol.219. aliique ab eo relati distinguunt inter or-
dinariam Principis potestatem, & extraordinariam: &
secundùm ordinariam potestatem, principem legibus
subjectum: secundùm extraordinariam verò iisdem
solutum esse, existimant. Besoldum refert. & sequitur
128. Wurmser.exercitat.3.de jure publ quæst.1.pag.98. Ple-
rique denique alii distinguunt inter leges merè posi-
tivas sive civiles, jurisque solennia; & inter leges natu-
rales sive divinas, atque gentium, sicque eas, quæ pub-
licum respiciunt bonum, & concludunt; Principem il-
lis omnibus esse exemptum: his verò, cùm sint incom-
mutabiles, non item. § sed naturalia.11.s.de jur.nat.
gent.& civ.l.2.§.1.ff.de usufr.ear.rer.quæ usu.consu-
muntur.ac proinde populum Romanum, qui lege regiâ
omne suum imperium & potestatem, in principem
seu Imperatorem transtulit. d.§.sed & quod principi.
6.s d.t.& l 1.ff.de const.Princ.his eundem solvere non
potuisse: & consequenter etiam, eundem Principem
neque cuiquam rem suam sine justâ causa auferre, ne-
que proprium contractum transgredi posse; etiamsi
utatur plenitudine potestatis: quia ejus potestas, ut-
cunque plena, ad id sese non porrigat: cùm pacta &
129. contractus violare nefas sit jure naturali & gentium, l.
1.ff.de pact.l 1.ff.de const.pec.l 3.C.de rescind.vendit.
Iason.in l ex imperfecto.3.C.de testamentis, &c. Idq; post plures alios, à se laudatos, latiùs explanat Iohan. & Kitzelius in tract de jure monetar.clas.1.theor.1.sub lit O.p.20 & seqq.

Atque hanc expositionem sive sententiam (à quâ & Vultejus loco suprà annotato, & lib.1.Jurisp Rom.c.1.n 25 & seqq.minimè videtur alienus) probabiliorem, eique adhærendum esse, omnino statuo: cæteris omnibus tanquam nimis vel angustis, vel divinatoriis, vel incommodis, rejectis. Auctores autem ejus sunt: Ferdinandus Vasq lib 1.cont.ill c.26 n.15.Coras.lib.2.Misc.c.25.n.4 & 5 Wes.in § fin.n.4.ins quib.mod.test.infirm. Connan.Comm.jur.civ.lib.1 c.16.n 8.& 10. Anton. Muret.ad d.l.Princeps.31 ff.de legib. Anton. Fab. tom.1. jurisprud Papin.tit.2.princip.8.illud.2.Schifordegh.lib.3 tract.19.quæst.21.Vngepaur.exercit.Justin.2.quæst.5. pag.44.cum seqq.edit.ult. Bender.in tract.de Revis. concl.22.n.16.& seqq. Bronchorst.cent.1.ἐναντιοφανῶν.assert.6 edit.1. Niellius Disp.feud.2.thes.3.lit.B. Treutler.Disp 1.thes.6.vol.1 Scipio Gentil.in Disp.de Principatu Rom.th.30.& seq.Theodor. Reinkingk.in tract.de regim.secul.& eccles.lib.1.clas.3.cap.12.num.3. cum seqq. Hænonius Disp 1.sub.controvers.17.item D. Thomas Lansius. in Discursu de lege Regia.thes.62. cum multis seqq.& in Dissertat.de legib.in Corollar.46 & Andr.Scheplius in Orat sive quæst.An Princeps leg. sit solutus Qui duo posteriores omnia argumenta, quæ contra hanc nostram sententiam opponi possunt, solidè refutant. Eâdem de quæstione prolixè admodum & variè disputant D.Collega Bocer.d.tract.de investitura feudi c.3.n.78.& pluribus subseqq.D.Collega Besold.in Oiconomia.tit.3.& 4.libr.1.ff.n.7.pag.137. & seqq.Hunnius lib.2.de interpretat.& auctorit.jur. cap.1.quæst.6.pag 135.cum seqq. D. EuenKel.lib.1.de privileg cap.8.& lib.3.cap.3.& seqq. Bachovius in not.& animadvers.ad Treutler.vol.1.disp.1.th.6.lit. A.& B.Pag.24.cum seqq Kubach.cent.1.quæstion illustr.decur.3.quæst.1.& 2.Riemer.decad.1.q.7.Frantzius exercit.1.quæst 8.p 17.c.2.Lyclama.4.membran. ecl.20.Ioh.Calvin.seu Kahl.in tract.de Principe.cap.2.& fol.93 Ioh.à ChoKier in thesaur polit.aphorism.2.c.2.fol 52. Henric Brunning.disp.de jure Vniversitat.thes. 3.Arumæus volum.1.de jure public.discurs.7.& 8. D. Rümel in d.dissertat.5.part.1.ad Aur.Bull.Caroli IV. Imp.thes.10. Alber.Gentil.de potestate Regis absolutâ. Valent.Riemer.decad.1.quæst.7.Ioachim.Cluten.lib.5. Diatrib.novo Iustinian 4.quæst.4.& seqq Eberhardus Speckhan.cent 1.quæst.72. Andreas Gerhardi decad.1.quæst.7.Matthias Stephani cent.1.quæst.17.lit.A. Petrus Augustinus Morla in Emporio utriusq; juris. part.1.quæst.2.Conradus ab Einsiedel in tract.de regalib.c.2.num.2.cum seqq.pag.823.& seqq. Limnæus d. lib.2.de jure publ.c.8.num.30.cum seqq. Benedictus Carpzovius apud Arumæum vol.4.de jure publ.discurs.43.cap.22.pag.373.cum seqq.nec non Rechlinger. d.discurs.de Monarch Rom.c.2.Conclus.63.& seqq.

Portò ad contrarietatem inter d.l.princeps.21.ff.de legib.(ubi dicitur, principem legibus solutum esse,)& l.digna vox 4.C.d.tit.(ubi hæc leguntur verba: Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se

Principē profiteri. Adeò de authoritate juris, nostra pen-
det auctoritas: & revera majus Imperio est, submit-
tere legibus principatum. Et oraculo præsentis edicti,
quod nobis licere non patimur, aliis indicamus ad con-
trarietatem inquam, istam tollendam sive concilian-
dam scitè verèque dici potuerit, discerne tempora, &
concordabit scriptura. Prior namque *l. Princeps.* scri-
pta est circiter annum Christi 230. à Domitio Vlpia-
no. Ea statim ab ejus συγχρόνω, Julio Paulo Patavi-
no, correcta est anno 232. Ita siquidem ille Paulus in-
quit *in l. ex imperfecto. 23. ad finem. ff. de legat.* 3. De-
cet enim tantæ majestati (*scil. Principem*) eas servare
leges, quibus ipse solutus esse videtur. Et tandem pe-
nitùs abrogata est per *pictam l. digna vox. 4. C. de le-*
gib. ab Imperatoribus Theodosio juniore & Valenti-
niano tactio, Anno Christi 429. *Verùm & conciliati-*
one prædictarum LL. cuilibet liberum esto suum judi-
cium.

130 Præterea nullius momenti est, quod *ex d. l. 1. ff. de*
const. pr. & d. §. sed & quod Principi. 6. s. de jur. nat. gēt.
&c. objicitur; quæcunque Principi placuerint, legis
habere vigorem: & per consequens, cum pro arbitrio
suo aliquem re suâ spoliare posse. *Nam* ita demum
id, quod Principi placet, legis vim habet, si animo
condendæ legis placeat, & publicè utile sit, vel pu-
blicè utile fore speretur; adeòque cum jure naturali,
& honestatis formulâ non pugnet: aliàs verò secus est,
arg. l. justitia. 10. ff. de justit. & jure. § juris. 3. supr.
d. tit. Aldobrand. in d. §. sed & quod principi. 6.
num. 2. & ibi Mynsinger. num. 4. supr. de jur. nat. gent.
& civ. Vasq. d. lib. 1. cap. 2. num. 2. Salomonius in d. l.
1 ff. de constit. Princip.

131 Similiter exigui est ponderis, quod dicitur *in l. 3 C.*
de crim. sacrileg. de potestate summi Principis dispu-
tare, sacrilegii instar esse. *Lex* enim isthæc restringit
semetipsam ad ea, quæ in tertii præjudicium sive de-
trimentum non tendunt: utputà, si Princeps in Con-
siliarium, vel ad simile officium administrandum ele-
gisset talem, qui vel per ætatem, vel propter rerum
imperitiam, oneri ferendo impar esset: de eo dubi-
tare & disceptare, num dignus satis sit, necnè, sacri-
legii instar reputatur. Quippe Principali judicio ele-
ctus est: & Princeps minùs idoneo dans magistratum,
ejus simul personam approbasse creditur. *l. quidàm*
132 *consulebat. 57 ff. de re jud.* Longè aliter res sese ha-
bet in iis, quæ sine ullâ legitimâ causâ, ex plenitudi-
ne potestatis per Principem in grave tertii damnum
fiunt: veluti si cui res suas, vel jus quæsitum adime-
ret, & in similibus. Qui enim tunc, utrùm jure, an
injuriâ hoc fieret, quærentem & investigantem, sacri
legii crimine aspergeret, amens prorsus esset. Ita istud
obstaculum dilleeat Pruckmannus *in præallegato §. so-*
luta potestas. c. 3. num 133. ubi & alias ejusdem resolu-
tiones subjicit. Eundem referunt & sequuntur Osvvald
Hittiger. & Iosua. Majus *apud Arumaum, vol. 2. de ju-*
re publ. discurs. 13 de Principis Romani potestate. con-
clus 1. lit. C. pag. 492.

133 Pari ratione nihil sententiæ nostræ officit *l. 2. §. si*
quis à Principe 16. ff. ne quid in loco publ. ubi habetur,
Principem permittere posse privato ædificare in loco
publico, cum incommodo alterius. *Quia* ipse Princeps
ita in loco publico (qui ipsius est, & de quo disponendi
jus ei competit, *argum. prædict. l. 1. ff. de constit. Princ.*
junctâ l. servitutes prædiorum. 14. §. 2 ff de servit & d.
§. 16. item l. 1. §. idq; à Principe. 42. ff de aquâ quotid &
æstivâ l fluminum 24. in princip. vers quid ergò, si pu-
blicè ff de damno infect. & l 2. ibi, nisi Imperator. ff de
fluminib &c.) ædificare potuit: cùm & cuivis privato
in loco suo ita ædificare liceat, *arg l. cum eo. 9. & l. qui*
luminibus. 11 ff. de servitut prad urbanor. l. altiùs. 8.
& seq. C. de servit. & aq. l. 1 §. denique Marcellus. 12.
& l si in meo. 21. ff. de aqua, & aquæ pluv. arc. Rectè i- 134
gitur jus sibi competens in alium transfert: quoniam
suæ quisque rei moderator est, & arbiter *d. l. in re man-*
datâ. 21. C. mand. Bronhorst. Disp feud. de person. quæ
feu. accip eumq; secutus Niellius *d. Disp. 2 thes 3. lit. d.*
Neque hanc solutionem hebetat aut impedit *d. l. 2. §.*
meritò 10 ff. ne quid in loco publ. vel itin fiat. ubi Vlpi-
anus, *Quoties, ait, aliquid in publico fieri permittitur:*
ita oportet permitti, ut sine injuriâ cujusquam fiat: &
ita solet Princeps, quoties aliud novi operis instituen-
dum petitur, permittere. Hæc namque Iurisconsulti
verba (*ut sine injuriâ cujusquam fiat*) de injuriâ, hoc
est, incommodo & damno publico sunt accipienda.
Vsum quippe publicum Princeps suâ concessione ali-
cui impedire non potest. *d. l 2 ff. de fluminibus. & dict.*
l. servitutes 14 §. ultim. ff. de servitutib. D. Bocer. d.
tract. de investit. feud c. 3 num. 94. pag. 240.

Nostrum quoque pronunciatum minimè infringit 135
c. proposuit. 4. ext. de concessione præbendæ ubi Papa
(ergo & Princeps, qui ei in temporalibus comparatur)
secundum plenitudinis potestatem, suprà jus dispen-
sare potest Item *can. nemo iudicabit. 13 & can. cuncta*
per mundum. 17. caus. 9. qu 3. can si Papa. 6. Distinct.
49. can satis evidenter. 7 distinct 96. cum multis con-
cordantibus: in quibus traditur: Pontificem, tanquam 136
Deum, ob facta sua à nemine reprehendi aut judicari
nec posse, nec debere: etiamsi innumerabiles populos
catervatim secum ducat in infernum. *Etenim* ad hos,
& similes textus responsio non est ardua, aut difficilis.
Papa siquidem nullo jure, nullave ratione innixus in
causâ propriâ sibi jus dicit, & hoc de se testimonium
profert Quare quâ facilitate dicitur, eâdem quoque
contemnitur. Neminem enim in causâ propriâ testem 137
esse legitimum, indubitati juris est. *l. nullus. 10. ff de te-*
stibus. l. omnibus 10. C eod. Et in specie, quòd ipsius Pa- 138
pæ assertioni in causâ propriâ standum non sit, scri-
ptum reliquit *Felin. in c. ad audienciam. 13 n. 9. de præ-*
script. Igneus in l. necessaries. 5 p. 3. num. 5 ff de Senatus-
cons. Silaniano: quos refert & probat Pruckmannus
sæpius allegato capit. 3. numer. 138. ubi plura alia argu-
menta, quæ nostræ objici solent sententiæ, doctè refu-
tat: quæ nos, utpote levia & futilia, consultò omisimus.
Illud tamen hic monendum: Pontifices propriis istis 139
suis testimoniis hoc unum liquidò & manifestò pro-
bare: nunc verè Antichristum venisse; revelatum esse
hominem peccati; filium perditionis, qui Christo ad-
versatur, qui supra Deum se collocat, qui in templo
Dei sedet, ostendens se, tanquam sit Deus: atq; ita Pon-
tifices consummarunt vaticinium Pauli 2. *Thess c. 2. v. 3.*
& 4.

& 4 & 1.Tim. 4. v. 2. & 3. Quibus in locis videnda sunt, & ponderanda ea, quæ Dn. Andreas Osiander, *Theol. Doct. celeberrimus, olim Cancellarius Universitatis hujus Tubingensis dignissimus, affinis meus colendus*, ex D. Heerbrando, D. Hunnio, aliisque Theol. præstantissimis utiliter annotavit. Quibus meritò adjiciendus est reverendus Dn. Doct. Matthias Hafenrefferus, Amicus meus observandus: qui in locis suis Theologicis, *lib 3 loc. 6. de Eccles. pagin. mihi. 247 & seqq.* Paulinum istud vaticinium in Papam Romanum quadrare, multis rationibus luculenter ostendit, eumque vivis suis, & quidem meritis, coloribus egregiè depingit. De eodem noviter copiosè & exquisitè dissertavit D. D. Theodorus Thummius, Ecclesiæ Tubingensis Decanus vigilantissimus, *in Papa Antichristo: hoc est, solidâ demonstratione (Pontificem Roman. post tempora Gregorij Magni, esse Antichristum illum Magnum, à Propheta Daniele & Apostolo Paulo descriptum) fabulis Pontificiorum oppositâ.* Adde Ioannem Vdalricum Wolff à Toden Warth. *in Dissertat. jurid. de sacrâ scripturâ. cap. 9. per totum pag. 108 & multis seqq.*

140 Postremò, neminem commovere debent multorum Dd. *suprà num. 94 adductæ* auctoritates. Nam primò dici potest; nostram, quam hactenus tutati sumus, sententiam plurium, & quidem præstantiorum Interpretum, quos superiùs n. 115. ad longum retulimus, calculis esse approbatam. Inter quos etiam com-
141 primis reperitur Bartolus, cujus auctoritatem inter omnes Iuris nostri Interpretes maximam esse, in confesso est. Auriga enim, & moderator, & coryphæus, & lucerna, & speculum juris dicitur: & inter Iureconsultos longè primus est, referente Alciato, *in l. quidam ignavus. 26 C. de decurionibus. & Tyndaro, in tractat. de testibus. cap. 1.* Imò opinio ejus, ut idolum adorari solet, *teste Baldo & Raph. Cuman. in authent. nisi breviores. Cod. de sent. ex brevic. recit. quos citat & sequitur Auctor quidam incertus, in tractat. de*
142 *crim. læs. majest. q. 1. n. 16.* Deinde posito, non autem concesso, contrariam sententiam & communiorem, & celebriorum Doctorum votis confirmatam esse: non tamen protinus consequens est, à nostrâ, quæ melioribus & validioribus rationibus vestita est, esse recedendum: maximè cùm textus, quibus contraria inni-
143 titur, planè destructi & convulsi sint. Sublato itaque & destructo fundamento, omnia illa, quæ fuerunt superstructa, ut corruant, necessum est. *l. Labeo. 17. ff. quemadmodum servit. amitt. l. si fundum. 81. §. qui fundum. 3 ff de legat. 1. l. Antæus. 14. in fin. cum l. seq. ff. de aq. & aqua plu. arc. l. eg. 26. ff. de except. rei judic. l. nam origo. 8 ff quod vi aut clàm. can. Principatus. 25. & can. Iàm Paulus 26. caus. 1. q. 1. Cravet cōsil. 861. num 13. consil 896 num. 34. & consil. 241. num.*
144 *11. & 22.* Neque verò ullius, utcunque excellentis, Doctoris vel Præceptoris tanta debet esse auctoritas: ut ipsi veritati, eui semper tenaciter adhærendum, anteponatur. Amicus enim sit (*ut proverbio dici solet*) Plato, amicus Socrates: at magis amica veritas: & nemo sit addictus jurare in verba magistri *l. dedi tibi. 3 §. sed si servus. 7 ff de condict. caus. dat. Aristot. lib. 1. Ethicor. c. 6. Roland. à Valle cons. 63. nu. 5. vol. 3. Decian. consil. 47. num. 22. volum. 1. Hartman. Pist. lib 1. quæst. iur. q 30. num. 38.* Neque etiam communis opinio tan- 145
tum auctoritatis obtinet, ut ab eâ discedere non liceat, quando vel apertis juris textibus, vel evidentibus, ac æquitati consentaneis rationibus convinci evertique possit. *l. 1 §. sed neque ex multitudine. 6. C. de vet. iur. enucl. c. Capellanus 4. circa fin & ibi Abb. Panorm. de fer. Ioann Andr. Felin. & Doc. in c. 1. de constit Iason in l ut vim. 3. num. 34. in fin. ff. de iustit. & iur. Schrader. tract. feud part. 9 c. 7. num. 91. & part. 10. sect. 5 n 64. Zas. lib. 1. sing. respons. c. 7 Volz. in Comm. ad l. Corn. de sic. c. 1. n 9. & c 7. n. 83. & seq. Becer class. 4 Disp 17. th 8 ed. 2. Mascard. de probat. vol. 3. conclus. 1138 n. 3 Alphons. Meditius ad §. lex est. 4. dubitat 35. & dubit. 52. Inst de iur. nat. gent. & civ. Iac. Thoming. decis. 4 n. 10 & decis. 48. n. 23.* Planè ubi textus vel ratio juris deficit, sicque in dubio versamur: pro lege allegare auctoritates Interpretum sufficit. Et hoc casu à communi opinione, in consulendo & judicando, recedendum non est: *l. 1. vers. sanè crebior ff de offic quæstor. l. si idem 1 1. ibi, Sabino, Cassio, Proculo placuit. ff. de iurisdict. l. minimè 33 & l si de interpretatione. 37. ff. de legib Iason in l. secundum 15. §. si fundum 6. num. 7. ff. qui satisd. cogant. Tiraquell in tract. de retraict lignagier §. 9 gl 2. num. 52. Claudius de Seyssellis in dict. l. ut vim. 3 in fin. ff. de iust. & iur. Kubach. cent. 1. qu. illustr. decur 2 quæst. 7. Forst. senior. libr. 7. de success. c. 4. n. 10. Latè Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 71. qui adducunt & complures alios.* Ex quibus omnibus hactenus sufficienter explanatis, luce meridianâ apparet clarius: Principem solutæ potestatis vigore, rei dominum alicui auferre, vel jus ad tertii injuriam & detrimentum immutare, nec debere, nec posse: nisi publicâ urgente necessitate, aut evidenti aliqua ratione suadente.

Etsi verò hæc conclusio nostra tot manifestos & in- 146
evitabiles juris textus, totq; suffragatores gravissimos habet: tamen Fr. Pruckmannus *in crebrò suo allegato tractat. de Regalibus. § soluta potestas c. 4. effect. 5. n. 15. fol. 303.* palàm profitetur, se tot Patrum auctoritate, totq; textuum fuco nil quicquam moveri: quin, nec ex causa publicæ etiam utilitatis, Principem, subdito invito, rem ei propriam eripere posse, planè statuat. Sed videamus ipsius, & examinemus præcipua, quib. innititur, argumenta: quæ certè tanti momenti aut ponderis non sunt, ut superiùs firmatam sententiam impugnare, nedum expugnare possint. Primùm enim prorsus non obstat *§. per traditionem. 40. inst hoc titulo.* ubi dicitur, convenientius nihil esse naturali æquitati, quā voluntatem domini, rem suam in alium transferre cupientis, ratam haberi: ut & *l. id, quod nostrum. 11. ff. de* 147
regul. iur. ubi respondetur, id, quod nostrum est, sine facto nostro in alium transferri nō debere. Nam ad hoc argumentum duplex in promptu est resolutio. Primò namque illud non procedit, si justa interveniat causa, ob quam id, quod nostrum est, absque nostro facto vel consensu & voluntate, nobis eripi possit. Iusta autem 148
causa, est favor publicæ utilitatis vel necessitatis *l. Barbar. 3. & ibi Iason n. 26. & seq. ff. de offic. præt.* cum Princeps

sub-

subvenire & mederi potest, rem etiam alienam dominis aut possessorib. auferendo, *arg. l. 1 ff. de usurpat. & usucap.* ubi per usucapionem bono publico introductam id, quod nostrum est, sine facto nostro nobis
149. aufertur. Semper enim utilitas publica commodis privatis est præferenda *l. utilitas* 4 *C. de primipilo.l.si quis ingravi 3.§.hisquoque 15.ff.de Senatusconf. Silan. l.un. §. hac autem omnia. 14. Cod. de caduc. tollend. Auth.res,quæ. C. communia de legat. c. Imperialis. in*
150 *princip.de prohib.feud.alien. per Lothar.* Et publicæ utilitatis gratiâ, à regulis juris communis receditur: multaque permittuntur, quæ alias interdicta & prohibita censentur *l.ita vulneratus 51.§ æstimatio 2.ver. multa.ff.ad l. Aquil d.l.Barbarius.3 ff.de offic. Prætor. c. Abbate.3 §.penult. ver.præsertim. de sent. & re jud. in 6. Matth.Stephan.cent.1.q.17.ad lit. b. pulchrè Hippolyt.de Marsil.in pract crim.§.aggred.n.61.cum multis seqq* Deinde respondemus: factum & voluntatem sive consensum nostrum, quantumvis non expressum, tamen tacitum intercedere, quando Princeps ex causa publicæ utilitatis vel necessitatis rem nostram aufert.
151. Quicunque enim se Principis imperio subjicit, tacitè confitetur, se justis ejusdem præceptis & decretis morem gesturum. Atqui decretum seu præceptum Principis, quo publicæ utilitatis vel necessitatis causa, subditi sui bona aufert, aut minuit, justum omnino, legibusque consonum esse, suprà abunde demonstratum est.
152. Secundò non obsistit, quòd nemo debeat alterius odio sive causa prægravari. *c.non debet. 22.de reg.jur. in 6.* Etenim regula ista locum habet & procedit: nisi aliud aperto jure cautum & inductum sit. Siquidem lex etiam dura observanda est, quia scripta est. *l prosp exit.*
153 *12.ff.qui,& à quib. manumiss. lib. non fiunt.* Dein cùm Princeps, poscente Reipublicæ utilitate & necessitate, uni ex civibus rem suam adimit, is solus alterius causa nequaquam prægravatur, effectu considerato. Nam reliqui cives contributione factâ, ei (demptâ parte, quæ ipsum attingebat) precium, si ipse Princeps vel Respublica hoc casu commodè non possit, refundere coguntur, *arg.l.1.2. & 3 ff. ad l. Rhod. de jact.*
154. Libenter equidem concedimus, & firmiter credimus: Principem, si ob necessitatem vel utilitatem publicam aliquem à rei suæ dominio pellat, ad solutionem justi precii teneri: cùm id rationi, æquitati & justitiæ consentaneum sit ne subditus absque suâ culpâ, invitus & re & precio careat. *Ezech. & cap. 46.v.18.l.vendi tor.13 §.1.vers.nisi prius solitum ff commun. prædior l. 2.ubi Bald.C.pro quib caus.servi pro præm. & c. Ias. in d.l.Barbarius.3.num.36. & seq ff.de offic.prætor. Gail. lib.2.obs.56. nu. 8. Niellius disp feud.thes.3.lit.d. Becor. dict.tractat.de investit.feud.c.3.n.74.ad fin. Ioan.Koppen.decis.44.per tot. Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler, vol.1. disp.1.th.5.lit.11.pag.23. Kubach. d. cent. 1. quæstion. illustri. decur.3. q.6. & 7. Hunnius in tract. de transact. cap. 5. exercitat. 2. & prædict. lib. 2. var. resolut. tract.1.q.3.pag. 319. Hanbold. ab Endo in discurs.crimin.cap.2.posit.91.pag.56. & Arumaus disput.feudal.3.th. 11.* Adde Doctorem Mattam *tom. 4. Digestorum novissimarum.tit.Princeps. cap. 4.fol.103.* & Ieremiam Reusnerum *in methodo jur. feud. disp.3. th.45.* nec non Iustum Schütz. *Exercitat. jur.disp.2. th 19. & seqq.*

Tertiò nihil urget, quòd pater pro filio, & è diverso, filius pro patre, æs alienum solvere, aliudve detrimentum sentire non cogatur. *tot.t.C.ne filius pro patr. &c.* cùm tamen arctior longè inter patrem & filium (quippe qui eadem reputantur persona. *l. ult. in fin C. de impub. & aliis substitut.*) quàm inter civem & ci- 155.
vem sit conjunctio. *Nam dicendum est:* longè majorem arctioremque esse conjunctionem inter civem & Rempublicam sive Patriam, quàm inter patrem & filium: cùm plus civis Patriæ suæ & Reipublicæ, quàm parenti debeat, *arg.l.minimè.35.ff.de religios. & sumpt. funer.* Vnde præclarè Cicero *lib.2. de leg. post princ.* sic 156.
scribit: *Respublica nomen universæ civitatis est, pro qua mori, & cui nos totos dedere, & in quâ nostra omnia ponere, & quasi consecrare debemus.* Item idem Cic. *lib. 3. de finib.* ait. *Laudandus est, qui mortem oppetit pro Republ. quia decet, chariorem esse patriam nobis, quàm nosmetipsos.* Idem *lib. 4. ad Herennium: Non mihi soli* (inquit) *sed etiam atque adeò multò potiùs, natus sum Patriæ: vita, quæ fato debetur, saluti patriæ potissimum solvatur.* Et ibid. paucis lineis interpositis, hæc leguntur verba: *Sapiens nullum pro Republicâ periculum vitabit: ideò, quòd sæpè fit, ut, cùm pro Republicâ perire noluerit, necessariò cum Republicâ pereat. Et quoniam sunt omnia commoda à Patriâ accepta, nullum incommodum pro Patriâ grave putandum est.* Hæc, & alia hujus generis plura 157.
ibi Cicero. *Deinde* & id responderi poterit: in ære alieno patris vel filii privatam tantùm versari utilitatem: nos verò hîc de eo casu, quo publica vertitur necessitas, loqui: cujus utique causâ multo plura & majora, quàm propter privatam necessitatem & utilitatem jure nostro sunt permissa: quippe cùm communis Reipublicæ utilitas vel necessitas, privatorum utilitati sit anteponenda. *d. auth. res. quæ. Cod. commun. de legat. & jurib. similib. suprà n.149. designatis.* 158.

Reliqua fundamenta à Pruckmanno, loco superius annotato, in contrarium adducta, cùm valde debilia sint & tenuia, ex his, quæ hactenus dicta sunt, sine magno labore destrui evertique poterunt. Stat ergo, manetque immota nostra & firma conclusio: quod Princeps, ex causa publicæ utilitatis vel necessitatis, civi suo aut subdito rem auferre possit. Publicæ autem necessitatis & utilitatis varii possunt proponi casus. Nam si (exempli gratiâ) fiscus vel ærarium Principis & Reipublicæ, justâ de causa belligerantis cum hoste, sic sit exhaustum, ut inde sufficientes nummi, qui nervi sunt belli, depromi nequeant: hoc sanè casu, ut periculo Reipublicæ tempestivè obviam eatur, communique necessitati consulatur, Princeps bona privatorum distrahere, & in usum necessarii belli convertere poterit: ita tamen, ut reliqui cives, qui ejusmodi onere gravati non sunt, ei, qui gravatus est, precium refundant. *prædicta l.1.2. & 3.ff.ad l.Rhod.de jact.* Etenim si rem suam alicui auferri omnibus profuit: ejus precium ut ab omnibus illi præstetur, par est, juriq; 159.
naturæ

naturæ conveniens, *l. secundùm naturam* 10 *ff. de reg. jur.* Similiter si Vrbis angustioris mœnia extendi, publica utilitas & necessitas postulet, eique contiguum possideat privatus prædium, sine quo illud fieri nequeat: is quidem, si se utilem Patriæ civem demonstrare velit, pretio justo distrahere prædium istud non subterfugiet: quoniam hæc Vrbis extensio publicè utilis, in distrahentis quoque utilitatem verget. Sin verò morosior is sit; etiam ab invito, refuso tamen pretio, prædium auferri poterit: quandoquidem juris clarissimi est, privatorum causam publicis commodis cedere debere: & publici commodi gratiâ, à regulis juris communis deflecti; multaque permitti, quæ alioquin interdicta & prohibita reputantur, *per jura superiùs allegata, num.* 149. *& seq.* Pari ratione si insignis quidam & strenuus Dux, nullam operam Principi adversus Turcam, aliumvè hostem præbere vellet: nisi Princeps ei hanc, vel illam rem, à privato possessam, concesserit: hoc certè, similibusque casibus Princeps rem istam privato adimere, & huic Duci in præmium militiæ dare poterit: ita tamen, ut ei, qui rem suam ad sublevandam necessitatem publicam contulit, precium congruum ex publico ærario restituat: aut, si ærarium ad hujus precii refusionem non sufficiat, singuli cives contribuere cogantur, *d. l.* 1 *& seqq ff. ad leg. Rhod. de jact.* Sed eâ de re fusiùs *Fernandus Vasq lib.* 1. *Illust. cont. cap.* 5. *num.* 1. 15. *& seq. Gail. d. lib.* 2. *observ.* 56. *Cluten. d. Diatrib. novo-Iustinian* 4 *quæst.* 9. 10. *&* 11. *Illustris EnenKel. lib.* 3. *de privileg. c.* 6. *Arnisæus de jur. majest. lib.* 3. *c.* 1. *eosq; laudantes D. Lansius & Bielke in dissertat. de legib coroll.* 55.

160 Porrò, ut tandem ad explicationem tituli præsentis
accedamus propiùs; acquiritur dominium aut jure
gentium, aut civili §. *singulorum* 11 *infr. h. t. l.* 1 *ff de
acquir. rer. dom.* Iure gentium, ut ab hoc tit. usque
ad tit. *de usucapionib.* &c. Iure civili, ut à d. tit. de usu-
capionib. usque ad tit. *de obligationib.* Cæterùm eâ
de re, antequam plena instituatur tractatio: cognosci
oportet, quænam in cujusque dominio esse, vel non
esse, possint: id quod ex rerum divisione dijudican-
161 dum est. Primùm igitur *hoc in tit.* Iustinianus res di-
vidit: deinde modos acquirendi rerum dominia, na-
162 turâ seu jure gentium introductos, subjungit. Res, *in-
quit*, vel in patrimonio nostro sunt: vel extra patrimo-
nium nostrum habentur. Neque quicquam movet,
quod Vultejus *hic num* 5. istam distributionem repre-
hendit, & eam præmittendam putat, quæ infrà *tit.
proximo* proponitur, quasi à substantiâ rerum petitam.
Non enim de rerum substantiâ hoc loco quæritur;
sed de affectione, quam merentur mutuantur que re-
spectu juris, ut nervosè tradit Tumæus Faber *disput.*
163 12. *ad instit. Imperial. th.* 2. *lit. a.* Etsi verò propriè,
& significatione quadam arctiore, res in patrimonio
nostro esse dicuntur, quæ à patre profectæ sunt, & ex
ejus hereditate, quasque certo & proprio dominio
possidemus. *l. cùm pupillus.* 9 *ff. rem pupill vel adolesc
sal. for. l. Lucius.* 38. *ff. fam. erc. Balduin. h. Sebard. in
suo lexico. in v. patrimon. &c. Cic. lib* 2. *Epistol. ad
Cœlium. ibi, filio satis amplum patrimonium relin-
quam, memoriam nominis mei. Idem lib.* 1. *Offic. in O-
rat. pro domo suâ, & in Orat. pro Rabir posth. &c.*
hoc tamen loco in patrimonio esse, nihil est aliud, 164
quàm esse in bonis *l.* 1. *ff. de rer. divis.* In bonis autem
nostris contineri id omne dicitur, ad quod possiden-
tes exceptionem; amittentes actionem ad recuperan-
dum habemus. *l. rem in bonis.* 52. *ff de acquir. rer. dom.
l. bonorum appellatio.* 49 *l. id apud.* 143 *ff. de ver. sig. l.
is, qui actionem.* 15. *ff. de reg. jur.* Quâ ratione id effici-
tur: in patrimonio seu bonis nostris computari non
modò illas res, in quibus dominium; sed eas etiam,
in quibus quasi dominium habemus constitutum.
Has enim licèt non rei vindicatione, Publicianâ tamen
actione persequi possumus §. *namque si cui* 4. *infr. de
actionib. tot. tit ff de Publicia. in rem act.* Vnde & res 165
alienas, quas bona fide possidemus, non immeritò in
bonis & patrimonio nostro, prout hic sumitur, repo-
nimus *præall. l. bonorum* 49 *ubi latè Gædd. n.* 15 *ff. de
verb. sig* Debitorum item nomina, ex eâdem ratione 166
bonis nostris annumeramus. *l. si legatus.* 30. §. 1. *ff. ad
SC. Trebell l. si ademptis* 5. *C. de sentent. pass. l. Princeps.*
21. *ubi gloss & d. l. bonorum.* 49. *ff de verb. signif. Lo-
camer quæstion. juridic fascic* 24. *quæst.* 1.
Sed & servitutes, tàm reales, quàm personales, hac 167
divisione comprehendi verisimile est. Nam eas in pa-
trimonio sive bonis nostris existere, manifestè jam
monstrata evincit ratio: cùm earum nomine, & actio-
nes ad vindicandum, & exceptiones ad defendendum
jure nostro sint proditæ. § *æquè.* 2. *inf. de actionib. l.* 2.
& tot. tit. ff si servit. vindicet. Et certè, cum debito-
rum nomina in creditorum bonis esse, minimè inficiemur: cur non & servitutes, quæ non debentur solùm, sed etiam ab eo, cui constitutæ sunt, quasi possidentur in bonis computandas esse censebimus? Accedit ad sententiæ hujus confirmationem *l. in venditionibus.* 8 *ff de reb. auctor. jud. possidend.* in cujus principio Vlpianus inquit: in venditionem bonorum etiam usumfructum venire. Atqui ususfructus non veniret venditione bonorum, si in bonis non esset. *Vide Iohannem Superior. in proœm. Comment. succenturiator. in singulas leges, tit. de servitutib. num.* 4. *eumq; referentem Ioachimum Cluten. lib.* 1. *diatribar. novo-Iustin. &c. diatrib.* 16. *qu.* 1.
Ast obstat vehementer *l* 1. *ff. de usu & usufr leg.* ubi 168
Paulus disertè ait: iter, actum, & reliquas servitutes, neque esse ex, sive in bonis, neque extra bona. Qui ergò dicendum? Omnis difficultas in vero perobscuræ istius legis intellectu & interpretatione posita videtur. In eâ autem primùm hæc à Paulo tractatur quæstio: Possitnè ususfructus, vel usus itineris, actus, viæ, aut aquæductûs legari, è domino fundi? Ad quam respondetur; non posse, per hanc decidendi rationem: quòd servitus servitutis esse nequeat. Deinde contra hanc decisionem objectio movetur, quâ videbatur probari posse, usumfructum itineris seu alterius servitutis rectè legari. *Obiectio hæc est:* Earum rerum omnium, quæ in bonis nostris sunt, ususfructus legari potest, per Senatusconsultum, quo jus hoc introductum est, *de quo in l.* 1. *& seq ff. de usuf. ear. rer. quæ usu consumunt.* Atqui iter, via, actus, in bonis nostris sunt. Vsusfructus igitur eorum utiliter legatur. *Huic obiectioni Iurisconsultus*

respondet: iter, actum, & cæteras servitutes, de quibus illic agitur, nec in bonis nostris esse, nec extra bona, & consequenter Senatusconsultum decisioni suæ non refragari. Subjicit tamen: quamvis ipso jure legatum ususfructus non valeat: eatenus tamen id utile esse, ut heres cogatur incerti actione facultatem eundi, agendivè legatario præstare, aut ipsam servitutem constituere sub hac cautione: ut, si decesserit legatarius, restituatur. Ex brevissimâ hac illius legis declaratione planum

169 evadit: non loqui illic Paulum de ususfructu itineris, viæ, alteriusvè servitutis jam formatæ ac constitutæ fundo vicini, cujus is aliis usumfructum legare cupiat, sed potiùs de itinere & viâ competente domino in fundo suo. De hoc itinere & viâ rectè dicit, usumfructum ejus legari non posse. Cùm n. servitus servitutis esse nequeat: multo minùs servitutis, quæ non est, alia constitui servitus poterit. Id quod in propositâ facti specie fieri oportetet: si legatum ususfructûs subsisteret. Etenim servitus eundi agendivè, quâ dominus in suo fundo utitur, nec in bonis est, nec extra bona: quoniam omninò in rerum naturâ non est. Quapropter absurdum est, affirmare; posse illius aliam constitui servitutem, vel de bonis nostris eam habendam: cùm ei, quod non est, attribui nihil queat, *arg. l. decem. 116 ff. de verb. oblig.* Itaq; summatim ad d.l. 1 respondendum: eam non accipiendam esse de servitute formatâ & constitutâ: sed de eâ, quæ constituta non erat, & quæ nulli debebatur, *ut rectè sentit Bartolus, eumq; secutus Donell. libr. 4. Commentar. de jur. civ. cap. 5 pag. 239. Arumæus Exercit. Iustin. 4 thes. 3. Robertus disp. 6. th 3. Bachovius ad princip. tit. infr de ususfructu. nu 4. pag 328. Wegnerus disp 4. thes. 1. ad lit. b & Olemannus ad libr. 2. Disputation. jur. civ. Giphanij. Disp. 8. n 3. & 4* Etsi non ignoro, aliter legem istam explicare Gœddæum *in l. bonorum 49. n. 15. & seq ff. de verb. signif. Ioann à Rebertorta lib. 4. Disputation. jur. ad 1. juris proposit. Theodor. Marcil. Heig. hic num 6. & Vultejum n 18. Georgium Martinium in suis contrariis non contrar. Disput a. ad thes. 1. Hunnium in resolut ad volum. poster. Treutleri, disp. 18. th e. quæst 11 pag 385 & lib. 2. var. resol. iur. civ. tract. 1. q. 4. itemq; Vngepaur. Exercitat. Iust 5 q. 1. pag 198 edit. ult.* & aliter alios, quos refutare conatur Petrus Gilkenius *hic n. 22. & seqq.*

170 Atque ita tandem relinquitur: divisionem hoc loci è Iustiniano propositam, servitutes etiam, resque omnes incorporales complecti: quæ omnes in bonis eorum, quorum sunt servitutes, esse creduntur. Nec aliquam difficultatem parit; quòd verè possideri non possunt. *l. servitutes. 14. ff de servit. l fi. ades. 32. in fin. ff. de servit. prad. urban* Nam & debitorum nomina possessionem non recipiunt: quæ tamen bonorum & patrimonii appellatione continentur, *ut suprà ostensum*. Neque enim, ut res in bonis seu patrimonio nostro reputentur, necessarium est, ut possideantur: sed sufficit, in iis tantum nobis juris competere; ut earum persequendarum nomine actionem habeamus. *d. l. rem in bonis. 52 ff. de acqu rer. dom.*

Illo porrò versiculo, *Quadam enim, &c.* non secunda rerum divisio, ut plerique contendunt, *Heigius hic num. 7. Schneidevvinus Thadæus Piso, & alij*: sed potioris divisionis explanatio continetur. Nam perinde est, ac si dicat Imperator: Quædam res sunt in patrimonio nostro, ut sunt res singulorum: Quædam extra patrimonium nostrum habentur; ut sunt res communes, publicæ, universitatis, & nullius. *Et ita etiam sentire videntur hic Balduinus, Borcholt. Bachovius & Giphanius.* Quanquam autem illa duo, communia & publica, in jure sæpè confunduntur & promiscuè usurpā- 171
tur *l. 2. §. 1. l. Arist. 18. ff. de rer. div. §. 1. 2. & §. literum. 6. inf. h. t. l quod in litore. 14 ff. de acquir. rer. dom. cum similib.* communia tamen a publicis differre, certò statuendum est. Differt etiam verò alii aliam adferunt. Sed 172
hæc, tãquam omnium verissima, mihi probatur: quòd communia dicantur, quæ proprietate quidem nullius sint in bonis: usu tamen & conditione acquirendi ad omnes gentes pertineant. *l. ergò 30. in fin ff. de acquir. rer. dom l litora. 51 ff. de contrah. empt. l. quod in litore. 14 ff. de acquir. rer. domin.* publica sint, quæ ad certum aliquem populum, putà Romanum, publicis ipsius usibus destinata, spectent *l. bena civitatis. 15. & duab. ll. seqq. ff. de verb. sign. l. 2. §. ad ea igitur. 5. ibi, qua publico usui destinata. ff. ne quid in loc. publ. Connan. lib. 3. Comment. iur. civ. c 2. n. 1 2 & 3. Donell. d. lib 4. c. 2 & 3. D. Bocer. in §. flumina. 2. nu. 1. infr. hoc tit. & class. 5. Disp. 1. th 25. & 27. ed. 2. D. Obrecht. Disp. de rer. divi. & qual. thes. 22. & 37. Welf. in h. t. quæst. qua sunt res communes. & duab. quæstionib. seqq. Althusius lib. 1. Dicaeolog. cap 21. num. 3. & 18. Gilken. in §. & quidem. 1. num. 5. inf. eod. Arumæus d. Exercit. Iustin. 4. th. 4. Wesenbecius in hoc princip. nostr. n. 7. & 8.* Illudque novè uberius multiplici distinctinctione declarat Bachovius, *in notis & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. E. & F. pag. 171. & seqq.* Adde Tumæum Fabeum *disput. 12. ad. Institut. Imperial. th. 3.*

§. *Et quidem naturali. 1.*

Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aër, aqua profluens, & mare, & per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen à villis, & monumentis, & ædificiis abstineat: quia non sunt juris gentium, sicut est mare.

SVMMARIA.

1. *Inter res communes, quæ numerentur.*
2. *Aer unde dictus: & ad quid constanter.*
3. *Actu, qui factore aliquo aerem inficit, interdicto, ne quid in loco publico tenetur.*
4. *Aqua profluens quid: & in quo differat à flumine.*
5. *Aqua in flumine bifariam spectatur: item in quo mare à fluminibus discrepet.*
6. *Publicum sæpe pro communi positum. & n. 8.*
7. *Mare quid, & unde.*
8. *Accessorium sequitur naturam principalis.*
9. *Litora populi Romani sunt, quoad nudum imperium: omnium sunt communia, quoad usum & dominium.*
10. *Res singulorum omnes, quâ ratione dicantur esse Principis: item mare & litora maris an nostris moribus sint in dominio Principum.*

11. *Iura rerum communium qua.*
12. *Ædificia in loco communi extructa, sunt propria ædificantium.*
13. *Regula (ædificium solo impositum, solo cedit) de quo solo accipienda.*
14. *Quatenus in loco communi cuivis ædificare liceat.*
15. *Et quid sine permissu Principis, vel Magistratûs id facere sit licitum.*
16. *Quod jure publico permittitur, precibus impetrare non est necesse.*
17 *Germanus intellectus l. 2. §. merito. 10. & §. si quis a Princip. 16. ff. ne quid in loco publico, &c.*
18 *Mens & sententia l. quamvis. 10. ff. de acquir. rerum domin.*

1 REbus communibus primùm annumeratur aer, *hic & l. 2. ff. de rer. div. l. litora. 13. §. 1. ff. ne quid in loc. publ. l. iniuriarum. 13. in fin. ff. de iniur.* Sine cujus assiduâ repercussione, neque homines, neque bruta vivere posse, plus quàm clarum est. Vnum enim est ex quatuor elementis summè necessarium, cujus solo alimento Chameleontem (qui solus animalium nec cibo, nec potu vescitur) ali, Plinius attestatur, *lib. 8.*
2 *cap. 33.* quem refert hîc Thadæus Piso *num. 1.* Dictus autem est aer, vel ἀπὸ τοῦ ἀείρειν, ab eo, quòd elevet seu ferat terram; vel quòd ἀεὶ ῥεῖ, hoc est, semper fluat; vel ab ἄημι, id est, spiro. *Borcholt. in hoc §. & Calepinus in suo Dictionario, in verb. aer.* Sanè aere utimur cordis refrigerandi gratiâ. Animalia siquidem, quæ cor habent (quod insiti caloris fons est) egent illâ refrigeratione: Idcircoque pulmones dati, ut folles: neque etiam absque respiratione diutiùs loqui possumus. Cùm enim spiritus, qui in pectore est, consumitur: egemus alterius attractione ad vocem alendam: nisi piscibus, qui cor, nec pulmonem habent; & ideò muti sub aquis, similes esse nos quis dixerit, *Petr. Gregor. in syntag. iur. lib. 1. cap. 5. num. 2. eumq; citans Iohan. Bru-*
3 *ningius discurs. palæstra Imperalis 4. th. 3. lit. C.* Cæterum cùm aer, ejusque usus communis sit; quæri non insulsè poterit; nunquid is, qui ex soli odore, vel fœtore aliquo, locum reddit pestilentem, adeoque aërem corrumpit & inficit, interdicto, *Ne quid in loco publico*, teneatur? Et teneri, meritò quispiam dixerit, *l. 2. § idem ait. si odore. 29. ubi gloss. ff. ne quid in loco publico, vel itinere fiat.* Eodem confert *l. sicut 8. §. Aristo. 5. & l. si quando, 17. § 2. ff. si servit. vindicetur. & l. 1. §. 2. ff. de cloacis.* Et hanc quæstionem latiùs persequitur Matthias Stephani *cent. 2. quæst. 2.*

Deinde inter res communes refertur aqua profluens, *hic & d. l. 2. ff. de rerum division. & apud Ovidium sexto metamorph.*

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.

Nec solem proprium natura, nec aera fecit,

Nec tenues undas: ad publica munera veni.

4 Dicitur aqua profluens, ad differentiam aquæ pluviæ, & stagni, & ejus, quæ ex fontibus privatis fluit: quæ non est communis, sed privatorum propria. *l. aquam. 4. & l. præses. 6. Cod. de servitutib. & aq.* Et aqua profluens, propriè est ipsa aqua fluminis, quod publicum est: sed in eo differt à flumine; quòd usus aquæ, est tantùm in lavando & bibendo; fluminis verò etiam in piscando & navigando. *Cujacius h. in not. posterioribus. Giphanius, Borcholt & Hotomannus.* Vel (ut cum Donello apertiùs id explicante loquar, *libr. 4.* 5
Commentar. de iur. civil. capit. 2. pag. 231. nu. 40.) aqua in flumine spectari poterit bifariam, aut ut aqua simpliciter; aut ut aqua fluminis: quod ex usu aquæ æstimandum est. Spectatur ut aqua, cùm eâ sic utimur, ut aliâ quavis uteremur, etiã quæ non esset fluminis: velut ad hauriendum, ad lavandum, ad aquandum pecora. Spectatur ut aqua fluminis; cùm eâ sic utimur, ut id facere non possemus, nisi in flumine: ut, si in flumine navigemus. Illo usu, aqua profluens est communis omnium; hoc, nequaquam: quia hic verè utimur flumine. Hoc autem est publicum. *§ flumina. 2. infr. hoc tit.* Idem tradunt Vaconius à Vacunâ *lib. 1. Declar. 0. tt. n. 3. & 4. Matthias Stephan. d. cent. 1. quæstion. 3. ad lit. a.*

Tertiò inter communes res ponitur mare. *hic & d. l. 2. ff. de rer. div. & d. l. 3. §. 1. ff. ne quid in loc. pub. d. l. iniuriarum. 13. in f. ff. de iniur.* Vnde bellè Cicero *lib. 1. offic.* inquit: quid tam commune, quàm mare fluctuantibus, litus ejectis? Et Ioannes Fab. *ad §. litorum. 5. nu. 2. & 4. infr. hoc tit.* tradit: mare nõ in alicuius populi potestate esse posse, sed in dominio ipsius Dei: adeòque in suo jure & esse primævo relinqui. Quo ipso & à fluminibus differt: quæ cùm territoria occupata Principum populorumque interluant: non mirum, si cum illis & hæc occupata, & proprietatis jure censeri asserantur. Quæ autem hic circa maris considerationem perpendenda sunt, *post Auctorem tract. de mari libero. c. 5.* explicatiùs exequitur Georgius Frantzkius *exercitat. iurid. 4. quæst. 1. num. 4. cum seqq. pag. 82. & seqq.* Non obstat *l. Aristo. 10. ff. de rer. divis.* ubi mare videtur dici publicum. Nam rectè ibi respondet Accursius: publicum pro communi esse positum, ut & sæpè aliàs, de quo mox. Est porrò mare nihil aliud, quam collectio multarum aquarum salsarum, ut definit 6
Bart. *in tract. de Insulâ. in princip.* eumque referens Sebast. *Medic. in tractat. de venat. in præf. num. 7.* & Cæpoll. *de servitut. rust. præd. c. 26. nu. 23.* ubi subjungit; mare ab amaritudine sic esse dictum. 7

Denique litora quoque numerantur inter res communes, *hic & d. l. 2. ff. de rer. divis. dict. l. iniuriarum. 13. in fin. ff. de iniur. l. litora. 51. ff. de contrah. empt. l. fluminum. 24. in princ. ff. de dam. infect.* Ejus ratio est: quia litora sunt veluti pars, & accessorium maris, *docente hic Heigio num. 12. & 13.* Accessorium autem sequitur naturam principalis. *leg. 2. ff. de pecul. leg. l. cùm principalis. 178. ff. de regul. iur. c. accessorium. 42. eod. in 6.* Non adversatur *l. præscriptio. 45. ff. de usurpat. & usucap. & l. quod in litore. 14. ff. de acquir. rer. domin.* ubi litora dicuntur esse publica. Etenim respondendum est, *ut paulò antè*: publicum pro communi esse positum. Hæc siquidem duo in jure haud rarò confunduntur, *ut supra initio huius tituli circa finem dictum, num. 171. & tradit Bachovius hic pag. 241.* 8

Nec etiam resistit *dicta lex 3. ff. ne quid in loco publico.* ubi litora, in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani esse creduntur. *Nam populi*

Romani sunt, quo ad jurisdictionem & imperium: omnium autem sunt communia, quo ad usum & do-
10 minium. Sic res singulorum omnes intelliguntur esse Principis. *l. ἀξίωσις. 9 ff ad l Rhod de jact. l. bene à Zenone 3. C. de quadriennij praescript.* nudo scilicet imperio, non verò dominio, cujus respectu singulorum sunt, *ut & s. in principio hujus tit. n. 117. expositum.* Eâdem de re videantur Marcilius & Giphanius *hic in verb. & per hoc litera maris.* Olemannus *lib. 2. Disput jur. civ. Giphanii. disp. 8 n. 9 cum seqq. D. Besold. in Dissertat. juridico-polit. de jure & divisione rer. cap. 1 n. 3. cum seqq. & Donell. d lib. 4. Commentar. de jur. civ cap. 2. & Petr. Gregor. syntagm. jur. d. lib. 1. c. 3 num. 5* Et verò mare & litora maris jure naturali communia erant, omnibusque vacabant, *hoc § nostro, d. l. 2 ff de rer. divis. d. l. litora 51. ff. de contrah. empt* nostris tamen moribus quodammodo in dominio & jure Principum ac magistratuum haberi cœperunt. *Hilliger. in Donell. enucleat. lib 4. cap 2. lit E.* Siquidem tempore immemorali usum propinqui maris, atque etiam jurisdictionem & proprietatem acquiri posse, Doctores communiter tradiderunt, *Bartol. in d l. injuriarum. 13 in fine. ff. de injur. Iason. in l. ex hoc jure. 5. ff de justit. & jur. Felin. in c. de quarta. 4. ext. de praescriptionib. Francis. Balb. de praescript. 4. part quinta princip. quaest. 6. num. 1. & seq. Cacheran. decis 155 num. 2. 3. & 4.* ubi ait, Principem imponere posse gabellas in mari, & eas exigere à vehentibus merces per mare, suæ terræ adjacens, intra centesimum miliare Sicque Hispanos, Lusitanos, Gallos, Venetos, Genuenses, aliosque populos, jus navigandi in vicino mari ad se transtulisse, refert Petrus Heig. *part 2. quaest. ult. n. 54 pag 370.* quanquam id nonnulli improbent, & maris libertatem defendant. *Fernand. Vasquius controversiar. illustr. lib 2. c 89. num. 30. & seq pag. 752. cum seq Roderic. Suares in consil solivago. de usu maris nu. 7. & seq. M. Anton. Peregrinus lib. 1. de jurib fisci c. 1. num. 17. eosq; citans Heigius d. quaest ult num 152. & 157. pag. 386. cum seq.* Sic & Danum Baltici maris dominium jactare, *post Mercure Franc. tom 3 f. 141. & Alberic. Gentilem, de maris acquisitione, in lection. Vergil. fol. 68.* testatur D. Besold. *lib 1. Politic. cap. 12. num 3. versic pag. 426.* eumque laudans D. D. Rümelinus, *disp. 3 partis. e. Pandectar. lib 4 pag. 35.*

11 Jura rerum communium sunt hæc: ut cuilibet liceat uti aëre ad spirandum: aquâ profluente ad hauriendum, ad lavandum, ad aquandum pecora: mari ad navigandum, piscandum: litoribus ad retia illic siccanda, ad gemmas, aliaque colligenda, & occupanda, ad casam extruendam, ad naves appellendas & recipiendas, &c. de quo virg *lib. 1 Æneidos:*

Quod genus hoc hominum? quaevè hunc tàm barbara morem
Permittit patria? hospitio prohibemur arena:
Bella cient, primáq; vetant consistere terrâ.

Item *lib. 7. Æneid.*

Dìis sedem exiguam patriis, litusq; rogamus
Innocuum, & cunctis undamq; auramque patentem.

Qui tamen usus ita communis est, & liber: ut ne quis alienas villas aut casas, in litore extructas, occupet; vel etiam eum, qui certo in loco piscari cœperit, detrudat. *hoc §. & praall l iniuriarum. 13. §. si quis me. ff. de iniur.* Villæ enim, monumenta vel ædificia in 12
loco quantumvis communi extructa, non tamen sunt communia; sed privata, & propria ædificantium, tanquam eorum, qui primò usum ejus loci occuparint. *l in tantum. 6. ff. de rer. div. d. l quod in litore. 14 ff. de acq. rer. dom. l 2. §. adversus. 8. & l. in litore. 4. ff. ne quid in loc. publ &c.*

Neque refragatur vulgaris regula: quòd ædificium 13
solo impositum, solo cedat. *§. cùm in suo. 29 inf. h. t.* Ea namque de solo privato intelligenda est: non de solo communi, hoc est, litore, quod nullius est: id quippe cedit occupanti sive ipsi ædificio. *d. l. in tantum. 6. ff de rer. div. dict. l quod in litore. 14. ff de acquir. rer. dom. § fera 12. inf hoc tit.* Sublato tamen, aut collapso ædificio, statim locus rursus fit communis: ac proinde si alius eodem in loco ædificaverit, ejus fiet, *per iura iam allegata*, Diversum est in loco sacro. Nam templo diruto, locus sacer adhuc manet *§ sacra. 8 infr h. t. l. ad e sacrâ. 73. ff de contrah. empt* Quamvis autem in loco jure naturali communi 14
cuivis ædificare liceat: id tamen non aliter procedit, quàm si ædificium usui publico, aliisq; non noceat. *l. quamvis. 50 ff. de acquir. rer. dom.* Qua de re videndus est Hunnius, *lib. 2. var. resol iur. civ tr. 1. quaest. 8.* Sed quæritur: an sine permissu Principis aut Magi- 15
stratûs ædificare in litore sive loco communi sit licitum? Et respondendum: ei, qui sine incommodo publico in mari aut litore ædificat, neque permissum Principis, neque permissum sive decretum Magistratûs necessarium esse, ut ædificium suum faciat. Quod 16
enim jure publico permittitur, precibus impetrare non est necesse. *l. unic. ibi, ut superfluum sit hoc precibus postulare, &c. C. de thesauris. lib 10.* Atqui publico, & quidem gentium jure in mari ædificare licet. *d. l. quod in litore 14 ff. de acquir. rer. domin l litora. 3. §. 1. & l. seq. ff. ne quid in loco publico. &c l fluminum. 24 in princ ff de damno infecto.* Non obstat *d. l. 2. §.* 17
meritò. 10. & § si quis à princ. 16. ff. ne quid in loco publico, &c. ubi significatur, à Principe impetrari solere, ut quis in publico loco ædificet. *Quandoquidem* ista lex ad loca civitatis publica referri debet, ut agros, areas, vias publicas: de quibus interdictum, quod illic proponitur, accipiendum Vlpianus docet in *d. l. 2. § publici. 3. ff eod* Alia verò causa est maris & litorum utpote rerum naturâ proditarum ad usum omnium communem. *hoc §. nostro. & d. l quod in litore. 14. ff. de acquir. rer. domin.* Idque sentire Vlpianum perspicuum est *ex eâdem l. 2. §. adversus. 8. ff. ne quid in loc. publico, &c.* ubi si quis molem in mare projecit, aut in litore ædificat, & res publico non nocet, hunc omninò tuendum esse scribit. Pariliter non resistit *d. l. quamvis 50. ff. de acquir. rer. dom.* ubi dicitur, decretum Prætoris 18
adhibendum, ut in publico ædificare liceat. *Etenim* non simpliciter illud dictum accipiendum est, sed cum eâ conditione, quæ quinque verbis interjectis ibi subjicitur, *si cum incommodo caeterorum*

rum ed faciat, qui ædificat. Tametſi non negetur: hodiernis moribus, quibus litora in dominio Principum eſſe cœperunt (*ut monitum ſuprà ad num.10.*) nunquam ſine conſenſu Principis vel Prætoris illic ædificare licere. Idque explanatiùs exequuntur Donellus *dict. lib.4. Commentar. de jur civ. cap.9. pag.246.* Giphanius *in d.l. quamvis,50.ff.d.tit.* eosque citans Forſterus junior *libr. ſingul. de dominio. cap.9. num.63. pag 257.* Tametſi aliter ſentiat Hunnius *in reſolut. ad Treutlerum volum. poſterit. diſput.18. theſ.1. quæſt.6. pag.375.*

§.Flumina autem.2.& §.Eſt autem litus.3.

Flumina autem omnia, & portus publica ſunt: ideoque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu, fluminibusq;.

§.3.Eſt autem litus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.

SVMMARIA.

1 *Quæ rebus publicis annumerentur.*
2 *Portus quid,& unde.*
3 *Quæ flumina ſint publica.*
4 *Ius piſcandi in fluminibus omnibus competit adeò, ut injuriarum actio contra prohibentem detur.*
5 *Conciliatur l. ſi quisquam.7. ff. de diverſ. tempor. præſcript. cum l. præſcriptio 45. ff. de uſurp.& uſucap.*
6 *An ex flumine publico aquam ducere liceat.*
7 *Flumine publico ad commodum ſuum privatum quivis uti poteſt: modò publicus aliorum uſus non noceatur.*
8 *Vtrum ex fonte vel rivo, aliove loco publico aquam ducere ſit licitum.*
9 *Intellectus l.1.§.permittitur ff.de aq.quotid.& æſt.*
10 *Genus per ſpeciem derogatur.*
11 *Num in flumine publico non navigabili, molendinum ædificare cuiq; permittatur.*
12 *Vnicuiq; conditionem ſuam meliorem facere licet.*
13 *Litus quid,& unde.*

1 DVo hic, quæ puclica ſunt, adferuntur: flumina, & portus. Eſt autem portus (à portando nomen
2 habens) locus in mari aut flumine concluſus, & munitus, quo importantur merces, & inde exportantur: idem eſt & navibus ſtatio, hoc eſt, locus accommodatus ad recipiendas naves, ut illic tutò ſtare poſſint adverſus injuriam prædonum aut tempeſtatum. *l. portus 59 ff. de verbor. ſignif. l.1.§ ſtationem 13. ff. de fluminib. Dom. Bocerus in tractat. de Regalibus cap.3. num.129. pag.323. D. Martin. Rümelin Gener. mihi chariſſ. diſſert.3. theſ.25. part.3. ad Aur. Bull. Carol. IV. Imp.* Eoq; illud vulgatum pertinet, in portu navigare, hoc eſt, in tuto navigare, *monente Regnero Sixtino in tract. de regalib cap.6. num.2.* Dicuntur & alia quædam publica: ut ripæ, litora, & maria. Verùm illorum & proprietas & uſus eſt publicus: horum trium uſus tantùm: *de quib. in § riparum 4. inf. hoc tit.*

3 Neque verò Iuſtiniano Imperatori, dum hoc loco aſſerit, flumina omnia eſſe publica, contradicit Martianus Iuriſconſult. *in l. nemo 4 in fin. ff. de rer. div.* ubi ſcribit, flumina penè omnia publica eſſe. *Nam* Imp. hic loquitur de fluminibus perennibus & perpetuis: quæ propriè ſunt flumina publica. Siquidem quæ perennia non ſunt, ut torrentia, non ſunt publica, *l.1. § fluminum 3 ff. de fluminib* &c. At Martianus *in d.l.4.* verbum fluminis generaliùs & latiùs accipit, & prout in communi uſu uſurpatur, pro quovis flumine, tàm non perenni, quàm perenni: ac idcircò ait, flumina penè omnia eſſe publica; quantumvis propriè & verè flumina non ſint, quæ non ſunt perennia: propterea quòd perpetuò non fluant. *Donell. lib.4. Comment. de jur. civ. cap.3 in princ pag.233. eumq; referens Hunnius lib.2. var. reſolut. jur. civ tract.1. quæſt.9. & in reſolut. ad Treutler. volum. poſterit. diſput.18. theſ.1. quæſt.7. pag.376.*

Adeò porrò jus piſcandi non ſolùm in mari, ſed & 4
fluminibus publicum eſt, omnibusque patet: ut injuriarum actio contra prohibentem intentari poſſit. *l. injuriarum 13.§. ult ff. de injuriar.* quamvis prohibens ſolus pluribus annis in flumine publico piſcatus fuerit. Nec enim propterea alium, eodem jure uti volentem, prohibere poterit. *l. præſcriptio 45. ff. de uſurpat. & uſucap. Schneidewin hic num.8. cum ſeq. Donell. lib.5. Comment. de jur. civ. cap.22. Coler. deciſ.101. num 1. part.1. Barthelom. Capoll. de ſervit. ruſtic. præd. cap.31 num.6. & cap.42. num.1. cum ſeq. Petr. Heig. quæſt.15. num.17 & ſeq. part.1. hocq; laudans Matthias Berlichius part.5. concluſ. practicabil. concluſ.51. numer.2. pag.329.*

Sed *dicta l. præſcriptio 45. ff. de uſurpat. & uſucapionib.* à diametro adverſari videtur *l. ſi quisquam 7. ff. de* 5
diverſ. temporalib. præſcr. ubi perſpicuè dicitur: eum, qui in fluminis publici diverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem jure uti prohibere poſſe. *Ad* hanc contrarietatem tollendam licèt varii variè reſpondeant: *Weſenbec. hic & Faber. num.13. Marcilius & Anton. Matthæus in ſuis not. Duaren. cap.3. ad tit. ff. de uſucap. Bronchorſt. centur.4. aſſert.3. Connan. lib.3. Comment. cap.15. num.1. Andreas Gerhardi Decad.4. quæſt.8. Sixtinus in tract. de regalib. cap.20. num.15. Riemerus quæſtion. juridicar. illuſtr. deciſ.4. quæſt 3. Theodor Straitman. in libell ſingul. Antinom. legum civil. pag.114 & Hænon. Diſp.4. controverſ.2. ubi plures allegat:* rectiùs tamen, & ad mentem utriusque legis accommodatius hoc dici poteſt: quòd ICtus *in dict. loc. præſcript.45.* eam tantùm quæſtionem decidat; qua quæritur, an longi temporis præſcriptionem is opponere queat, qui ideò alium prohibet, quòd pluribus annis utendo flumine public. locum iſtum quaſi poſſeſſione longiſſimè temporis obtinuerit? Et hunc, qui ſe præſcriptione loci defendit, negat ICtus poſſe prohibere alium, qui piſcari eodem in loco velit: cùm ad loca publica obtinenda, longi temporis præſcriptio concedi non ſoleat. Igitur flumen quidem ipſum, utpote Iuris gentium publicum, uſucapione non acquiritur: neque auditur, qui idcircò, quòd illud longâ poſſeſſione tenuerit, alium à piſcatione repellere deſiderat. *dict. loc. præſcriptio 45. ff. de uſurpat. & uſucap.* Ius tamen piſcandi in eodem flumine ita poteſt præſcribi: ut quisquam ſolus eo jure utatur, nec admittatur alius: de qua ſpecie accipi debet oppoſita *l. ſi quisquam 7. ff. de diverſ. temp. præſcript.*

script. Forner in l. litus 112. ff. de verbor. signif. Robert. lib. 1. recept. lect. cap. 17 Locamer. quaestion. jurid. fascic. 14. quaest. 4. Quanquam & hoc modo dissidium istarum duarum legum componi posse videtur: ut *d. l. praescriptio 45. ff. de usurpat. & usucap.* intelligatur de eo, qui intra certum fluminis publici, vel maris spacium, haud tanto tempore piscatus solus fuerit, cujus non extet memoria: dicta verò *l. si quisquam 7. ff. de diver. temp. praescript.* de eo loquatur, qui tanto tempore in fluminis publici diverticulo solus fuerit piscatus, cujus initii nulla prorsus memoria extet. Etenim tempus immensum, cujus nemo memoriâ teneat originem, idem potest, quod titulus ex conventione. *l. si quis 10. ff. si serv. vind l. hoc jure 3. §. ductus 4. ff. de aq. & quot. & aest.* At piscatio pacto permitti potest. *l. venditor. 13 ff. commun. praed.* Ergo & tempore, *Stephan. Forcat. Necyomantia dial. 81. num. 3. Ioach. Cluten. lib. 1. diatribarum novo-Iustinianear & diatrib. 56. quaest. 5. circa finem.* Porrò an & quatenus Principes possint prohibere piscari in mari, vel publicis fluminibus. *post Philipp. Dec. cons. 302. nu. 19. & Guid. Pap. cons. 171. & decis. 514.* nervosè explicat Francisc. Horoman. *cons 93 nu. 6 & seq.*

6 Elegans hic incidit quaestio: Num, quemadmodum in flumine publico piscari, ita & ex eodem aquam ducere liceat? Et sanè ex flumine publico, quod navigabile est, aut aliud navigabile facit, aquam ducere non permittitur. Ratio haec est: quia per illum aquaeductum publicus fluminis usus impediretur, & iter navigii deterius fieret. Atqui flumine publico quilibet sic uti debet, ut ne usui publico ullâ ratione noceat, *praedicta l. 1. in princ. & l. 2 ff. de fluminibus. Latè Gilken. in §. & quidem nu 26. & sequentib. f. hoc titulo.* Ex adverso autem, ex flumine non navigabili, nec aliud navigabile faciente, aquam ducere licet. dummodò hi, qui prohibendi jus habent, non vetent, ut Princeps, aut apud Romanos olim Senatus *d. l. 2. ff. d. t. l. si aurum 10. §. ult. ff. de aq. pluv. arc.* Ratio in promptu est: quia in ejusmodi flumine non impeditur usus

7 publicus, tametsi aqua ex eo ducatur. Quivis autem flumine publico uti potest ad commodum suum privatum, dum ex ea re publico aliorum usui non noceatur. *l. Imperatores 17. ff. de servit. praedicat. rustic. l. 3. §. 1 ff. de aq quotid. & aest. l. fluminum 24 in princip. ff de damnat. infection. Cluten. d. diatrib. 16. quaest 6. ad finem.*

8 Caeterùm ad castellum quod attinet, fontem, vel rivum publicum: ex his aquam ducere sine permissu Principis nequaquam licet. *l. 1. §. permittitur. ff. de aq. quotid & aest.* ubi Vlpian ita scribit: *Permittitur aquam ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico ducere: idq; à Principe conceditur.* Quibus verbis subindicat IC. necessarium esse Principis consensum, si quis ex loco quovis publico aquam in suum fundum derivare cupiat: cùm tamen alibi disertè scriptum sit: ex flumine publico non navigabili quemlibet propriâ facultate, absque Principis licentiâ, aquam ducere posse *d. l. 2. ff de fluminibus d. l. si autem 10. §. ult. ff. de aq. pluv. arcend. d. l. Imperatores*

9 *17 ff de servit. praed. rustic.* Sed dicendum: Vlpiani verba *in d. § permittitur.* quantumvis sint generalia: non esse tamen de flumine publico non navigabili accipienda, sed interpretanda potius de quibusvis locis publicis, similibus illis, quorum illic mentionem fecit. Nam in toto jure generi per speciem derogatur, 10 *l. in toto 80 ff. de regul. jur Duaren lib. 1. Disput. anniversar. cap. 52. Donell. d. lib. 4. cap. 3. pag. 237. num. 20. & seq.* Ratio autem, cur praeter flumina, ex aliis locis omnibus, quae aquam in usu publico habent, non liceat aquam ducere sine concessu Principis, haec est: quòd omnes ejusmodi aquae tales sint, ut quocunq; modo minuantur, quod fit aquaeductu, tantùm de usu eorum locorum & aquarum publico detrahatur: quod jure est vetitum. *Donell d cap. 3. in fin. Eadem de re videatur Henricus à Rosenthal. in synops. feud. cap 5. conclus. 31. Auctor consilii Argentinens. 57. num. 28 38 & seqq. vol. 2 fol 999. & seqq item consil. 62. folio 1111. & seqq.*

11 Ejusdem farinae quaestio est. Nunquid in flumine publico non navigabili (Nam in navigabili quin non licitum sit sine licentia & indultu Superioris aliquod construere aedificium, haud dubitatur: cùm per id publicum navium impedimentum constet, *dict loc. 1. in princip. §. non autem omne 12. §. ait Praetor. 14. §. deinde 19. & §. jubetur 21. & d l 2 ff. de fluminib. Dn Bocer. in tract. de regalib. quaest. 2. num. 269. & seq.* Idque noviter explicatius prosequitur Forster. junior *lib singul. de dominio cap. 9. num. 74 & seqq.* contra Regnerum Sixtinum *in tract. de regalib cap 5. num. 37 & seqq.*) molendinum aedificare cuique liceat? Et licere, communis Doctorum sententia est; *ut testatur Wesenbecius cons 34. num. 15 & seqq. & cons 67. num. 11 Robertus Disput 6. thess. 13. Menochius lib. 6. de praesumpt. praesumption. 29 num. 10. & 15. ubi plures citat.* adeò quidem, ut procedat, etiamsi damnum inde vicinis molitoribus, hoc est, lucri intertrimentum afferatur; quòd fortè isti propter novam molam extructam, habituri non sint tantam molentium copiam, quantam anteà habuerunt. *l fluminum 24 § ult. versic. neque enim l. Proculus 26. versic quamvis ff. de damnat infect. Bald. Salicet. Cyn. & Castrens. in l. si manifestè 7. Cod. de servitutib. & aqu. & alii, quos refert Wesenbecius d. cons. 67. num. 13.* Ratio est: quia licet unicuique sibi vigilare, conditionemque suam meliorem 12 facere, tametsi per accidens alius inde patiatur damnum. *l. si in meo 21 ff. de aqu. pluv arc. l. pupillus 24 ff quae in fraud creditor. &c. Wesenbecius d. cons. 34. num. 17. Cluten d. diatrib. 16 quaest 7.* Consule tamen, *post alios complures ab ipsis citatos.* Andream Gaillium *lib. 2. observ. 69. num 27.* Schneidewinum hic *num. 12* & seqq DD. Besoldum *in dissertat. juridico-polit. de jure & divis. rerum cap. 2. num. 2.* Modestinum Pistoris *cons 19. vol. 1.* & Matthiam Stephani *cent. 3. quaest 4.* qui conclusionis istius aliquot notabiles limitationes ponunt. Inspice quoque Dominum Bocerum *dict. tract. de regalib. cap. 2. num. 165. cum seqq.* Doctorem Martam *tom. 4. digestorum novissimorum tit. Servitus cap. 6. cum seqq. fol. 109.* & novissimè Iohannem Heringium *in tract. singulari, de Molendinis quaest. 14. & multis subsequentib.* qui nonnullas

nullas egregias de molendinis quæstiones proponunt, & accuratè explicant.

13 Tandem de definitione litoris hoc loci positâ, ejusque etymologiâ, ab alluendo, vel allidendo, vel litando (quòd navigantes eundo ac redeundo in litore litabant & sacrificabant, *docente Donato*) vel à Græco λιτος (quod litus sit terra tenuis) videantur Cicero *in Topicis, & l. litus 96. ibiq. Brecheus & Gœddæus idem l. litus 112. ff. de verb. signif. Ioan. Borcholt in §. est autem litus 3. h. tit. & Ioan. Hering. d. tract. de molendin. quæst. 17. num. 4. & seqq.*

§. Riparum 4. §. & Litorum 5.

Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere; funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: quâ de causâ arbores quoque in iisdem natæ, eorundem sunt.

§. 5. Litorum quoq; usus publicus est, & juris gentium, sicut & ipsius maris: & ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat: sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse: sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & quæ subjacet mari, terra vel arena.

SVMMARIA.

1 *Ripæ definitio, & etymologia.*
2 *Ripa est fluminis, litus maris. Item riparii, ripariæ aves, & riparienses milites qui.*
3 *Litus & ripa in quo conveniant, & in quo differant.*
4 *Quare riparum usus sit publicus.*
5 *Cur proprietas riparum non sit publica, sed privatorum.*
6 *Quo respectu ripæ dicantur publicæ.*

1 RIPA definitur id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sustinens; ut ait Vlpianus *in l. 1. §. ripa 5. ff. de fluminibus &c.* vel (*secundùm Paulum*) ripa ea putatur esse, quæ plenissimum flumen continet. *l. 3. §. 1. ff. eod. tit.* sit dicta, quòd aquarum, fluctuumque agitatione rumpatur. *Thadæus Piso hic num 2.* vel quòd aqua alluens crepitet, cum currit, aut undas appellit. *Ioann Hering in tract. singulari de mo-*
2 *lendin. quæst. 17. num. 12.* Estque propriè fluminis: sicuti litus maris. *Mynsing. & Vultejus hic num. 1.* Inde riparii dicuntur, qui in ripis habitant: ripariæ volucres, quæ in riparum cavis nidificant. *Plinius lib 30. natur. histor. cap. 4.* & riparenses sive limitanei milites, qui tuendis Imperii limitibus destinati, fluviorum ripis insident, *l. contra 14. C de re milit.* ibique Gothofred *ex Alciato* notat. Adde Heringium *d. quæst. 17.*
3 *num. 13.* Ripæ autem & litora in usu, qui publicus, est juris gentium, conveniunt: in proprietate differunt.

Nam proprietas riparum est privata, sive singulorum, hoc est, eorum, quorum prædiis hærent: litorum verò proprietas (sicut & ipsius maris) est communis sive nullius, *hoc § & l. riparum 5 ff. de rei divis. l. ergò 30. §. 1 ff. de acq. rer. dom.* Ratio, cur riparum usus sit 4
publicus juris gentium, hæc assignari potest: quia alioqui fluminis, sine ripa scilicet, aut planè nullus, aut certè incommodior esset futurus usus, *tradente hic Rittershusio pag 143.* Cur autem proprietas riparum 5
non sit publica, sed privatorum, cùm tamen litora sint publica, vel potiùs communia, id causæ esse videtur: quòd flumina & alveos suos & ripas, ex privatorum agris adjacentibus detraxisse existimentur: adeò; ut istæ non fluminum, sed agrorum partes intelligantur. Id quod vel inde evidens est; quòd flumina sæpè alveos mutare, atq; ex agris novos & alveos & ripas facere solent. *§. quòd si naturali 23. infr. hoc tit.* Mare verò eundem perpetuò & alveum, & cursum, & litus ab initio acceptum retinet. Ideoque maris & alveus & litus non privatorum, sed propriæ velut partes ipsius maris esse censetur. Hæc igitur est inter litora & ripas, differentiæ ratio: quam Hotomannus hic assequi non potuit. Vide D. Christophorum Besoldum, *in Dissertat. juridico polit. de jure & divis. rer cap. 2 num. 5.*

Nec obstat *l penult §. 1 ff de acquir. rer. domin. &* 6
d l. 3. in princip ff. de fluminib. ubi ripæ simpliciter dicuntur publicæ. *Etenim* publicæ sunt ratione usus, non proprietatis, secundùm distinctionem hoc loco traditam. *D. Giphanius hic, & Georgius Martin. in contrariis non contrar. disput. 2. thess. 5.* Et copiosiùs hæc more suo explicat Donell. *lib. 4. de jur. civil. cap. 3. pag. 231 nu 30. & seqq.* Vide quoq; Theodor. Marcilium hic, ubi *dictam leg. 3. ff de fluminib.* nervosè & eruditè interpretatur.

§. *Universitatis. 6.*

Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & si qua alia sunt communia civitatum.

SVMMARIA.

1 *Res universitatis, & publicæ, sive communes, interdum promiscuè usurpantur.*
2. *Quæ res dicantur universitatis.*
3 *Theatra & stadia quid.*
4 *In balneo publico lavare, in theatro spectare, vel in campo publico conversari prohibitus, injuriarum actionem adversus prohibentem habet.*
5 *Quod de civitate dicitur: de pagis quoque & vicis intelligendum.*
6 *Honos universitati debitus, non respicit singulos: & quod universitati debetur, singulis non debetur.*
7 *Pro debito universitatis, &c. personæ singulares capi vel arrestari non possunt.*
8 *Num universitas possit per Syndicum obligare singulos, eorumvè bona, si non consenserint.*
9 *An Principes prædia civitatum & oppidorum publica sibi vindicare possint.*
10 *Princeps rem suam populo vel universitati auferre nequit.*

11. *Loca,*

11. *L. ca, intra fines c istri seu villa existentia, cujus esse præsumantur.*
12 *Quatenus ad dominos temporales pertineant res sita intra limites sua terra seu castri.*

1 QVæ res hîc universitatis, eæ interdum etiam pu-
blicæ & communes dicuntur. §.2. *inf de inutil.*
stipulat. Vnde Cicero *lib.1. de finib.* theatrum vocat
commune. Et *lib. offic.1.* Multa, inquit, sunt civibus
inter se communia, forum, fana, porticus, viæ, leges, ju-
ra, judicia, suffragia. Et Cajus *libr.2. Institut. tom.1.*
res universitatis, & sanctas, uno nomine appellat pu-
blicas. Sed & Vitruvius *de architectura lib* 1. *c.3.* o-
petum publicorum sive communium tres facit par-
tes: unam defensionis, ut est murorum, turriumque
& portarum ratio, ad hostium impetus perpetuò re-
pellendos excogitata: de illis *in § sancta 10 infra hoc*
titul. alteram religionis, ut est Deorum immortalium
fanorum, ædiumque sacrarum collocatio. *de quibus*
in §. sacra 8. infra hoc titul. tertiam opportunitatis,
quæ est omnium locorum ad usum publicum dispo-
sitio: uti portus, fora, porticus, balnea, theatra, inam
bulationes, cæteraque quæ iisdem rationibus in pu-
blicis designantur locis: *de quibus in hoc §. nostro.* V-
niversitas autem opponitur singulis: & pro integro
corpore poni solet, ut civitatis, ut collegii, ut societa-
2 tis. Sed hîc de civitatis universitate intelligitur. *L in*
tantum 6. ff. de rer. div. l usucapionem 9. ff. de usurpat.
& usucap. Vnde res universitatis sunt, quæ in uni-
versum ad certam aliquam civitatem pertinent, non
pro parte ad singulos cives: ita tamen, ut singulorum
3 usibus inserviant. Cujusmodi sunt theatra; ubi ludi e-
duntur populo: stadia, ubi decurritur: forum, curia;
Scholæ, plateæ, fontes, thermæ, balnea publica, campi
publici, pascua, nemora, & similia, quæ accuratè re-
censet Johannes Althusius *lib.1. Dicæolog. cap. 21.*
num.34. & seqq. Hinc si quis in balneo publico la-
4 vare, in theatro spectare, vel in campo publico ludere
aut conversari prohibetur: is contra impedientem a-
ctione injuriarum experiri potest Et ita plerosque ex
5 veteribus Jurisconsultis sensisse, Vlpianus testatur, *l.*
injuriarum 13 §. ult ff de injur. Cæterùm quod de
civitate dicitur: exaudiri quoque debet de pagis & vi-
cis. *argum l si heres 73. §.1. ubi gloss ff de legat. 1.* *D.*
6 *Bocerus hic num.1* Res igitur, quæ sunt universita-
tis: singulorum propriæ non censentur: licèt Civium
singulorum usibus vacent, *ut antè dictum.* Proinde
honos universitati debitus, singulos non respicit: &
id, quod universitati debetur, singulis non debetur:
nec quod debet universitas, singuli debent. *l. sicut 7.*
§.1 ff quod cujusque univers. nom &c. Schneid. hoc
7 *num. 3. Gilkentus num.14.* Itaque pro Vniversita-
tis, Civitatis, Magistratûs, vel Domini debito, personæ
singulares, subditi & ministri capi, vel arrestari non
possunt, *ex sententia Pauli de Castro in d. leg. sicut. 7.*
§.1. quem citat D. Obrechtus Disput. de rer. division.
& qualitat. thes. 75. & Thadæus Piso hic num. 4. Id-
que *post alios,* latissimè explicat Matthias Berlichius
conclus. practicabil. part.1. conclus. 52. pag 911. &
seqq. Cæterùm, an & quatenus Vniversitas & delicto
Administratorum vel præsidentium teneatur & pu-
niatur, copiosè, *post alios, à se relatos,* explanat David
Döringius *in bibliotheca Iurisconsultorum tom.1. in*
verbor. administrator. num. 348. cum sequentib.
folio 637.
Vnde illa suboritur quæstio: possitne Vniversitas 8
per Syndicum obligare singulos, eorumve bona, si non
consentiant? Et licet Nicolaus Losæus *in tract. de jur.*
Universit. part.3 cap.3 num 6 & seqq. distinguat in-
ter Vniversitatem, quæ Superiorem recognoscit, & in-
ter eam, quæ Superiorem non recognoscit; hancque
per Syndicum posse obligare personas & bona parti-
cularium, & singulorum de ipsa Vniversitate, autu-
met; illam verò non item: attamen istud simpliciter
& absolutè negantium sententia, Iuris veritati magis
consona videtur. *l. nullam 4. Cod. de executorib. & ex-*
actorib lib.12. l. unic Cod. ut nullus ex vicaneis pro
alien. vicaneor. debitis teneatur lib 11 l hac definitio-
ne 12 Cod. de omn. agr desert eod. lib. Eodem facit *lib.1.*
& tot. tit. Cod. ne filius pro patre, &c. item lib.1. & tot.
tit. Cod. ne uxor pro marito, &c. Eaque de re videan-
tur *Alexander Trentacinquius lib.1. var. resolut. tit.*
quod cujusq. Univers. resolut 2. Dn. Collega Besoldus
lib.1. Politic. cap.12. num.66. V.1.2.3. & 4. eosq. novis-
simè laudans D. Martinus Rümelin. Disput. 8. partis
1. Pandectar. th.31.
Cùm porrò res, quæ universitatis esse diximus, *su-* 9
prà num.3. jure dominii spectent ad Civitates, aliasq;
consimiles Vniversitates: sequitur, malè Principes a-
gere; quòd prædia civitatum & oppidorum, aut et-
iam pagorum (vulgò Allmandten/quasi allen Man-
nen gehörig/gemeine Wayden/Höltzer/Wälde etc.)
Cameræ suæ adpropriare vindicareve contendunt.
Quemadmodum enim Princeps non potest privato: 10
ita multò minùs populo vel Vniversitati, rem suam
auferre poterit, uti pluribus explicatum est suprà, *ad*
principium hujus tit. num.95. & multis seqq. modò
tamen ab ipsa Vniversitate illa legitimè occupata sive
acquisita fuerint: ut bene, *post Menochium & Tho-*
mam Michael. disput. de jurisdict. thes. 61. tradit D. Be-
sold. *differt. juridico-polit. de jure & divis. rerum cap. 3.*
pag.19. Vnde & illud observandum venit: quòd lo- 11
ca, quæ sunt intra fines castri seu villæ, præsumantur
esse Communitatis, cujus sunt fines; præsertim ne-
mora, pascua, cæteraque bona publica inculta. Et li- 12
cèt domini temporales videantur habere fundatam
intentionem de jure, quòd ad eos pertineant res sitæ
intra limites suæ terræ seu castri: id tamen intelligitur
quoad jurisdictionem tantùm; non autem respectu
dominii particularium rerum, quod domini habere
non censentur. Eamque rem fusiùs pertractant Ste-
phanus Bertrand *cons.1. lib.3. col.2. & 3. & idem cons.*
37. lib.1. & rursus cons.75. lib.2. num.15. Hostiensis &
Johannes Andreæ *in cap. nimis 30. ext. de jurejur.*
Matthæus de Afflict. *in constitut. Neapolitan. Rubric.*
85. num.8. Petrus Avendanius *in tract. de exequend.*
mandat. cap.4. num 20. Covarruvias *practicar. quæst*
cap.37. num.1. Mascard. *in tract. de probationib. con-*
clus.217. in princip & num.10. & D. Be-
soldus *dicto cap.3.*

§. Nul-

§. *Nullius autem 7.*

Nullius autem sunt res sacræ & religiosæ, & sanctæ. Quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

SVMMARIA.

1 *Quæ res dicantur in jure esse nullius.*
2 *Res sacræ, religiosæ, & sanctæ propriè dicuntur nullius esse: & quare.*
3 *Sacra, religiosa, & sancta interdum confunduntur; interdum differunt.*

1 MVltæ sunt res, quæ in jure nullius esse dicuntur. Primùm res communes, & publicæ juris gentium. §. *litorum* 5. *suprà*. & §. *Insula* 22. *infr. hoc tit.* Deinde res publicæ, quæ sunt in patrimonio, aut usu populi, teste Cajo *lib.* 2. *Instit. tom.* 1. Tertiò res hereditariæ, antequam aliquis heres existat. *l.* 1. *ff. de rer. divis. Cajus d. titul.* 1. *D. Besold. in dissert. juridico polit. de jure & divisione rer. cap.* 1. *num.* 4. Quartò res pro derelicto habitæ §. *quâ ratione* 47 *infr. hoc tit.* & *t. t. ff. pro derelicto.* Denique res sacræ, religiosæ, & sanctæ,
2 *de quibus hîc.* Atque hæ propriè & per excellentiam dicuntur nullius esse: quia neque ullius sunt: neque unquam alicujus fieri possunt. Exemptæ enim sunt hominum commercio. § *idem juris* 2 *inf. de inutilib. stipulat. l. inter stipulantem* 83. §. *sacram.* 5. *ff de verb. oblig. l. sed Celsus* 6. *ff. de contrahend. empt.* Sed aliæ res omnes, etsi sunt nullius: tamen usu & occupatione alicujus fieri possunt, ut ex *suprà dictis*, & *ex* §. *fera* 12. *inf. hoc tit.* intelligitur. Præterea istæ res publicæ, quæ in dominio sunt, vel usu populi, licèt dicantur nullius esse, id est, non singulorum: sunt tamen aliquo modo alicujus, hoc est, ipsius populi, sine universitatis.
3 Hæc autem tria (*sacra, religiosa, & sancta*) interdum confunduntur: ut, quod sacrum est, dicatur & sanctum, & religiosum; & contrà: *ut apud Sext. Pompejum Festum in libris de verb signif. in verb. religiosus Macrob. lib.* 3. *Saturnalior cap.* 3. & 7. interdum differunt. *ut hîc*, & *l tantum.* 6. §. *sacra* 2. *ff. de rerum divis.* & *d* §. *idem juris* 2. *infr. de inutil. stipulat.* Sacra namque (*ut Ethnicorum more quidam loquuntur*) ad Deos superos, religiosa ad Deos manes seu inferos, sancta ad medioximos, id est, homines pertinent, *notante Giphanio hîc in fine.* Adde Hotomanum *in epitom. Digestor. tit de rer divis. num.* 3. eumque referentem D. Besoldum, *d dissertat. de jure & divis. rer. cap.* 5. *num.* 5. *pag.* 39.

§. *Sacræ res.* 8.

Sacræ res sunt, quæ ritè per Pontifices Deo consecratæ sunt: veluti ædes sacræ, & donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari, & obligari prohibuimus: exceptâ causâ redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate suâ quasi sacrum sibi constituerit: sacrum non est, sed profanum. Locus autem in quo ædes sacræ sunt ædificatæ: etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit.

SVMMARIA.

1 *Res sacræ quæ sint.*
2 *Publicæ potestati privatorum non subjacent.*
3 *Intellectus l. penult. ff. de pact.*
4 *Res sacræ an, & quatenus alienari possint.*
5 *Res sacræ duplices.*
6 *Extra casum pietatis, necessitatis, & utilitatis, res sacræ alienari nequeunt.*
7 *Monasterio vel templo ob certum aliquem usum donata, isto usu cessante, ad alios pios usus converti debent.*
8 *Sacra non debent fieri profana.*
9 *Sensus & intellectus l. omnia.* 5. *Cod. de paganis.* & *l. pater.* 38. §. 6. *ff. de legat.* 3.
10 *Locus semel sacer factus, diruto ædificio, sacer manet: secus in loco profano.*
11 *Ratio diversitatis.*
12 *Locus sacer ab hostibus captus, sacer esse desinit: & cur.*
13 *Res sacræ mobiles, ut donaria, quibus casibus sacræ esse desinant.*

DEfinitio rerum sacrarum hæc est: Res sacræ sunt, 1
quæ Deo (id est, usui ac cultui divino: quandoquidem propriè nil Deo dari aut dedicari potest: cùm omnia sint in ipsius manu. *Psal.* 49. *v.* 9. & *seqq. Donell. lib.* 4. *Commentar. de jur. civ. cap.* 1. *pag. mihi* 224 *num.* 10.) ritè & publicè, olim per Pontifices vel Imperatorem; hodie per cujusque loci Episcopum aut Antistitem, sunt consecratæ aut dedicatæ. *hoc* §. & *l. in tantum*, 6. §. *sacra autem* 3 *l. sacra* 9. *in princ.* & §. 1. *ff. de divis. rer. lib. ult. ff. ut in possess. legat. Nov.* 67. *cap.* 1. & *Nov.* 131 *cap.* 7. *D. Besold. in dissertat. juridico-polit. de jure & divis. rer. cap.* 5. Quâ definitione excluduntur res, privatâ auctoritate sacræ factæ. Nam 2
res sacræ publici sunt juris *l.* 1. §. *hujus studii* 2. *ff de just. & jur.* Quæ autem publica sunt: potestati privatorum non subjacent. *l. jus publicum.* 38. *ff. de pact.* Quapropter qui ex eo loco, quem non publicâ, id est, Pontificis vel Episcopi, sed propriâ quispiam auctoritate sibi quasi sacrum destinarit, aliquid abstulerit: non sacrilegii, sed mitiorem pœnam merebitur. *l. sacrileg.* 9. § 1. *ff. ad l. Iul. peculat.* Nec obstat *l penult ff. de pact.* ubi dicitur, quemque suum locum dedicare posse: ac proinde falsum est, quòd tantùm per Principem, aut Pontificem, aut eum, cui Princeps potestatem dedit, res aliqua dedicari & consecrari possit. *Nam respondetur*, legem istam intelligendam esse de dedicatione, quæ fit permissu Imper. sive publicè, sive auctoritate publicâ. Hoc jus paciscendo nemo ipse sibi adimere potest. 3
dict. loc. penult. Quia contra religionem ejusmodi pactum est, & contra jus. Imperator tamen Justinianus ejusmodi pacta rata esse voluit. *l ult.* & *ibi Gothofred. C. de pact. inter empt. & vendit. compos. Eâq. de re latiùs hic disputat. Marcilius*, & *Tumaus Faber disput.* 12. *ad Instit. Imperial. th.* 4.

Quæri hoc loco solet: an res sacræ, & quatenus alie-

alienari possint? Et plerique Interpretes eas faciunt
5 duplices. Aut enim ad usum & cultum divinum directò & principaliter, sive simpliciter destinatæ sunt: ut templa, donaria, calices, libri, vasa, & omnis alia suppellex sacra: & hæ res alienari nequeunt; nisi causa redemptionis captivorum, & famis sive alendorum pauperum, & solutionis æris alieni, quo Ecclesia nimiùm fuit gravata, *hoc §. & l. sancimus 21. junctâ Authen. præterea Cod. de SS Eccles. & Nov. 120. cap. 10. can aurum 68 caus 12. quæst. 2. Bachovius in not & animadvers. ad Treutler. volum. 2 disput. 20 thes. 1 lit. B pag. 167.* Aut non sunt deputatæ ad Dei cultum principaliter, sive immediatè ac simpliciter: sed ad sustentationem ministerii: veluti decimæ, reditus annui Ecclesiæ, ejusque prædia agri, prata, pascua, vineæ, piscinæ, & similia. Atque istæ res, si modò Ecclesiæ conditio inde fiat melior, sive sint mobiles, sive immobiles, alienari obligarique certâ cum solennitate possunt. *dict. Nov. 120 cap. 6 can sine exceptione 51. caus 12. quæst. 2. cap. 1. & tot. titul. ext. de rebus Eccles. non alienand Latè hic Schneidevvinus, Heigius, Schilbock. Kling & alii Matth Stephani cent. 2. quæst. 5. lit a & Olemannus lib. 2. Disput. juris civil.*
6 *Gipkan. Disput. 8. in suis Notis num 20. & seqq.* Igitur (ut rem totam paucis concludamus) extra casum pietatis, necessitatis, & evidentis utilitatis, res sacras alienare non licet: ut novissimè multis confirmat Gilkenius *hîc num. 14.* qui post plures alios, à se allegatos, formam alienationis rei Ecclesiasticæ ex professo persequitur. Eandem rem explicatiùs enodant Forster. junior *in libr. singulari. de dominio. cap. 7. num 17. & aliquot seqq.* D. Besoldus. *d. dissertat. de jure & divis. rerum cap. 5 num. 4* Wesenbecius *tom. 2. cons. 59.* Molina *tractat. de justit. & jur. tom. 2. Disput. 465.* Wurmser. & Hosti. *exercitat. 5. de jure publico quæst 24 pag. 237. & seq.* Bartholomæus Ugolinus *in tractat. de offic. & potestat. Episcopi cap. 14. § 7. fol. 110. cum seq.* Martinus Bonacina *in tractat. de contract. & restit. disput. 3. quæst. 8 puncto 4. num 3 & seqq. pag. 590 cum seqq.* itemque Cluten. *lib. 1. Diatribar. novar. justinianear. diatrib. 16. quæst 9. & 10.* nec non Döringius *in Bibliotheca Iurisconsultor. tom. 1. verb. alienatio. num. 58. fol. 1261 & subseq.*

7 Ac aliàs sanè res sacras in profanos convertere usus, impium est. *cap. semel 51 de regul. jur. in 6.* Et si fortè usus iste, ob quem huic, vel illi templo seu monasterio à piis hominibus multa donata sunt, cessat, vel impius deprehendatur: non tamen ideircò ea, quæ dono data sunt, ad donatorum heredes pertinent, vel ad profanos usus converti; sed rursus, & tantùm ad alios pios usus transferri debent, *per textum ad id præstantem in leg. legatam 4. ff. de administrat. rerum ad civit. pertinent. & leg. legatum 16. ff. de usucap. & usufruct. legat.* ubi legatum civitati relictum est, ut ex reditibus quotannis in ea civitate, memoriæ conservandæ defuncti gratiâ, spectaculum celebretur, quod illic celebrare non licet: quæritur, quid de legato existimandum sit? Modestinus respondet, memoriam testatoris alio & licito genere celebrari debere. Pari ergo ratione si à majoribus aliquid ad impios cultus legatum esse deprehendatur: à posteris legatum ejusmodi non debet revocari: sed ab impiis ad pios, Deoque gratos usus & cultus traduci. Sacra namque profana fieri non debent *leg.* 8
inter stipulantem 83 § sacram. 5. ff de verb obligat. dict cap semel 51. de reg. jur in 6. Quæ cùm nullius sint in bonis, & divini juris. *§ nullius 7. super hoc tit.* quo (malum!) sacrilegio auferuntur Deo & Ecclesiæ? Sed hæc, ut & alia dies Domini judicabit. quemadmodum præclarè scribunt *Wesenbec. hic num. 2. & Schneidevvin. num. 10. Modest. Pistor. cons 54. num 20 & 33. volum. 1. Schurff. cent. 1. cons. 48 Hænonius disput. controvers. 3. & D Obrecht. Disput de rerum divis. & qual. thes 86. & seq Nigerdin. lib. 2. Disput 1 thes. 1. quæst. 3. Schickhard. Disput. 14. thes. 1. ad liter. g. Wilhelm. Zepper. Polit. Eccles 23 pag 259 & seqq. & de lib. Mos lib. 4 cap. 10. pag 366. Danæ. lib. 3. Pol Christ. cap. 2 pag. 170. & seqq. Petr Martyr. in in Comment. ad lib. 1 Reg. cap 21 in princip. Eberhard. à Weyhe in problem de Reg. elect. & success pag. 132. Keckerman. lib. 1. system Polit. cap. 9 pag. 195. Carpzov. Disput 8. de jure majest thes 11. & seq ubi plures citat.* Hinc piè admodum divus Ambrosius, Basilicam ad Imperatoris mandatum tradere jussus, animo forti & magno respondit. Nec mihi fas est tradere; nec tibi accipere, Imperator, expedit. Domum privati nullo potes jure temerare: Domum Dei existimas auferendam? Noli te gravare, Imperator: ut putes, te in ea, quæ divina sunt, Imperiale aliquod jus habere. Noli te extollere: sed si vis diutiùs imperare: esto Deo subditus, &c. *Vide D. Ernestum Cothman. cons. 100. volum 1. & in Comment. ad tit. 2. lib 1. Cod. num. 53. Henricum Andream Cran. in Dissert. de pac relig. part. 1. problem. 5 hicque laudantem D Martin. Rümelinum, Generum mihi, filij instar, suavissimum part. 3. ad Aur. Bull. Carol IV Imp. Dissert. 3. Corollar. 3.* Quibus adde reverendum & clarissimum Theologum D. D. Theodorum Thummium. Amicum meum honorandum, *in tractat. de bonis Ecclesiæ, quæst. 6. in princip* eumque referentem Guolfgangum Jacob. Sadelerum *in Dissertat. de jure Universitatum. conclus 16 ad liter. c. pag. 59 & seq.* item D. Collegam Besoldum *lib. 1. Politic. cap. 3 nu 3. & in thesauro practice lib. 5. num. 83. pag. 759* & D. Lansium *in Orat. funebr Frider Ducis Wurtemberg. pag 143.* huncque laudantem Dom. Gottfridum à Warnstedt. *in Dissertat. de emptione vendit. thes 6. pag. 15. & seq.*

Nec hanc turbat sententiam *l. omnia 5. Cod. de pa-* 9
gan & sacrific ub. loca & bona Ethnicorum sacris attributa, fisco vendicantur. *Etenim* hoc ad bona, monasteriis, templis seu Ecclesiis relicta, extendendum non est. Magna quippe inter hæc & illa bona est diversitas. Illa dæmonis seu idolis fuerunt dedicata, *ut arguit D. Paulus 1. ad Cor. 10. v 20.* quæ fiscus, tanquam vacantia, quoquo modo potest vindicare. Hæc verò Deo consecrata sunt, & Ecclesiæ: quæ quanquam magnis ante hæc tempora tenebris fuit involuta: hoc tamen non ad ejus deprædationem valere debet,

sed

sed eò, ut quæ ad impios usus Ecclesiæ sunt relicta, in
pios convertantur. *Hœnon. dict. controv 3. in fin.* Mi-
mus obstate. *parrr 38. §. fides commisit. 6. de leg. 3.* ubi
fideicommissum, quod valuit à principio, si deficiat ex
post facto, apud legatarium remanet. Nam ibi legatū
erat certo corpori sive Collegio relictum: quo disso-
luto. & non amplius extante, legatum seu fideicom-
missum, respectu collegii, expirat. Deum autem, cui
res semel dicata est, semper manere, certissimum est. *In*
stus Snolt, cognomento Schux. exercitation jur diss. 5.
thess. 6. pag 69.
10 Porro non ædes tantùm Deo consecratæ, efficiuntur
sacræ sed & locus, in quo illæ extructæ sunt, sacer
redditur: adeò, ut etiam collapso sive combusto æ-
dificio sacer ipse remaneat, *hoc § & d l. in tantùm 6*
§. sacra autem ff de rer. div. leg ade sacra 73 ff. de con-
trah. empt. Aliud est in locis profanis Nam in litore si
locus occupetur ædificio, fit privatus: sed ædificio di
ruto, fit rursus publicus. *l. quod in litore 14 ff. de acq.*
11 *rer. dom & dictum in § 1. s hoc tit.* Ratio differentiæ
est, quia consecratio non solùm fit ædificii, verùm et-
iam loci, & ipsum quoq; afficit, *ut rectè docet Giphan.*
hic in vers. locus autem &c. & Rittershus. p 145. De
jure tamen canon. locus non ampliùs manet sacer, dis-
ruto vel exusto templo, sed de novo consecrari debet.
can. Ecclesiis. 19 de consecrat. dist. 1. nisi tectum dunta
xat corruisset, parietibus illæsis manentibus. *c. ligneis*
6 ext. de consecrat. eccles. Forster. jun. de lib. sing. de do-
minio. cap. 7. nu. 6.
12 Sed quid, si locus sacer capiatur ab hostibus? Hoc
sanè casu locus iste sacer esse desinit: liberatus tamen
ab ea calamitate, quasi quodam postliminio statui pri-
stino restituitur. *L. cùm loca 36. ff. de relig. & sumpt.*
fun. Cujus hæc dari potest ratio: quia dedicatio &
consecratio loci sacri, ad ejus tantummodò populi u-
sum facta esse videtur, in cujus gratiam dedicatio facta
est. Quare si is populus eo ampliùs loco uti non possit:
quod fit, si hostes eum occupârint: ex tacita volun-
13 tate & voto dedicantis ille sacer esse desinit. Cæterùm
res sacræ mobiles, ut donaria, id est, dona Deo oblata,
præter casum priorem, etiam his casibus omnibus,
quibus eas alienare licet, desinere possunt esse sacræ.
Quo siquidem momento alienantur, & sacræ esse de-
sinunt: alioqui nec alienarentur. *Donell d. lib. 4. Com-*
ment. de jur. civ. cap. 1. p. 225. nu. 30. Adde Bacchovium
hic nu 4. p. 249.

§. *Religiosum. 9.*

Religiosum locum unusquisque suâ vo-
luntate facit, dum mortuum infert in locum
suum. In communem autem locum purum
invito socio inferre non licet. In commune
verò sepulchrum etiam invitis ceteris licet in-
ferre. Item si alienus ususfructus est: propri-
etarium, placet, nisi consentiente usufructua-
rio, locum religiosum non facere. In alienum
locum consentiente domino licet inferre: &
licèt posteà ratum non habuerit, quàm illatus
est mortuus; tamen locus religiosus fit.

SVMMARIA.

1 *Religiosi loci etymologia, & definitio.*
2 *Quæ sint inter sacrum & religiosum differentia.*
3 *Cenotaphium quid: & conciliatio leg. 6. §. fin. cum l. seq. ff. de rer. divis.*
4 *Religiosus fit locus, quatenus corpus humanum est.*
5 *Homicidium in confinio si commissum fuerit, ad quem magistratum illius cognitio pertineat.*
6 *Caput præstantior pars corporis, & sedes animæ rationalis dicitur.*
7 *Potentius & dignius trahit ad se minùs dignum.*
8 *Locus magis, ubi delictum est consummatum, quam ubi inchoatum, inspiciendus.*
9 *An monstrosi partûs humatione locus fiat religiosus.*
10 *Formâ mutatâ, interit rei substantia.*
11 *Suum locum quisq; religiosum facere potest. & ratio:*
12 *In commune sepulchrum, invito socio, licet inferre mortuum: in locum verò communem purum, non item.*
13 *Ratio istius differentiæ.*
14 *Proprietarius, ut & fructuarius, alicujus loci, eum religiosum facere nequit: & cur.*
15 *In locum planè alienum, quatenus liceat inferre mortuum.*
16 *Volenti & consentienti non fit injuria.*
17 *Nemini invito jus suum adimendum.*
18 *Diversa hujus §. lectio.*
19 *Consilium mutare cum alterius incommodo non licitum.*
20 *Iusta sepulturæ traditum corpus, non debet inquietari.*
21 *Ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur.*
22 *Hodie nullus locus religiosus fit sine auctoritate Episcopi, vel ordinarii Magistratûs.*
23 *Utrum melius sit sepulchra habere in civitatibus, quam in agris.*
24 *Cur antiquitùs cœmiteria extra urbem fuerint constituta.*

Religiosum (non attentis aliorum derivationibus, 1
de quibus videatur hic Bachovius à relinquen-
do est dictum: quòd propter sanctitatem à profanis
usibus relinquitur. *Gell noct. Attic lib. 4. cap. 9 Ma-*
crob. lib. 3. Saturn cap. 3. Mynsing. Wesenb. Schneidew.
Pise, & Cunrad. Wolfius in hoc §. Religiosus autem
locus definitur is, in quem mortuus sepeliendi gratiâ
ab aliquo infertur, *hic & l. in tantùm. 6 §. religiosum.*
4 ff. de rer. div Ex quo inter sacrum & religiosum hæ 2
potissimùm apparent differentiæ. *Prima*: quòd sa-
crum publicâ, id est, Pontificis vel Episcopi auctorita-
te, religiosum privatà auctoritate & voluntate fiat. *Se-*
cunda: quod sacrum Deo destinatum sit, & dedica-
tum: religiosum non Deo, sed sepulturæ hominum.
Tertia: quod sacrum fiat consecratione: religiosum
mortui ac reliquiarum illatione. Hinc in confessum
venit: non monumenti alicujus extructionem; sed
solam mortui, aut reliquiarum illationem, locum fa-
cere religiosum. *l. si sponsus 5. §. concessa 8. cum seqq ff.*
de donat inter vir. & uxor. l. lege Iulia. 4. §. non fit lo-
cus 6 ff. ad Iul pecul. Itaq; cenotaphium, id est, vacuū 3
sepulchrum (quod Virgil. *lib. 3. & 6. Æneid.* inanem
tumulum, & Sueton. honorarium vocat. D. Obrecht.
disp. 4 thes 98.) quod vivis nobis, aut mortuis parari
solet, ante corporis illàtionem nihil religionis habere,
eòq; & vendi, & donari, & ad alios usus trāsferri posse,
rectè placuit. *d. l. in tantum 6 in fin. cum l. seq. ff. de rer.*
div. l. vel quod 6 § ult. ff. de relig. & sumpt. funer. Porrò
de intellectu. *d. l. 6, § ult. & l sed divi. 7. ff de rer div.*
(quæ invicem pugnare videntur) inspiciatur Nicol.

 de pas-

de passerib. à Genoa. Patavinus, *in suis conciliat leg. in jur. civ. contrar. concil.* 1. ubi licet diversas diversorum conciliationes recitet, & rejiciat: mihi tamen illa, quam priore loco adducit, quamque communem esse, testatur (quòd videlicet dict. loc. 6. ex immediatè subsequente l. sit corrigenda atque explicanda) tamdiu probabitur, quamdiu ille veriorem non attulerit. Adde eàdem de re latius disserentes Scipionem Gentilem *lib. 2 parerg. cap. 16.* Iohan. Kichman. *de funerib. Roman. lib. 3. cap 27. circa fin.* Alciat. *lib. 10. Parerg. 12. Forcat. Necyoman. dialog. 1 num. 27. eosque laudantem Cluten. lib. 1. diatribar. novo Iustinianear.*
4 *&c. diatrib. 16 quæst. 14.* Neque verò totus locus, qui sepulturæ destinatus est, religiosus sit: sed eatenus tantùm, quatenus & quousque corpus humatum est. *l. 2. §. sepulchrum 5. ff. de religios. & sumpt funer. Giphan. hic Brisson lib. 2. select. cap. 15. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 20. num. 19.* Quid ergo, si diversis in locis ossa, membrave ejusdem corporis sint sepulta? Et verius est, utrumque locum non fieri religiosum; ex hac ratione, quòd unius sepultura, plura efficere sepulchra non possit: verùm ille locus solus erit religiosus, ubi principale, id est, caput conditum est. *l. cum in diversis 44 ff. dict. tem. de relig. & sumpt fun.*
5 Ex qua l. Dd. communiter non ineptè arguunt: si quis in confinio occisus reperiatur, ei cognitionem de cæde sive homicidio tribuendam esse, cujus in territorio
6 capite incumbit occisus. Caput siquidem non tantùm præstantior pars, & velut arx est corporis; ut ait Serenus:

Principiò celsâ de corporis arce loquamur:

adeoque sedes animæ rationalis, & memoriæ, & sapientiæ dicitur: verùm etiam per faciem homo, quoad figuram exteriorem, cognoscitur, ac proinde non rarò pro toto homine sumitur, *dict loc. cum in diversis 44. ff. eod. & leg. si quis in metallum 17. Cod. de pœnis.*
7 Ergo non mirum, si potentius & dignius ad se trahat minus dignum: & sic capitis potior, quàm trunci ratio habeatur, *arg. l quidquid 27. § cùm partes 2. ff. de acquir. rer. dom. & l in rem actio. 23. §. in omnibus 4. ff. de rei vindicat.* Et aliàs in delictis potiùs qualitas
8 patientis, quod impressam certam cædis notam & infallibilem significationem, quàm agentis, consideratur, *arg l palàm 43. in princ. & § 1 ff. de rit. nupt.* nec non locus magis, ubi maleficium est consummatum, quàm ubi inchoatum, inspicitur: ut ex *Bartolo* refert & tradit Zang. *in tract. de except part. 2. cap. 1. nu. 233. & seqq ed 2. Schneidevv. ad §. quædam actiones 20 in act. fin regund. num. 11. infr. de actionib. Matth. Stephani de jurisdict. lib. 1. cap. 30. num. 43. Treutler. disput. 19. thes. 4. volum. 1. Hackelman. disput. 8. thes. 2 Bercholt. in explicat tit. 56. quæ sint regalia num. 26. lib. 2. feudor. Knichen de Saxon. non prevoc. jur. verb. ducum cap. 5. num. 156. Rosenthal. in tract feud. cap. 5. conclus. 21. num. 1. ad lit. A & Berlich. decis. aur. 62.* ubi pro hac sententiâ Scabinorum Lipsensium responsum affert. *num. 9. pag. 207.* Quamvis alii aliter sentiant, *Bald. in l. jurisperitos 30. §. cùm oriundus 1. nu. 2. ff. de excusationib. tutor. & ad l. arbor. 19. ff. com. mun. divid. & ad eund. tit. Zasius in Paratit. circa fin. Iul. Clar. lib. 5. sent § fin. quæst. 36. num. 11. Cepoll in tract. de servit. rusticæ prædior. cap. 20. num. 26. Farinac. lib. 1. prax. crim tit 1 quæst. 7. num. 51 Niellius in disput. feud. 11 corollar. ult. D. Becer. in tract. de regalib. cap. 2. num. 148. & in tract. de omni genere homicid lib. 1. cap. 3. num. 233. cum seqq pag. 289. & seqq. Berent. disput. 3. ad Instit. them. 1. quæst. 3. Conrad. ab Einsiedel. in tract. de regalib. cap. 2 nu. 272. cum seqq. pag. 390 cum seqq. & Quirinus Kubach cent. 1. quæstion. illustr. decur. 6 quæst 3 & 4. D. Besold. in differt. juridico polit. de jure & div. rer. cap. 2. nu. 8. p 16. itemq; in differt. juridico-polit. de jure territor. cap. 3. p. 271. Eberhard. à Rheden. apud Arumæum vol. 4. de jure publico discurs. 16 jurisdict. thes. 10. Wurmserus & Bervvitz. exercit 3. de jure publico in corollar. pag. 143. & seqq.*

Quæri hic poterit: an monstrosi partûs illatione 9
locus fiat religiosus? Et si monstrosus ille partus nullam humani corporis figuram, hominisvè formam habuerit, ut si semibos, avium figura, aut centaurus, minotaurus, aut leopardus ex homine natus, sepultus sit, eum facere locum religiosum, meritò negatur. *argum. l. non sunt liberi 14. ff de statu homin.* ubi Paulus: *Non sunt*, inquit, *liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.* Ac 10
certè per formam unumquodque id est, quod est: adeò, ut eâ mutatâ, manente etiam corpore, non eadem res esse videatur. *leg. Iulianus 9. §. sed si quis in fin. ff. ad exhiben. Cluten d. diatrib. 16. quæst 13.* Licèt itaque semen & materia corporis monstrosi, ex homine nati, humana videantur: sublatâ tamen, quam sen. el ac solam natura homini constituit, formâ, & substitutâ peregrinâ, ac penitus ab hoc animalis genere alienâ, nec homo sit, nec homo vocetur, necesse est. Cæterùm si partus ille formam humani generis non planè abjecit: hominis appellatione continetur, & sub edicto prætorio de religiosis comprehenditur: ut prolixiùs id demonstrat D. Goed *ad l. ostentum. 38 nu. 3. & 15. ff. de verb. signif* quem refert & sequitur Matth. Stephani *cent. 2 quæst. 7. lit b.*

Quadruplex autem locus hoc §. distinguitur: suus, 11
communis, ius, in quo alius habet usumfructum, & planè alienus. De primo jus hoc est: unumquemque suâ voluntate posse eum facere religiosum, ut hic in verbis: *unusquisq; sua voluntate &c* Et ratio est: quia suæ quisque rei est moderator, & arbiter: sive, quia suam quisque rem potest facere deteriorem. *l. in re mandatâ. 21. C. mandati. §. 2. f. de his, qui sui, vel al. jur. sunt.* De secundo, id est, communi loco, 12
videndum est, purus sit, sive profanus, an religiosus, hoc est, sepulchrum. Et in commune quidem sepulchrum licet socio inferre quemlibet mortuum, etiam invitis aliis sociis: in locum verò communem purum non, nisi iisdem consentientibus. *hoc § & l si quis 6. §. si quis in communem 6. ff. com. div. l. si plures 41. & l sunt personæ 43. ff de relig. & sumpt. fun. l. si fundus 39. ff pro soc.* Ratio differentiæ hæc est: quia in re 13
communi, socius partem socii deteriorem facere non potest. *l. nemo ex sociis. 68. ff. d. t. l in re communi. 26. ff. de servit. præd. urb.* Fit autem locus purus illa-

illatione mortui deterior: quia efficitur religiosus, hoc
est commercio eximitur. At cum locus jam est reli-
giosus id est, cùm est sepulchrum commune: socius
mortuum inferendo non nocet. Adde, quòd socius,
etiam invito socio, re communi uti potest: modò ad e-
am utatur finem, ad quem res destinata est, ut sepul-
chro ad sepulturam *arg. l. item. 10. §. 1. ff. commun. di-
vid. Giphan. hic in vers. in communem autem, &c.
Hunnius in resolut. ad volum. poster. Treutleri, disp. 18.
th. 1 lit. d. quæst. 2. pag. 372. & seq. Lingloüs decis. Iustin.*
14 *8 quæst 4. num. 7 fol 82.* Tertii loci, cujus scilicet u-
susfructus est alienus, jus hoc est: non posse proprie-
tarium, nisi consentiente usufructuario, locum illum
facere religiosum *hoc §. & d. l. 2 §. si usumfructum. 7.
ff. de relig. & sumpt. l. locum. 17 ff. de usufruct.* Ratio e-
videns est. quia proprietario causam sive conditio-
nem fructuarii, deteriorem facere non licet *l. sed si quid
15. §. proprieta ii. 6. & seq. ff. d. titul.* Quod è contrario
in usufructuario quoque obtinet. *l. si cuius. 13. §. fru-*
15 *ctuari u. 4. ff. de usufr. l. 3. ff. de relig. & sumpt. &c.* De
quarto loco, putà planè alieno, id juris est: posse in e-
um inferri mortuum, consentiente domino: aliàs non
item. *h. & d. l. 2. §. 1. & seqq. ff. eod. tit.* Illius quidem ra-
16 tio est perspicua: quoniam volenti & consentienti non
17 fit injuria. *l. 1 §. usq. adeò. 5. ff. de injur.* Hujus verò ratio
hæc est: quia nemini invito jus suum adimi, vel deteri-
ùs reddi debet, *pr. §. 2. vers. dominorum quidem. J. de
his, qui sui, vel alien. iur. l. id. quod nostrum. 11. & l.
non debet. 74. ff. de reg. iur.*

18 Denique de lectione finalium verborum hujus §.
Interpretes non conveniunt. Quidam enim legunt
negativè, *ratum non habuerit: Mynsingerus, Hegius,
& alii hic communiter, ut & libri Norici:* quidam af-
firmativè, *ratum habuerit: Theophilus, Græcus Inter-
pres. Balduinus. & Hotoman. in hic, nec non Anton. Au-
gustin. libr. 1. emendat. iur. cap. 2. & libri Florentini.* Sed
utraque lectio (*teste Crispino hic in suis notis. Vulte-
io, Giphanio, Rittershusio, p. 147. & Pisone nu. 4. itemq.
Arumæo, Exercit. Iustin. 4. thes. 6.*) veram commo-
damque continet sententiam. Et prior quidem est de
domino priùs consentiente, posteà pœnitente & dis-
sentiente: posterior verò est contraria, id est, de domino
priùs dissentiente, & posteà consentiente. Et utroque
casu rectè dicitur: locum fieri religiosum, sive ab initio
dominus consentiat, ut mortuus in locum suum infe-
ratur; sive posteaquam illatus est, ratum habeat, adeò-
19 que id, quod factum est, approbet. Priore quidem id-
eo: quia non licet mutare consilium cum alterius ja-
cturâ *l. nemo. 75. ff. de reg. iur. c. mutare. 33. eod. in 6.* &
quia quod semel placuit, ampliùs displicere non pot-
est. *l. sicut. 5. C. de obligat. & actionib. c. quod semel. 21.*
20 *de reg. iur. in 6.* tum etiam, quia edicto cautum est, ne
justæ sepulturæ traditum corpus inquietetur. *l. Divi*
21 *fratres. 39. ff. de relig. & sumpt. fun.* Posteriore autem:
quia ratihabitio retrotrahitur, *l. ult. Codic. ad Senatus-
consult. Maced.* & mandato consensuique comparatur.
*l. semper. 60. ff. de reg. jur. l. verò. 12. §. fin. l. cùm decem.
21. §. 1. & §§. seqq. ff. de solutionib. Ioan. Baptista Costa
in tract. de retrotract. cap. 8. cas. 4. fol. 491. Idem senti-
unt Forster. Junior lib. sing. de dominio. c. 7. num. 8. &*
*Treutler. vol 2. disp. 20. th. 1. ad lit. D. in fine. & ibidem
in suis not. Bachovius. pag. 170. vers. illud constat, &c.
itemq. Hunnius in d. resolut. ad Treutler. vol. poster.
disp. 18. th. 1. quæst. 4. pag 373.* Atque hæc olim. Nam 22
secundùm instituta nostri temporis, & scita Juris ca-
nonici, nullus locus profanus solius privati arbitrio ac
voluntate, illatione cadaveris religiosus fieri potest:
sed necessum est, ut per Episcopum, vel ordinarium
Magistratum locus sepeliendis mortuis ritè destine-
tur. *capit. ad hæc. 4. de relig. dom. Kling. & Mynsing. hic
num. 4. Gilken. num. 1. Piso. n. 5. Cluten. d. diatrib. 16.
quæst. 15. in fin. Panorm. & alii in capit. abolenda. 13.
ext. de sepult.* In singulis quippe Parœciis ferè Cœmi-
teria hodie sunt constituta, in loco communi, & non
in agro sive horto proprio, ut antiquiùs: in quæ quili-
bet mortuos suos liberè inferre potest: ita tamen, ut
non censeatur, prohibitum, qui in communi dormi-
torii loco, privatus locus certæ alicui familiæ assignari
queat, *arg. c. fraternitatem. 3. ext. dicto tit. D. Obrecht.
d. Disput. 4. th. 99. Pet. Gregor. in syntag. jur. lib. 2. c. 13.
n. 4. ibiq. referens Bruning. in discurs. palæstra Imperi-
alis 4. th. 2. lit. r.* Illud obiter hic addendum puto [illegible]d 23
melius sit sepulchra habere in agris, quàm in civitati-
bus. Ac sanè olim extra civitates in agris habebantur
sepulchra tempore Iudæorum. *Rodolph. Hospinian. de
orig. templor. lib 3. cap. 1. Theodoret. hist. eccl. lib. 2. cap. 14*
& Romanorum. *M. Tull. lib. 4. famil. ep. 12. & lib. 2 de
legib. l. omnia. 6. C. Theod de sepulch. violat.* Vnde Pau-
sanias multa sepulchra extra urbem posita, nullum ur-
banum commemorat. Quamobrem Dio *lib. 44.* scri- 24
ptum reliquit: Cæsari sepulchrum intra mœnia con-
cessum. Ideò autem antiquitùs extra urbem cœmi-
teria erant constituta, ut in urbibus munditiès serva-
retur, & Christiani admonerentur: defunctos exivisse è
mundo, & hanc civitatem reliquisse, & cives in cœlis
factos esse. Sed crescente superstitione, sub Gregorio
Magno cœmiteria sacrificulorum lucri gratiâ, intra ur-
bes translata sunt, ut eò faciliùs sacra & quæstum fa-
cerent. Et quamvis jure canonico prohibitum sit rati-
one terræ aliquid exigere. *d. c. abolendæ. 13. de sepult.*
nullum tamen videtur excogitatum quæstuosiùs au-
cupium, quàm quòd ex venundatione sepulchrorum
colligitur, ut ex Rodolpho Hospiniano *d. lib. 3. de orig.
templ. c. 1.* tradidit Ioachim. Cluten. ut ex Rodolpho
Hospiniano *d. lib. 3. de orig. templ. c. 1.* tradidit Ioachim.
Cluten. *d. diatrib. 16. quæst. 12.* Eaque de re vide latiùs
disserentem Alexandrum ab Alexandro lib. 6. genia-
lium D. keum *cap. 14. ibiq. Tiraquellum in suis anno-
tationib. pag. 926. & seqq.*

§. *Sancta quoque.* 10.

Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ ci-
vitatis, quodammodò divini juris sunt: & ideò
nullius in bonis sunt. Ideò autē muros sanctos
dicimus, quia pœna capitis constituta est in
eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideò &
legum eas partes, quibus pœnas constituimus
adversus eos, qui contra leges fecerint, sancti-
ones vocamus.

SVMMARIA.

1. *Quæ res dicantur sanctæ; & unde.*
2. *Sanctio quid sit.*
3. *Muri & portæ omnium civitatum sanctæ & cur.*
4. *Ubicunque militat eadem ratio decisiva, ibi debet militare idem jus.*
5. *Favorabilia amplianda, odiosa restringenda.*
6. *In odiosis etiam, ob eandem rationem, idem jus statuendum.*
7. *Intellectus l. qui perforaverit. 11. ff. ad l. Jul. peculat.*
8. *Consideratio l. final. ff. de rer. divis.*
9. *Exempla regulam declarant, non restringunt.*
10. *Alia consid. ratio d. l. final. ff. eod. item num. 12.*
11. *Cives Romani qui dicantur.*
12. *Appellatione civitatis quid significetur.*
13. *Ius civile, absolute positum, quid denotet.*
14. *Leges civiles Romanæ, quibus sint præscripta.*
15. *Sententia l. penultim. & ult. ff. ne quid in loc. publ. &c.*
16. *An & quatenus odiosa sint restringenda.*
17. *Publice interest, delicta puniri, & eorum frequentiam acerbitate suppliciorum minui.*
18. *Lex pœnalis ex paritate rationis extensionem admittit.*
19. *An, & quatenus vallum sive murum transcendens, capite plectatur.*
20. *Cur res sancta dicantur quodammodo esse divini juris.*
21. *Rebus sanctis assimulantur loca, quibus salva Guardia est præfixa.*
22. *Quatenus locus ita sanctificari possit, ut, si aliquis ibi delinquat, capite puniatur.*
23. *Homo dignior est quovis loco, utcunque sacro, vel humana sanctione munito.*

RES sanctæ dicuntur, quæ ab injuriâ hominum sanctione quâdam defensione, subnixæ atque munitæ sunt: sic appellatæ, vel à sanciendo, secundum Aggenum Urbicum, *in Commentar. ad Frontin.* & Ulpianum *in l. sacra. 9. §. propriè. 3. ff. de divis. rer.* vel a saginibus herbis, quas Legati populi Romani, ad hostes missi, secum ferre solebant, ne violarentur, auctore Marciano, in *l. sanctum. 8. §. 1. ff. eodem.* Atque inde legati ipsi sancti indigitantur, *in l. fin ff. de legationib. & pulchrè explicat Quirinus Kubach. cent. 1. quæstion. illust. decur. 5. quæst. 1. & Conradus Brunus lib. 4. de legationib. cap. 1. fol.* 150. Eoque intuitur Imperium quoque Romanum dicitur sanctum. Das heylige Römische Reich. *D. Besold. dissertat. juridico-politic. de*
2 *jure & divis. rer. cap. 5. num. 9. pag. 40.* Est autem sanctio, ea pars legum, quâ pœna continetur in eos, qui contra legem fecerint, *hoc §. in fine. & l. sanctio. 41. ff.*
3 *ne pœn.* Quâ de re videantur *Zonaras lib. 3. histor. Macrobius lib. 3. Saturnalior. c. 3. & Rittershus. hic p.* 149. Sanctarum verò rerum numero præcipue sunt muri & portæ omnium civitatum, adeoque etiam municipalium, per textum hujus §. generaliter & indistincte loquentis, item *l. 1 in prin. & d. l. sanctum 8. §. ult. ff. de rer. divis. l. 2 ff. ne quid in loc. sacro fiat. Cic. lib. 2. de natur. Deor.* Etenim capitis pœna sancita est. & constituta adversus eos, qui aliquid in res istas, quæ quodammodò divini juris sunt, deliquerint. *hoc §. & l. ult. ff. de rer. div. Gilbert. Reg. lib. 2. ἐναντιοφανῶν c. 4. Arum. Exerc. Inst. 4. lib 7. & 8.* Nec obstat quicquam, quòd per portas impura & immunda inferri atque efferri soleant. *Alex. ab Alex. lib. 6. Gen. dier. 14.* Nam hanc ratiocinationem minus idoneam esse, evidens est. Quis enim loca sacra aut religiosa mox violari ac contaminari credat, si quid non tale inferatur? Aut quam labem contrahunt divina, si noxius quis contingat? *Tiraquus Faber disput. 12. ad institution. Imperial. th. 8. lit. a. Vide Bachovium hic num 3.* Ac sane quòd, pœna isthæc in murorum & portarum violatores constituta, non tantùm ad muros & portas Romæ civitatis; sed etiam aliorum municipiorum spectet, ita demonstratur: Ubicunque militat ea- 4
dem ratio decisiva; ibi debet militare idem jus. *l. illud. 32 ff. ad leg. Aquil l. quadam 9. nummular. §. 22 ff. de edend. l. 4. Titio. 108 ff. de verb. obligat l. nam ut ait. 13. ff. de legib. l. Pomponius 9. ver. & quemadmodum. ff. de negoc gest.* Atqui ratio decisiva, cur capite plectantur violatores portarum & murorum Urbis Romæ, militat etiam in violatoribus portarum aliorum municiporum. Quod enim portæ & muri Civitatis Romanæ sunt sancti, & sanctione quadam ex hominum commercio tolluntur; violatores illorum capite plectuntur, *hoc §. nostro d. l. ult. ff. de rer. divis.* Ast & aliorum municipiorum muri sunt & dicuntur sancti, *d. l. sanctum. 8 § fin. ff. de tit juncto §. hoc nostro.* Ergo & horum violatores capite sunt puniendi. Nec illud fun- 5
damentum evertit, si dic. sed tantùm procedere in favorabilibus, quæ amplianda, non item in odiosis & pœnalibus, quæ restringenda sunt. *c. odia. 15. de reg. jur. in 6.* Nos autem hic versari in odiosis & pœnalibus *d l. ult ff de rer. divis.* Etenim cùm hic salus publica, vita & fortuna civium omnium vertetur, ne videlicet ea aliorum irruptionibus & invasionibus exponatur: manifestum est, etiam hic nos in admodum favorabilibus versari: sieq; argumentum sive fundamentum nostrum adhuc subsistere. Quin & in odiosis, 6
ob eandem rationem, idem jus statuendum esse, patet *ex c. 1. § porrò si dominum. Quæ fuit prima causa beneficij amitt. lib 2 feud. tit. 24. l. libertum. 64 §. 1. vers. cùm ideò ff de rit. nupt. l. his solis. 7 ibi, satis etiam tacitè cautum. C. de revocand. donat.*

Non obstat *l. qui perforaverit. 11. in prin ff. ad l. Iul* 7
pecul. ubi Ulp. ait, eum, qui perforaverit muros, & inde aliquid abstulerit, peculatus actione teneneri Ergo non tenebitur pœna capitis: qui peculatus pœna est deportatio. *l 3 ff. eod* Plerisque casib. etiam quad uplitantum *l. sacrilegij. 6 §. ult. & l pen. ff d. t.* Non obstat, *inquam.* Nam l. ita 11 loquitur de eo, qui nocet muris, aut inde aliquid aufert. Id enim quasi peculatus est, sive furtum pecuniæ publicæ. Ast *hic § & d. l. ultim ff. de rer. divis* de murorum transcensione agunt: quæ capitalis est: & quare sit, *ex dict l ultim* patet.

Nec movet, quod *in eâd. l. ult. ff. de rer. divis.* pœna 8
capitalis ad muros urbis Romæ restringatur, idque exemplo Romuli & Remi (qui Remus muros Romæ transcendisse perhibetur *Ceras. ad l. ult. ff eod. num. 4. Duaren. ad l possideri 3 §. si rem apud te 18. ff. de acquir vel amitt. poss Connan. lib 3. Comment. jur. civ. c. 1. nu. 5. Cluten. lib 1. diatribar. nenve Iustinian. &c. diatrib. 16. quæstion. 18.*) ac proinde ad aliarum civitatum violatores extendi non debeat. *Exempla* siquidem re- 9
gulam explicare, non vero restringere, notum est, *l. 1 §. quod vulgò. 25. ff. de vi & de vi arm. l. damni 30. § ult. ff de dam inf.* & tradit, *post alios, Gœddaus in Comm. de contrah & commit stipul cap 8. concl. 2. num. 77. & in leg rei appellatio. 5. num. 17. Digest. de verbor. significationib.* & Mundius *in Commentar. de diffamationib.*

exib.cap. 4.num. 86.ubi plures citat. Præterea pœnam dictæ *l. ult.* non extendimus: sed cùm indefinitè & generaliter de murorum Civitatis violatoribus loquatur, generaliter etiam illam intelligimus, *arg l.1 § generaliter. 1 ff. de legatis præstandis, &c. l. de protie. 8. ff. de public in rem act.*

10 Similiter non adversatur, quòd *d. l. ult. ff. de rerum divis.* nominatum de civibus Romanis loquatur: sicq; aliarum civitatum cives excludere videatur, *arg. l. cùm prætor 12 in princip. ff. de judic. leg. 1 §. 1 & 2. Digest. de*
11 *effractoriè.* Cives enim Romani non solùm dicuntur incolæ Vrbis Romæ, sed omnes omninò, qui Imperio Romano subsunt. *l. in orbe 17. ff de stat. homin.* atque a deo *d. lex ult ff de rer. divis.* non demùm per interpretationem quandam ad municipia extenditur, sed ipsis verbis ea includit & complectitur.

12 Nihil item obest, quòd *in § præsenti* traditur, muros ac portas civitatis esse sanctas: & ideò pœnam capitis constitutam esse in eos, qui aliquid in illas deliquerint. Quoties autem in legibus nostris *civitatis* fit mentio, nec additur, cujus sit civitatis, intelligitur civitas Romana. *§ sed jus quidem. 2. sup. de jure nat. gent & civil* Igitur cùm dicitur, muros ac portas *civitatis* esse sanctas & inviolabiles, in earumque violatores capitis pœnam esse statutam; hoc non de aliis, quam de Vrbis Romæ muris ac portis accipiendum est. Nihil, *inquam*, illud obest: quoniam civitatis appellatione non Vrbs duntaxat, sed totus populus significatur, *arg § 1 supr. d. tit de jure naturali, &c* ac proinde per *civitatem Romanam* totus intelligitur populus Romanus, adeoque omnes, qui Imperio Romano sub-
13 jecti sunt. Præterea quemadmodum jus civile absolutè positum, designat jus illud, non quo soli Vrbis Romæ incolæ utuntur: sed id, quod toti populo Romano præscriptum est: ita quoque appellatio civitatis, absolutè posita, non Vrbem duntaxat Romanam, sed populum Romanum, ac universos, Romano Imperio
14 parentes, denotat. Leges quippe civiles Romanæ non sunt præscriptæ solummodò civibus Romanis, sed toti Populo Romano, omnibusque Imperio Romano subjectis. *l 3 & l. leges sacratissimæ. 9. Codic de legib.* aliæque civitates observantiam & consuetudinem Vrbis Romæ sequi jubentur *§. fin. infr. de satisdationib.*

15 Nihil insuper momenti habet, quod affertur *ex l. penult & ult ff. ne quid in loc. publ &c.* ex quib. cùm appareat, interdictum istud (*ne quid in loco publico fiat.*) seu extraordinariam actionem adversus violatores murorum ac portarum municipiorum dari posse: inde dicendum videtur, quod capitalis pœna ad eos porrigenda non sit, qui muros portasve municipales hostiliter violaverint. At quid enim opus esset interdicto, vel extraordinariâ actione, si capitali supplicio coercendi essent? Nihil, *inquam*, hoc momenti habet. Quandoquidem in legibus adductis non agitur de hostili murorum aut portarum violatione, quæ transcensu ac disturbatione fiat: sed de inædificatione tantùm, vel alio quopiam incommodo, quod sine hostili animo muris ac portis quâcunque ratione inferri potest, ut liquet tum *ex Rubricâ, sive titulo, sub quo leges objectæ collocantur:* tum *ex l. ædificia. 14. Cod. de operib. public.*

Denique nihil negotii facessit, quod opponitur: pœ- 16
nas & odia esse restringenda, non extendenda aut ampliando. *l. interpretatione. 42. Digest. de pœn. d. c. odia. 15. de reg. jur. in 6.* ac propter, quod in jure de violatoribus murorum & portarum civitatis Romanæ cautum est, ad violatores murorum sive portarum municipiorum porrigi non debere. *Etenim (ut iam mo-* 17
nuimus suprà num. 5.) in proposito favor Reipublicæ cum odio privato concurrit: cùm publicè intersit, delicta puniri. *l. ita vulneratis. 51. §. 2 ff ad leg. Aquil. l Stichum. 95. §. 1. vers sanè. ff. de solutionib.* & acerbitate suppliciorum frequentia facinorum minui, *l. aut facta. 16. § fin ff. de pœn.* At quotiens contingit, ut odium privatum concurrat cum utilitate publicâ, totiens potior commodi publici, quàm odii privati ratio habetur: ac pœnæ non restringuntur, sed ob favorem publicum potiùs ampliantur, *arg. l. si à reo. 70. §. ult. ff. de fidejussorib. l. locatio. 9 §. quod illicitè ff. de publican. & vectigal. l 3. C. de Episcop audient. l. si operis. 14 C. de pœn.* Quin etiam legem pœnalem ex paritate
& identitate rationis, quæ anima ac medulla illius per- 18
hibetur, extensionem admittere, constat ex traditis suprà. *num. 6 &* perquam eleganter docet Forsterus *junior. lib. 2. de interpretat. jur. cap 2. §. 4. num 4. cum seqq. &* Hunnius *lib. 1. de interpretat. & autherit. jur. c. 14 & lib. 2, var. resolut. jur. civ. tractat. 1 quæstion. 1. pagin. 334 item in resolut. ad Treutler vol posterior. disp 18. th 1. quæst. 1. pag 378. & seq.* Atque hanc sequuntur, probantque sententiam *Franciscus Hotoman. hic enuntiat 3. Gilkenius n. 7. & seqq Ludovic. Roman singulari 239. Gœddæus ad l. res appellatio. 5. n. 17. ff. de verb. signific Kubachius cent. 2. quæst. illust. politico-jurid. dec 3. qu. 1. Ludovic. Roman singul. 743. incip. quæstio est de facto, &c. Cæpoll. de servit. urb. præd. 54. numer. 9. Matth Stephani cont. 2 q 8. Hœnonius Disp. 4. ad Instit. controv 4. Schröter. diatrib. domesticar decad. 3. q. 10. Hostiehius Progymnasmat. Nomicor. cent. 1. decur. 3 Posit. 9. Paul. Berens Disput. 3. ad Inst. thern. 1. quæstion. 1 Locamer. quæst. jurid. fascic 14. quæst. 5. & Andr. Gerhardi decad. 4. quæst. 3.* Quamvis alii plerique frustrà repugnent, existimantes, violatores murorum municipalium non ordinariâ, sed arbitrariâ seu extraordinariâ pœnâ plecti debere. *Angel. Myn sing. Schneidevv. Vultej Marcilius, & Heigius in hoc § Bartol. Alberic. Ceras & alij in d. l fin. ff. de rer divis. Schickard Disp 4 thes. 1. in resolut quæst 5 V. gepaur Exercit. Iustin. 5 quæst. p. 201. ed. ult Forster. iunior lib singul de dominio. cap. 7. num. 13. Bachovius hîc & in not. & animad. ad Treutlerum. vol 2. disp 20. & th 1. lit C. p. 169. Nicol Boer. decis 232 incip. & videtur, &c. Menoch. lib. 2 arbitr. jud. quæst. cent. 5. cas. 453. n. 5. Iul. Clar. lib. 5. sentent. §. ult. quæst. 68 num. 29. Roland. à Vall. consil. 84 incip. quoniam. n. 24. & seq. vol. 2 Farinac. in sua prax. crim. lib. 1. tit. 3. qu. 20. nu 152. Hieron. Magen decis Lucens 90. incip. devenerat. num. 14 Nell de S. Geminian. in tr. de bannit. part. 2. tempor. 2. quæst. 13 nu. 13. Giphan. lib. 2 Disp. jur. civ Inst. Disp 8. in corollar. ibiq; Oleman. in suis notis n. 32. & sequent. Bertazol. consil 344. incip dubia. num. 2. cum seq vol. 2. & nuperrimè Berlichius decis. aur.*

70. nu.

70 num 3. p. 236. & David Ranitz. Dodecad. conclusionum Iuridicar. conclus. 2.

19 Itaque quod de muris civitatum hoc loco affirmatur: idem quoque de vallo aut propugnaculis, ad ipsorum murorum seu mœnium defensionem extructis, aut muris castrorum indubitatè intelligendum est. Nam & qui vallum transcendit, aut per murum castra ingreditur, capite punitur, *inquit Modestin. in leg. 3 § nec non 17. Digest. de re militar.* Quod tamen ita demum procedit, si quis dolo malo, vel hostili animo istud fecerit: idque satis significat Pomponius *in dict. leg. ultim. Digest. de rerum division.* cùm hujus juris hanc rationem reddit: quòd muros transcendere hostile sit, & abominandum. Proinde si quis transcendisset reficiendi causâ: vel si quis, dum fugeret adversarium prosequentem, & aliter mortem evitare non posset, exsiliisset è muro, aut per funem se demisisset: nequaquam pœnâ capitali eum teneri, affirmandum est: cùm nec dolo malo, nec animo hostili illud fecerit: & ignoscendum sit ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit. *l. 1. ff de bon. eor. qui ant. sent. &c. Donell. in Commentar. de jur. civ. lib 4. cap. 1. in fin Marcus Lycklama. 3. memb. Eclog. 6 Petrus Gilkenius hic num. 6. 7. 8. & multis sequentib.* Adde Doctorem Martam *tom. 4. digester. novissimorum. tit. Civitas. cap. 3 fol* 19. Cæterum jus permittendi privato facere fenestram in muro Vrbis, ad quosnam pertineat, eleganter docet Hotomanus *consil. 6. per totum.*

20 Ideircò autem Iustinianus hic, & Cajus *in l. 1. in princ. ff. de divis. rer.* ait: res sanctas quodammodó divini juris esse: quia verè ac propriè divini juris sunt, res sacræ Deorum superiorum; ut religiosæ Deorum manium; quemadmodum loquebantur profani. *Huc referantur, quæ dicta sunt ad §. nullius. 7. num. 3 sup. hoc tit.* Muros verò Deorum fuisse, non constat. Attamen & muri, propter cæremonias Pontificias, divini juris rectè censebantur: ut & Tribuni Aedilesq; plebis sacrosancti, propter jurisjurandi religionem, teste Sext. Pomp. Festo, *in verb. sacrosanctum. &c.* quem refert etiam probatq; hic Giphanius & Rittershusius pag. 149. *Vide quoq. de rebus sanctis prolixè disserentem Alexandrum ab Alexandro lib. 6.* genialium dies *cap.* 14 ubi portas civitatis non, ut mœnia, sanctas esse, absque sufficiente ratione contendit. pag mihi 933. Rebus

21 porrò sanctis assimilia videntur loca, quibus hodiè salva Guardia (der Burgfrid) est præfixa. Et ita asyla, seu civitates, ad refugium constitutæ, dicuntur (juxta quorundam versionem) sanctificari. *Iosua cap. 20. v. 7.* Ac in hoc significatu utitur etiam sanctificationis verbo

22 Moses, *Exod. cap. 19. v. 23.* Senè negari non potest: locum ita posse sanctificari; ut, si aliquis ibi delinquat, capite puniatur. *d. l. sacra. 9. §. 3. ff de divis. rer.* sed tamē necesse est, ut eæ circumstantiæ concurrant, quas delicto Remi muros transcendentis, assignant Bartolus & Albericus de Rosate, aliique *ad d. l. ult. ff. eod.* ubi tradunt, quòd illud nimium fecerit in Romuli contemptum: deinde quòd nullam causam habuerit. quàm spontaneâ voluntate, dū verbum *voluerit in d. l. ult.* interpretantur, non de conatu, neque pro effectu, ipsa mœnia transcendentis; sed de merâ temeritate facientis: quia volens, non coactus, transcenderit. Vt & Livius *lib. 1. refert:* ludibrio Romuli fratris, Remum novos muros transiliisse. Idem scribit Iulius Pacius *cent. 1. ἐναντιοφανῶν. question. 38.* Ideòque si locus aliquis sanctificetur; So in einem ort Burgfrid angeschlagen wird: non omnis ibi delinquens, hoc est, quempiam ibidem vulnerans, aut etiam omnino occidens, protinus vel morte vel manûs mutilatione, puniri potest, aut debet: nisi id dolo malo, vel extra vitæ periculum constitutus, fecerit. Eaque olim fuit etiam Lipsensium sententia, apud Georgium Beatum *in centur. varior. cas. sentent. Saxonicar. tit. 50. fol. 89.* Persona quippe seu corpus humanum (utpote Templum Spiritus Sancti) homove (utpote conditus ad imaginem Dei) semper dignior est quovis loco, utcunque sacro, vel humanâ sanctione munito. Ita piè & accuratè hac de re disserit Dn. Collega Besoldus, *prædict. â Dissert. de jure & divis. rerum. c. 5. num. 11. pag. 42. & seq. & tom. 4. in delibat. jur. ex lib. 1. Pand. l. ult. de rer. divis. n. n. 35. p. 128. & seqq.* 23

§. *Singulorum. 11.*

Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod (sicut diximus) appellatur jus gentium: quarundam verò jure civili. Commodiùs est itaque à vetustiore jure incipere. Palàm est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc esse cœperunt, cùm & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt.

SVMMARIA.

1. *Modi acquirendi dominii, vel sunt naturales, vel civiles.*
2. *Quot modi acquirendi naturales sint, inter Doctores non convenit.*
3. *Duodecim tantùm modi naturales esse videntur.*
4. *Ius naturale sive gentium vetustius jure civili.*
5. *Civiles acquirendi dominii modi tam rerum singularum, quam universarum, quot sint, novo.*
6. *Iure veteri quot sint: & Mancipatio quid.*
7. *Adjudicatione potius declaratur dominium, quàm transfertur.*
8. *Quibus in casibus forte utamur.*
9. *Sors etiam potius dominii est declaratio, quàm acquisitio.*
10. *Ratio, cur acquirendi modi, vel naturales sint, vel civiles.*
11. *Contractus alii juris gentium, alii civiles.*
12. *Naturales modi qui sint.*
13. *Civiles modi qui dicantur.*

REum divisione, & qualitatibus hactenus expositis: hoc loco Imperator tractationem de dominii acquirendi modis exorditur: eamque usque ad tit. de obligationibus, persequitur: *ut s. circa princ. hujus s. num. 5. dictum.* Hos autem modos esse vel naturales sive juris gentium, vel civiles, omnibus notum est, *hoc §. & l. 1. ff. de acq. rer. dom. §. ult. infr. de usu & habitat.* 1

l. in

*l. in rem actio. 23. in princip. ff. de rei vindicat. Bern-
hard. Sutholt Dissertat. 4 ad Instit. aphoris. 18. Alt-
husius lib. c. Dicaolog. cap. 36 num. 19 pag. 140 David
Dörmgen tom. 2. bibliotheca Iureconsultor. in verb. ac-*
2 *quisitio num. 81 fol. 210.* Sed qui, & quot modi na-
turales sint, non satis constat inter Interpretes. Alii e-
nim quatuor; alii septem; alii quatuordecim; alii de-
cem & octo; alii viginti tres; alii plures vel pauciores
faciunt. *Theoph. in pr. c. seq & §. ult. inf. per quas pers.
nobis acq. Cont. lib. 1. Disput. jur. civ. c. 12. Obrecht. in
Disp. de dom. & med. acq. natur. th. 53. P. Grafeck simi-
liter in Disputat. de dom. ejusq. med acq. natural. thes.
57. Bruningius discursu palastra Imperialis V. th. 2. lit.
D. Wesenbec. Vult. Marcil. Anton. Matthaeus, & alij in*
3 *hoc §. nostro.* Nobis duodecim esse videntur. I. Oc-
cupatio sive captura animalium. II. Bellum, sive Spo-
lia hostium. III. Inventio in litore, vel in mari. IV.
Foetura animalium. V. Alluvio. VI. Ortus insulae.
VII. Speciei confectio seu nova species. VIII. Con-
fusio. IX. Superficies. X. Possessio bonae fidei XI.
Thesauri inventio. XII. Traditio, Atque tot esse, &
non plures, vel pauciores, probatur ex distinctione
Paragraphorum & materiarum in hoc tit. *ut § fera.
12. §. item ea, quae ex hostib. 17 § item lapilli. 18. &c.*
Idemque docet Giphanius *hic in versicul quarundam
enim rerum, &c.* & sequitur Rittershusius, *pag. 153.*
4 Quia verò hi quaerendi modi naturales sunt: rectè eos
Imperator primùm pertractandos sumit. Vetustius
enim est, & cognitu facilius jus naturale, quod gen-
tium appellatur, quàm jus civile, *ut hic dicitur.*

5 Civiles autem acquirendi dominium modi, vel sunt
rerum singularum, & hi sunt hodie quinque: usuca-
pio, longi temporis possessio sive praescriptio, dona-
tio, legatum, & fideicommissum: qui tamen modi
veriùs (*adstipulante eodem Giphanio, loco jam citato*)
& commodiùs ad tres revocari possunt: usucapionem,
donationem & legatum. Vel sunt rerum universa-
rum: & hi sunt quatuor aditio hereditatis, agnitio
bonorum possessionis, arrogatio, & libertatum con-
servandarum causa, bonorum addictio Caeterum quòd
donatio inter modos sigulares quaerendi dominii re-
fertur: & non obstat, quòd & universum patrimo-
nium exhauriri possit effusâ liberalitate: *L. si post mo-
tam. 2. l. si totas 5. & tot. tit. C. de inoffic. donation.* ne-
que tantum res singulae; sed & universitas bonorum
donari soleat, ut & nondum acquisita comprehen-
dantur. *argum. l omnes. 17. §. 1. ff quae in fraud. Cre-
dit. &c. & pluribus ostensum in §. 2. numer. 112. infr.
de donat.* Nam respondetur: ut in legato (quoad
ipso res singulâ acquiri dicuntur §. *ult. infr.* per quas
person. cuique adquis.) tandem placuit & partem
hereditatis. *l. mulier. 22. §. fin. ff. ad SC. Trebellian,* &
bonorum relinqui *l. si quis servum. 8. §. ultim. cum l.
sequent. ff. de legation. 2. l qui concubinam 9. §. 1. ff. de
legation. 3.* ita & de donatione nobis statuendum est.
Sane naturam atque originem si spectamus, atque ad
eò id, quód frequenter evenit, secundùm *l. nam ad
ea. 5 & l. sequent. ff. de legib* singularum rerum sunt: si
usum inductionemque, aut quod interdum accidit,
nihil vetat, & ad universitatem easdem referri, dum
meminerimus, id rei substantiam non commutare.
*l. Iulianus. 6. ff. qui & à quibus manumiss liber. non
fiunt. l. filio. 23. ff. de liber. & posthum. her. instit. Tima-
us Faber in disput. anniversar. ad institut. Imperial.
Disput. 17. th. 2.*

Erant olim & alii septem modi civiles, hodie non
usitati. I. Mancipatio, teste *Vlpiano in fragment t.*
19. §. singulorum. &c. Nam quod jure gentium est 6
traditio: id jure civili erat mancipatio, id est, civilis
quaedam & solennis traditio: *de ea Theophil. & Dd.
ad §. praeterea. 6. J. quib mod. jus pat. pot. sol. Cajus lib.
1. Instit. t. 6. Boetius ad Topica Cicer. Brisson. libr. 1.
antiquit. jur. cap. 7. Contius dict. libr. 1. Disputat. jur.
civil. cap. 12.* II. Emptio sub coronâ, *de quâ Sabi-
nus Iurisconsultus apud Gellium, libr. 7. c. 4 & Var-
ro libr. 2. de re rustic. c. 10.* III. Jus adcrescendi, *de
quo §. ultim. infr. de donationib.* IV. Adjudicatio,
quae hodieque in usu est, *de quâ §. ult. infr. de offic. ju-
dic.* Sed olim erat species acquisitionis singularis, *Vl-
pian. dict. tit. 19. §. 1. & §. adjudicatione. &c.* No-
stro autem jure licèt non minùs, quàm olim, domi-
nium adjudicatione transferatur. *dict. § ultim. infr. de
offic. judic.* non tamen ea modis acquirendi dominii 7
annumeratur: proptereà fortassis, quòd haec judicis
sententia, quae adjudicatio dicitur, potiùs declaret,
quàm transferat dominium. V. Sors, *de quâ Cicer.
libr. 1. Officior.* Vtimur eâ & hodie interdum in con 8
troversiis dirimendis, & maximè in hereditatibus
dividendis. *l. si quae. 5. ff. famil. erciscund. l. sed cùm am-
bo. 14. ff. de judic. l. generaliter. 24 §. quid ergo, si plu-
res. 17. ibi, aut sortiri eos oportebit. ff. de fideicommiss.
libertat. l. 2. in princip. ibi, in sortium casum dedu-
ctis. Cod quando & quibus quarta pars debetur, &c.*
Fürstl. Würtembergische Landsordnung *pag. 39. in
fine. Dn. Collega. Besol. in Discursu Iuridico Politic. de
appellationib. cap. 7. numer. 11.* Verùm sicuti adju- 9
dicatio, ita & sors potiùs declaratio, quàm acquisi-
tio dominii videtur. VI. Bonorum venditio sive em-
ptio sub hastâ, & auctione seu sectione publicâ *de quâ
infr. libr 3. tit. 12. de successionibus sublat. quae fiebant
per bonor. vendit.* VII. Redactio mulieris liberae in
servitutem, *de quâ dict. tit. 12.* Enimverò Antonius
Contius *loco suprà allegato* adfert & alios tres mo-
dos: coemptionem seu in manus conventionem, pos-
sessionem quinquennii, & venditionem Fisci: sed quod
de coemptione adfert, non rectè ex Epitome Instituti-
onum Caji titul. 10. probat, ubi tres modi per univer-
sitatem exponuntur: hereditas, emptio, & adoptio. Pu-
tat enim pro *emptione* legendum illic *coemptione.* Nam
emptionis nomine Cajus intelligit bonorum empti-
onem sive venditionem: quam & Varro *praedict. libr.
2. capit. 10.* vocat emptionem ex sectione publicâ Re-
liqui verò duo modi ad usucapionem pertinent, *de qui-
bus § ult. inf. de usucap. &c.*

Ratio porrò, cur acquirendi dominii modi sint, vel 10
naturales, vel civiles, haec reddi potest: quia, cùm
dominium origine sit ex jure naturali seu gentium *l.
ex hoc jure. 5. ff de just. & jur.* l. 1. *ff. de acquir. rerum
domin. & J. ad princip. hujus t. numer. 54. & sequentib.
explicatiùs ostensum.* & rerum commercia id postu-

lent, ut non tantùm cum civibus sed etiam cum peregrinis contrahatur: inde factum est, ut quidam acquirendi dominii modi sint naturales, & inter omnes gentes communes: quidam verò sint civiles: quoniam jus civile semper aliquid invenit amplius, quod jure gentium receptum non est. *leg. jus civile. 6. ff. de justit. & jur.* Quemadmodum & contractus alii sunt naturales, sive juris gentium: alii sunt civiles. *§. sed jus quidem civile. 2. versic. jus autem gentium. j. de jur. nat. gent. & civil. d. l. ex hoc jure. 5. ff. de just. & jur.*

12 Naturales igitur modi sunt illi, qui apud omnes gentes peræque sunt recepti, & naturali quadam ratione nituntur: ut est, occupatio, traditio, &c. *l. 1. §. 1. & l. traditio. 20. in fine. ff. de acquir. rerum domin. Althus. d. lib. 1. Dicaeolog. capit. trigesimo sexto. & sequente.* Civiles verò sunt ii, qui inter cives tantùm Romanos lege quadam introducti sunt, ac confirmati: ut usucapio, aditio hereditatis, &c. *de quibus infrà suis locis.* Cæterùm quæ contra prædictos

13 acquirendarum rerum jure gentium modos opponi solent, jamdudum diligenter congessit & refutavit Johan. à Rebetter. *libro quarto. Disputat. jur. propos. 4.*

§. *Feræ igitur bestiæ. 12. cum sequent. §. illud quæsitum. 13.*

Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cœlo, terrâ nascuntur: simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiũt. Quod enim antè nullius est: id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias & volucres utrùm in suo fundo quis capiat, aut alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi, aut aucupandi gratia: potest à domino, si is præviderit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis. eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur. Cùm verò tuam evaserit custodiã, & in libertatem naturalem sese receperit: tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cùm vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in cõspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.

§. 13. Illud quæsitum est: an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur? Et quibusdam placuit, statim esse tuam: & eousque tuam videri, donec eam persequaris. Quòd si desieris persequi: desinere esse tuam, & rursus fieri occupantis. Alii verò putaverunt, non aliter tuam esse, quàm si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus: quòd multa accidere soleant, ut eam non capias.

SVMMARIA.

1. *Occupatio antiquissimus dominii jure naturali acquirendi modus.*
2. *Quod nullius est, occupanti conceditur.*
3. *Quod natura commune fuit, industria est præmium.*
4. *Res hæreditariæ occupanti non cedunt.*
5. *Rerum hæreditariarum quasi domina ipsa hæreditas.*
6. *Res sacræ & religiosæ non cedunt occupanti: & cur.*
7. *De jure venandi quotidiana ferè controversia.*
8. *Quotidiana pleniùs attingenda.*
9. *Venatio unde: & quot ejus sint species.*
10. *Omnis de aliqua re institutio, a definitione proficisci debet.*
11. *Venationis definitio.*
12. *Jus venandi variis modis alicui competere potest.*
13. *Consensu, statutum, consuetudo, præscriptio, & privilegium juris sunt civilis.*
14. *Venatio jure divino & gentium omnibus licita.*
15. *Venari & aucupari licet etiam in fundo alieno.*
16. *Cur feræ & volucres in alieno prædio captæ, fiant capientis.*
17. *Avis terrestre magis, quàm aquatum animal.*
18. *Contra eum, qui fundum alienum ingreditur venandi causa, competit domino prohibenti actio injuriarum. & num. 46.*
19. *Ingrediens contra voluntatem domini, an capta sibi planè acquirat.*
20. *Pœna privationis locum non habet, nisi in casibus jure expressis.*
21. *Legitimè factum pœnam non meretur.*
22. *Bestiæ in prædio alicujus versantes, ejus non sunt: nisi vivario sint inclusæ & num. 37.*
23. *Privatio habitum præsupponit.*
24. *Restitutio quando fiat.*
25. *Commodatarius furti contra furem agens, domino rei lucrum depu...ant quod in litis litem restituere non tenetur.*
26. *Ubi periculum, ibi & lucrum esse debet.*
27. *Quicquid contra legis prohibitionem fit: nullum producit effectum.*
28. *Actus ingressionis, non item occupationis, prohibetur.*
29. *A diversis & separatis, ad diversa & separata nihil infertur. & num. 175. & num. 225.*
30. *Nemo ex delicto & improbitate lucrum sentire debet.*
31. *Feræ bestiæ, in alieno fundo vagantes, communes sunt.*
32. *Venatio sæpè in fructu computatur: imo tare n. 71.*
33. *Fructus in agro alieno colligens, an eum furtum committat.*
34. *Fructuum duplex significatio.*
35. *Generali fructuum appellatione quid contineatur.*
36. *Speciali appellatione fructuum quid veniat.*
37. *Fructus pendentes fundi pars esse videntur.*
38. *Quatenus feræ bestiæ in fructu esse putentur.*
39. *Malæ fidei possessor rem, unà cum fructibus, restituere cogitur.*
40. *Qui dicatur malæ fidei possessor.*
41. *Principium cujusque rei spectandum.*
42. *Finis quando inspiciendus.*
43. *Exitus acta probat.*
44. *Intellectus & explicatio l. in laqueum. 55. ff. de acquir. rerum domin.*
45. *Concluditur: fundum alienum ingredientem: vetante domino, captam bestiam sibi planè acquirere.*
46. *Actione injuriarum tenetur, qui invito domino, ejus fundum ingreditur, vel in eo versatur.*
47. *Vim & injuriam facit, qui nolente domino, quippiam in ejus prædio agit, per quod libera possessio impeditur.*
48. *Contradicente domino, in ejus fundo spatiari nemo potest.*
49. *Propter quod unumquodque tale, illud magis tale.*
50. *Venator armata etiam manu, à domino prohiberi potest, ne fundum suum ingrediatur.*
51. *An venator propria auctoritate & vi, a domino fundi expelli possit.*
52. *Vim vi repellere licet.*
53. *Captura & incarceratio privata illicita.*
54. *Consuetudine & lege municipali introduci potest, ut fera in alieno capta, capienti non adquiratur.*

55. Etiam

55. Princeps ex justa causa alicui omne jus venandi auferre potest.
56. Numquid Judicis prohibitio efficiat, quo minus venator in alieno capta sibi adquirat.
57. Fortior est prohibitio legis, quam judicis.
58. Contra domini prohibitionem fundum ingressus, ad damni illati emendationem obstringitur.
60. Sensus l. quemadmodum. 29. §. item Labeo. ff. ad l. Aquil.
61. Interesse quando recte petatur.
62. In loco suo licet venantem prohibens, injuriarum tenetur: nisi legitima praescriptio intervenerit.
62. Aves fera & volucres in fundo alieno capta; ita & pisces in alieno stagno deprehensi, capientis fiant.
63. Res publicas: ac di nequit.
64. Ferarum possessione amissa, etiam dominium earum amissum intelligitur, & num. 72 & 73.
65. In lacu meo piscari aliquem prohibere possum.
66. Discrimen inter piscinam & stagnum.
67. Piscium & reliquorum animantium captorum differentia.
68. Bona fidei possessor omnes quidem fructus perceptos suos facit: nondum tamen consumptos restituere domino tenetur.
69. Cur pisces in alieno capti non, ut caetera animalia, irrevocabiliter in capientis dominium transeant.
70. Quando pisces censeantur esse pars sive fructus fundi, & quid immobile.
71. Venatio & aucupium propter incertitudinem periculo: piscatio vero semper in fructu est.
72. Fera semel occupata, quamdiu sint occupantis.
73. Contrariorum eadem disciplina.
74. Naturalem libertatem quando fera capta recipere intelligantur.
75. Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.
76. Factum comprehendit etiam omissionem, seu non factum.
77. Usucapione dominium transfertur in usucapientem.
78. Possessio rerum an, & quatenus solo animo retineatur.
79. Paria sunt: non esse, & non apparere.
80. Consideratur l. Pomponius, 44. de acquirend. rer. dominio.
81. Diversa, quoad amissionem dominii, ferarum & aliarum rerum est causa.
82. Eo modo unumquodque dissolvitur, quo colligatum est.
83. Fera bestia ita vulnerata, ut capi possit, ad quem pertineat.
84. Nihil interest, occidat quis, an causam mortis praebeat: & quomodo haec regula sit accipienda.
85. Damnum dedisse videtur, qui occasionem praestitit.
86. Hodie non licet feram vulneratam venatori eripere, ipsumque persequentem insidiose antevertere.
87. Venatio, non item piscatio, clericis certis sub poenis adempta.
88. Clerici per locos quando licite venentur.
89. Rusticis & agricolis jus venandi in locis publicis interdictum, & ad summos Principes translatum.
90. Locorum publicorum dominia ad Principes spectant.
91. Principes non debent esse deterioris, quam privati conditionis.
92. Tam in privatis, quam publicis locis, venatio subditis per Principes jure adempta.
93. Summus Princeps justa ex causa dominium & jus alteri quaesitum, auferre potest.
94. Justa causa, est favor publicae utilitatis.
95. Absque armorum & tormentorum usu, vix expediri potest venatio.
96. Communio parit discordiam.
97. Subditi alere debent concordiam.
98. Ab agricultura hominum abduci, publice interest.
99. Ferarum species conservanda.
100. Hominis omnia animalia subjecta.
101. Communio bonorum post lapsum sublata.
102. Vera sententia c. 1. Genes. vers. 26.
103. Princeps an & quatenus jus naturale abrogare possit.
104. Quomodo fera animalia dicantur esse communia.
105. Sensus l. si jusjurandum 13. §. fin. ff. de injur.
106. Ecquid Electores, Duces, Marchiones, Comites & similes, Imperatorem tanquam superiorem recognoscentes, subditos suos a venationibus repellere queant.
107. Electores, Duces, & caeteri dignitatem regalem & perpetuam habentes, in suis territoriis Imperatorem repraesentant, & consequenter etiam statuta contra jus commune facere possunt.
108. Vasallus in re feudali omnem potestatem, quam investiens habuit, consequitur.
109. Duces, Marchiones, & similes in suis ditionibus nihil a summo Principe, nisi ambitus ratione, seu scapha a navi, differunt.
110. Praefectus Praetorio contra jus civile nihil statuere potest.
111. Inferiores non possunt tollere legem Superioris.
112. Sensus c. quod super his ext. de majorit. & obedient.
113. Principes seculares majorem habent potestatem in temporalibus, quam Episcopi.
114. Soli Imperatori concessum est legem condere, interpretari & corrigere.
115. Principis vel Ducis Praefecti & Officiales, sine speciali mandato venationem neque inhibere, neque contra jus commune statuere possunt.
116. Mandato generali non intelliguntur concessa, quae ad alterius damnum tendunt.
117. Principes, & his similes, tum ratione ordinariae potestatis, tum jure immemorialis praescriptionis, subditos suos a venationibus arcere possunt.
118. Quae merae facultatis sunt, an & quando praescribantur. & numero 123.
119. Intellectus l. si quisquam. 7. ff. de divers. & temp. praescript.
120. Prohibitus accedere aliquod molendinum, si prohibitionem per legitimum tempus spatium acquieverit, istud postea molendinum accedere nequit.
121. Cautela tam dominorum, quam subditorum, propter jus venandi.
122. Immemorialis temporis praescriptio obtinet vim privilegii, & constituti, & pacti, & tituli legitime quaesiti, & veritatis: & nunquam per legem exclusa censetur: & numero ducentesimo nonagesimo quinto.
123. Num via publica & jus piscandi praescribi possit.
124. Utrum Principes, caeterique Magnates teneantur subditis ad damnorum, per ferarum grassaturam fundis illatorum, refusionem.
125. Num per consuetudinem possint induci, ut subditi feras ex propriis agris abigere prohibeantur.
126. Consuetudo irrationabilis, & publicae utilitati adversa, non est admittenda.
127. Omnia jura consuetudine vel praescriptione induci possunt.
128. An consuetudo valeat, qua rustici prohibentur agros suos frumentis consitos, sepibus munire.
129. Num rustici agros suos palis nimis acutis, quibus fera facile transfigantur, circumsepire queant.
130. Quicquid in fraudem juris alicuius agitur, legibus est prohibitum.
131. Quoties aliquid in fraudem fieri censeatur.
132. Defensio corporis & rerum, quatenus omni jure licita. & numer. 158.
133. Fera hominem laedens, etsi impune occidi; non tamen ob damnum datum capi & includi potest.
134. Nemini licet in alterius sylva venatoria, sine gravi causa globum emittere, & ita feras fugare.
135. Ad servitutis impedimentum, nemo potest aliquid facere vel instituere.
136. De jure venandi, qualis servitus sit, variae opiniones.
137. Servitus realis praedio tantum duntaxat debetur; & in ejus usum ac commodum constituitur.
138. Jus venandi perpetuum: & ad heredes transitorium.
139. Servitus personalis, & caetera jura personalia, cum persona finiuntur.
140. Pacta sunt conventiones, hominumque actiones.
141. Pacta personalia ad tertium non extenduntur.
142. Jurisdictio quid sit.
143. Jus venandi an regalibus annumerandum.
144. Venationum reditus ad fructuarium pertinent.
145. Regalia quid sint.
146. Regalia semel ab Imperatore alicui data: alienari ab acceptore nequeunt.

147. Ius

147. Ius venandi absque Imperatoris consensu, in alium licitè transfertur.
148. Privatus regalia sine Imperatoris permissu usurpans, crimen læsæ majestatis incurrit.
149. Contra Principis voluntatem venantes, crimen læsæ majestatis non contrahunt.
150. Semel tantùm id facientes, mitiùs puniendi.
151. Pœna criminis læsæ majestatis, est mors naturalis.
152. Quod lex non dicit, nec nos dicere debemus: & ubi deficiunt legis verba, ipsa quoque deficit dispositio.
153. Casus omissus, remanere debet in dispositione juris communis.
154. Quæ notabiliter fieri debent, nisi specialiter notentur, pro neglectis habentur. & num. 228.
155. Declaratio §. si quis rusticus vers. nemo retia. titul. de pace tenenda, & ejus violat. in feud.
156. Venatio in alieno, contra domini voluntatem instituta, ansam dissidiorum & cædium præbet.
157. Qualibet lex ad limites rationis, quæ Legislatorem movit, restringenda.
158. Argumentum à piscatione ad venationem, & contra, validum.
159. Piscariæ quid, & quibus in locis inveniantur.
160. Vectigalis vocabulum quid significet.
161. Sententia c. un. quæ sint regal. vers. piscationum reditus. in us. feud.
162. Ius piscandi omnibus commune.
163. Piscationum reditus, & reditus venationum sunt separata.
164. Ex separatis ab uno ad aliud nihil infertur.
165. Pisces ad instar fructuum pendentium, pars fluminum esse censentur; non item feræ fundorum.
166. Imperator in mari & publicis fluminibus multùm habet juris.
167. Duo determinabilia an & quatenus æqualiter determinentur.
168. Sensus & explanatio leg. unic. Cod. de venat. ferar.
169. Cum bestiis pugnantes, an & quatenus olim infamiam incurrerent.
170. Leonum occidendorum cunctis concessa potestas.
171. Spectacula apud Romanos usitata.
172. Ius venandi quinam hodie usurpent.
173. Bona Principis duplicia: privata, & fiscalia: illa dicuntur esse in patrimonio Principis: hæc in patrimonio fisci.
174. Generali castri concessione cum omnibus pertinentiis, tametsi venatio, non tamen regalia continentur.
175. Argumentum à regalibus, ad venationem non procedit.
176. An regalia à Principe, absq; consilio Procerum, transferri possint.
177. Principes, & his similes, ardua quæque sine Procerum consilio expedire: & ex sola animi deliberatione statuta condere queunt.
178. Nemo regulariter in actibus suis, alterius consilium vel consensum sequi tenetur.
179. Princeps in terris Dei vices tenet, & lex animata est.
180. In dubio Principis actus, præsumitur cum consilio Procerum factus.
181. Ius venandi neque servitutibus realibus, neque juribus sive pactis personalibus, neque regalibus rectè computatur: sed jus est per se consistens: tametsi pro quasi servitute interdum habeatur.
182. Quandoque jus venandi pro usufructu habetur.
183. Utrùm Princeps, qui territorii cum suis pertinentiis usumfructum alicui dedit, jus venationis transtulisse intelligatur.
184. Usufructuarius alicujus fundi, facultatem habet utendi servitute, eidem fundo debitâ.
185. Servitus servitutis esse nequit.
186. Concesso alicui castro cum territorio, an jurisdictio simul concessa putetur.
187. Num, si Princeps alicui castrum cum territorio, & pertinentiis in feudum concedat, ipse quoque Princeps in eodem territorio venari, an verò à vasallo excludi possit.
188. Feudum quid.
189. Concesso alicui usufructu prædii, omne commodum ad solum usufructuarium pertinet.
190. Proprietatis dominus in re fructuariâ nihil facere potest, in præjudicium fructuarii. & num. 192.
191. Dominus directus, neque causas subditorum sui vasalli cognoscere, neque in collectas imponere potest.
192. Domino directo permissum est in territorio feudali, invito etiam vasallo, propugnacula tempore belli ædificare: & cur.
193. An & quando jurisdictio in dubio cumulativè, & non privativè, concessa intelligatur.
194. Concessionis privativè factæ effectus.
195. Num usufructuarius jus venandi in alieno castro sibi competens, alteri concedere valeat.
196. Usufructuarius servitutem fundo fructuario imponere nequit: etiamsi facultatem fructus, ex isto fundo percipiendi, alicui concedere possit.
197. Concessio juris venandi per vasallum, de aliquo territorio investitum, alicui facta quid prosit.
198. Nunquid vasallus servitutem, aut jus venandi in fundo feudali, alteri constituere queat.
199. Prohibitus alienare, prohibetur etiam imponere servitutem.
200. Perceptio fructuum à jure ususfructûs distinguenda.
201. Omnis actio in dubio ita interpretandus, ne pereat.
202. An jus venandi à quovis cedi, & transferri in alium possit.
203. Omne jus regulariter, & etiam debitum conditionale, vel in diem, cessionem admittit.
204. Quilibet suæ rei moderator est, & arbiter.
205. Quicquid transmissibile est ad heredes, plerūq; est cessibile: & è diverso.
206. Ius venandi, quando est personale, cedi nequit.
207. In dubio juris venandi concessio, realis censetur.
208. Venatio ad necessitatem vel indulgentiam alicui concessa, cessionem non recipit.
209. Nudum usum habens, neque ipsum usum, neque ejus commoditatem cedere potest.
210. Personalia jura duplicis sunt generis.
211. Personalia quædam dicuntur, quoad durationem, ita ut cum personâ desinant.
212. Personalia quædam sunt quoad percipiendi formam & materiam.
213. Officialis Principis, venationem tanquam salarii sui appendicem usurpans, eam alteri cedere non potest.
214. Venatio ad voluptatem concessa, cedi nequit.
215. Qualitas certæ personæ electa, invito eligente, non est mutanda.
216. Venatio ad certum ferarum numerum data, est cessibilis.
217. Alimenta alicui relicta, an & quando cedi possint.
218. Venationes precariæ cedi nequeunt.
219. Privilegia ex singulari gratia cuipiam concessa, cessibilia non sunt.
220. Venationes precariæ ad hæredem non transeunt.
221. Venationes precariæ liberè per concedentem revocari possunt.
222. Precarium quid.
223. Venatio ad certum tempus precariò concessa, etiam ante tempus elapsum revocari potest.
224. Omnia pacta naturæ ac substantiæ contractûs repugnantia, inutilia.
225. Utrùm concesso jure venandi, etiam jus aucupandi, & piscandi tributum censeatur.
226. Venationis, piscationis, & aucupii differentia.
227. Quæ substantiâ & qualitate separata sunt, sibi ipsis nec obstant, nec prosunt.
228. Diversa habentia nomina, habent etiam diversos effectus.
229. Usus & observantia dispositionem ambiguam declarat.
230. Beneficia Principum latissimè interpretanda. & quomodo hoc extendendum.
231. In claris non locus est interpretationi, vel conjecturis.
232. Declaratio circa rem claram & non dubiam, nova actus constitutio, non interpretatio judicatur.
233. Venatio præstantior aucupio, & piscatione.
234. Cui licet: quod plus est, licebit etiam, quod est minus.
235. La... de causis pecuniariis cognoscere nequit.
236. Regula (cui licet, quod plus, &c.) quando procedat.

237. Ve-

325 *Furtum quid: & feræ, in alterius sylvâ oberrantes, ad quem pertineant.*
326 *Responsio ad objectionem adversariorum.*
327 *Ubi est possessionis interversio, ibi præsupponitur ejus acquisitio.*
328 *Qui feras inclusas capiunt & tollunt, pœnam furti incurrunt.*
329 *Ecquid subditus, vel alius quispiam feram bestiam, quam eo in loco, ubi liberum est venandi exercitium, investigare cœperat, etiam in vicinam forestam Principis usq; persequi, ibiq; capere queat.*
330 *Fugiens ex aliquod crimen ad Ecclesiam, quem judex insequitur, non potest ibi ab hoc judice capi, & puniri.*
331 *Latrones, & grassatores, & similes, an & quatenus à quovis Magistratu capi possint.*
332 *Nam judex ille, sub quo criminosus est deprehensus, requisitus à judice, sub quo delictum patratum est, delinquens remittere cogatur.*
333 *Iurisdictiones non sunt confundendæ.*
334 *Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*
335 *Quatenus hodie liceat feram sauciatam fugientem persequi, & capere in alieno saltu.*
336 *Quatenus cujusque rei origo & principium sit spectandum.*
337 *Regula (quæ ab initio valent, non vitiantur, licet in eum casum incidant, à quo initiũ capere non potuerunt) quibus in negotiis procedat.*
338 *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cùm prohibere non potest.*
339 *Ius venandi quibus modis amittatur.*
340 *Nam deportatus jus venationis per deportationem amittat.*
341 *Deportatus perdit ea, quæ juris sunt civilis, non verò quæ juris sunt gentium.*
342 *Contractus plerique juris gentium sunt.*
343 *An deportatus retineat jus venationis, præscriptione quæsitum.*
344 *Ecquid proscriptus sive bannitus jus venandi amittit.*
345 *Bannitus tam corpus & vitam, quam omnia bona & jura perdit.*
346 *An bannitus deportato comparetur.*
347 *Banniti nostris temporis constituunt tertiam quandam speciem, à deportatis & relegatis differentem.*

PRimus & antiquissimus dominii jure naturali sive
1 gentium adquirendi modus, est *Occupatio*, in specie sic dicta, sive *Venatio*: quâ omnia animalia, quæ mari, cœlo, & terrâ nascuntur, & quæ libere hinc inde vagantur (feræ nimirum bestiæ, volucres, & pi-
2 sces) fiunt capientium. Quod enim (*ut regula habet*) nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. *hoc §. num. l. 1. §. 1. l. 3 ff de acq. rer. domin.* Cui ratione
3 naturali? Quia quod natura commune finxit: id industriæ esse præmium voluit, *ut eleganter ait Quinctil. declamat 13. Eòque faciunt illi Virgiliani versiculi, lib. 1. Georgicor.*

Tunc laqueis captare feras, & fallere visco,
Inventum: & magnos canibus circundare saltus.

Et huc quoq; pertinet, quòd Stoici omnia hominum causâ à natura rerum producta esse dicebant, ut ex Ci-
4 cerone refert Rittershusius *hic pag 153.* Nec huic regulæ obstat, quòd res hereditariæ non cedant occupanti; cùm tamen ante hereditatis aditionem sint nullius. *auctore Cajo in l. 1. ff. de rer. div. & lib 2 Instit. tem. 1.* Nam breviter respondendum: eas non pro-
5 priè, & omnino esse nullius: cùm earum quasi domina sit ipsa hereditas. *§. 2. verò nondum. infr. de hered. instit. l. non minus 31. in fin. ff. eod l. liber. 13. §. 2. ff. ad Leg. Aquil. l. hereditas 34. & 61. ff. de acquis. rerum dom. leg. cùm hereditas 9. Cod. depositi. cum similibus.*

Multò minùs obstat, quòd res sacræ, religiosæ, & 6
quæ divini juris sunt, ut & res publicæ, occupanti non cedant: cùm tamen pariter nullius in bonis existant, *ut dictum in § nullius 7. super hoc tit.* Etenim dicendum: primùm, res istas vel Dei ipsius, vel Reipublicæ esse proprias, *monente hic Giphanio*: deinde, res divinas ita nullius esse, ut etiam ullius esse nequeant: cùm hominum commercio exemptæ sint. *l. inter stipulantem 83. § sacram. 5. ff. de* V. O. ab iis autem distinguendas esse feras bestias, volucres aeris, pisces aquæ, & res cæteras, quæ nullius quidem sunt: alicujus tamen occupatione fieri possunt, *ut explicatum in alleg. §. nullius 7. s. hoc tit. nu. 2.*

Quoniam verò de jure venandi, sive occupandi fe- 7
ra animalia, plurimæ & ferè quotidianæ, inter Principes præsertim Viros, Comites, Barones & Nobiles, exoriuntur lites atque controversiæ; quibus non rarò à verbis ad verbera, cum maximo detrimento atque incommodo innocentium subditorum pervenitur: operæ precium me facturum existimo, si materiam istã, utpote longè nobilissimam, jucundissimam, amplissimã, & frequentissimam copiosiùs paulo explicavero: & intricatores, quæ mihi occurrerint, Quæstiones accuratiùs aliquanto, latiùsque resolvero. Quæ enim 8
quotidiana sunt: pleniùs attingenda atq; pertractanda esse, scitè admodum Paulus respondit, *l. legavi 25. ff. de libertat. leg. eodem.*

Imprimis autem non ignorandum est: venationis 9
(quæ derivatur à vento, quia venatores maximè observare debent tempus opportunum, ut nempe vento secundo venationem instituant: vel à ventis, quoniam qui animalia venatur, is quasi venas indagare scrutarique videtur *secundùm Varron. lib. 4 facit l. 1. in princip. ff. de sub post. tutorib. l. juste errore 44. sub fine princ. ff. de usurpat. & usucap. l. certè 6. §. ult. ff. de precar. l. certi juris 17. Cod de judic. 2. Nov 94. cap 2. vers. nam quòd rarò, &c. Pontanum vol. 3 progymnas p. 2 coll 77. eesq. referentem Henric.* Newenhan *discur. Acad. 19. thes. 1. apud. Arumaeum vol. 3. de jure publ. pag. 818.*) plures esse species. Alia namq; venatio vocatur oppressiva hominũ est, quæ nihil aliud quàm tyrannis. *Michaa cap. 7. v. 2. Ierem. cap. 16. v. 16. Psal. 91. v. 3.* Quo sensu Nemrodus dicitur robustus venator. *Genes. cap. 10. v. 9* id est, hominum, quos ad turrim ædificandam allexit, oppressor & extinctor. *can. non est. 2. distinct 6. in fin. Petr. Gregor. lib. 39. syntagm. jur. univers. cap. 9. nu. 1. Lucas & Andr. Osiand. ad d. cap. 10. Genes. Daniel Otto, de jur. publ. cap. 1. p. 7.* Alia nominatur bestiaria sive arenaria: ut quando quis locata ad hoc opera cum bestiis depugnaturus in arenam prodit. *l. 1. §. removet. 6. vers. & qui operas. ff. de postuland. Novell. 105. cap. 1. Hilliger. in Donell. enucl. lib. 18. cap. 3. liter. B de Ling. Latin.* Alia adulatoria appellatur, qua quis verbis blandis & mellitis alium veluti inescatum defraudat. Quo sensu laudem

dem venari & aucupari dixit Cicer. *ad Henric. & pro Cluent.* Quâ etiam significatione usus est Imp. Iustinian. *in Novel. 14. in præfat. vers. & hi venari. &c.* ubi venari puellos, dicitur pro inescare seu captare blandis verbis vel munusculis. Illaque verba modernorum pseudopoliticorum esse propria, asserit Henricus Nevvehan *d. disc. 19. thes. 3. allegans Balduin. in homil. super Evang. Matth. 2. inf. & Plutarch. in lib. de discrim. adul. & amicit.* Alia denique nuncupatur saltuosa seu salvatica & clamorosa, quæ fit in saltibus cum cornu, cum canibus & clamore, *uti vulgò loquuntur.* At rejectis reliquis speciebus, utpote illicitis & prohibitis, *can. qui venatoribus 8. & 9. ibique gloss. distinct. 86. can. sunt nonnulli. 2. distinct. 46. can. sunt plurimi. 11. caus. 6. quæst. 1. gloss in cap. 1. sup. verb. voluptates. de clerico venatore. Sebast. Medic. in tract. de venat. quæst. 1. Frid. Pruckman. de Regal. in 6. venatic. cap. 3. Georg. Mor de nigromonte, in tracta. jure venand. part. 1. cap. 1. num. 4. & seqq.* de hac posterima venatione, quæ ferarum perhibetur; & quæ propriè venationis vocabulo continetur, noster futurus est sermo. Adde prædictis Johan. Reuterum & Ottonem Wülcke, *apud Arumaeum volum. 4. de jure publico discurs. 37. de jure venandi. num. 1 pag. 141. & seqq.*

Cæterum istius venationis encomia recenset Henricus Ranzovius, hisce non usq; adeò inultis versiculis, *part. 1. delitiar. Poetarum Germanorum illustrium pag. 542.*

Laudibus eximiis ars est decoranda Dianæ,
Si non exuterit cum feritate modum.
Reddit enim timidos Proceres ad prælia fortes;
Anxia lætificans corda dolore gravi.
Mollitiem pellit, saviq; cupidinis arcus:
Languida jucundo membra labore levat.
Sternit apros, cervosq; premit, qui damna colonis
Tristia dant rudibus, dum malè farra terunt.
Suppeditatq; dapes, nigræq; alimenta culinæ:
Pellibus hirsutis corpora nuda tegit,
Ergo venandi ne tu contemne laborem:
Hic tibi quandoquidem commoda dicta feret.

Idem Ranzovius *dict. loco* disceptationem Veneris, Iunonis, & Dianæ, de venationis præstantiâ, istis versibus ingeniosè depingit.

Margaridam niveam nectens Eris atra coronam,
Qua minùs, ô Diva, noxia, tollat, ait.
Tum Iuno: Paridis dirimantur jurgia voce;
Num Venus hoc etiam judice serta feret?
Phœbus ad hæc: animos Iuno, sed corpora Cypris
Corrumpit: virgo hæc ambo Diana fovet.

10 Porrò cùm omnis, quæ à ratione suscipitur, de aliqua re institutio, à definitione proficisci debeat, ut intelligatur, quid sit id, de quo agitur, *secundùm Ciceronem lib. 1. off. quem refert Baldus in prælud. feudor. num 8. Paris de puteo, de redintegrat. feudor. in procem. de Vangim in tractat. de nullitatib. in princip.* Ideo & nos à venationis definitione exordiemur, quæ non
11 incommodè hæc constitui poterit: Venatio est jus seu facultas libera persequendarum & occupandarum animantium ferarum, in nullius dominio existentium, jure divino, gentium, & civili hominibus permissa. *Ad eundem ferè modum definivit venationem Iohannes Georgius Haydenpuecherus, in Disput. de jure venandi, aucupandi, piscandi, thes. 4. Alias venditionis divisiones videre est apud Georg. Mor. d. tract. de jure venand. part. 1. cap 1. num. 10. Sebastianum Medices d. tract. de venat. part. 1 quæst. 1. num. 1. Ioh. Petrum Molignatum in tract de singulari, de jure venandi. part. 1. quæst. 1. Helfricum Vlric. Hunnium D. Iacobum Wernher. Kyllinger. in disput. de jure venand. (quæ extat in tom 5 Basil) thes. 1. Scipionem Gentilem in disput quadam singulari, de venat. thes 1. Vultejum lib 1. Iurisprud. Rom. cap. 70. num. 8. D. Andream Dinnerum & Georg Christophorum Walther. in dissertat. juridico polit. de jure venationis. cap. 1. conclus. 1. num 3. & Doct. Martam. tom. 4 digestorum noviss. tit Venatio. cap. 1. fol. 118.*

Iuris civilis idcirco in definitione nostrâ fit mentio: 12
quia constat, jus venandi alicui interdum ex constitutione, vel statuto, nonnunquam ex consuetudine, & præscriptione, aliquando verò ex privilegio competere, *argum. leg. injuriarum 13. §. ult ff. de injur. L. unic. Cod. de venatione ferar & inf. sæpè patebit loco.* At 13
constitutio & statutum. *tot. tit D. de constit. Princip.* & consuetudo. *l. de quib 32 ff. de legib.* & præscriptio. *l. 1 ff de usurpat. & usucap* & privilegium *l. jus singulare 16. ff. de legib.* juris civilis censentur. Proindeq; jus venandi, quod istis modis alicui quæsitum est, non immeritò juris esse civilis dicitur. Cæterùm jure divi- 14
no & gentium venationem quibusvis hominibus esse concessam, notissimum est. *Genes. 1. v. 26. 28 & 30. & Genes. 9 v. 2. Levit. 17. v 13. Psal. 8. v. 8 & 9. Paul. 1 Cor. 15. v. 27. hoc §. nostro. d. l 1. & d l. 3 ff de acquir. rer. domin.* adeò, ut alicui venari vel aucupari liceat, 15
non solum in fundo suo, sed etiam in alieno: & quod ceperit, capientis erit, non ejus, cujus est fundus. *hoc §. & d. l 3. § 1 ff. dict tam. gloss in l. Divus 16. ff. de serv. rust. præd* Nec movet quicquam, quòd quidam venationem ad jus naturæ referri debere opinantur, eo argumento moti: quòd ubi nulla gens sit, ibi nec jus gentium esse possit: cum id gentem præsupponat. *arg. § 1. vers quod verò naturalis supr. de jure nat. gent. & c. v* At dum venatio hominibus primitus indulta fuit, nullam gentem extitisse, Adamo & Eva saltem in rerum naturam modò productis, liquet *ex Genes cap 1 & v 28 & cap. 9. v. 2 Valent. Riemer. decad. 4 quæstion. illustr. coroll. 1.* Istud, *inquam*, nihil movet: quia respondetur: Deum eo in loco venationem omnibus hominibus non concessisse. Dictus namque *in dict. cap 1. v. 28.* non agit de dominatu, qui consistit in ferarum capturâ, sed in eo, ut feræ hominem dominum suum recognoscant, *argumento dictè cap. 9. v. 2. idq; paulò latiùs explicamus infra nu. 103. & seqq.* Ratio porrò, cur feræ volucres etiam in alieno 16
fundo captæ, fiant capientis, hæc est: quia aer communis est omnibus *L. 2. ff. de divis. rer.* in aere autem aves volant, atque bestiæ vagantur; adeoque dum nullo certo loco consistunt, magis aere, quam terrâ

con-

continери videntur: neque sunt illæ pars fundi aut terræ: sed in quocunque sint loco, quamdiu sunt in libertate naturali, sunt communes & nullius: ac proinde occupanti cedunt. l. lineos 15. cum l. seq. ff. de actionib. empti. l. 3 §. item feras 14. l. locus 26 ff de acqu. vel
17 amit. poss. Vult. hic num. 7. Quanquam extra istam juris considerationem non dubium sit, ipsas etiam aves terrestre animal, non aerium, rectiùs perhiberi: cùm illis omnis sit victus in terra, ibidem pabulum, ibidem cubile: tantùm quòd aera, proximum terræ, volitando transverberant. Cæterùm cùm illis sella sunt remigia pennarum, terra ceu portus est. ut habet Apulejus de Deo Socra. pag. 63. quem recenter refert Petr. Heig. in suis quæstion. juris, tam civilis, quàm
18 Sax. quæst. 15. num 16. part. 1. Dominus tamen alium aditu & ingressu sui fundi prohibere potest: in tantum, ut injuriarum teneatur, qui contra ejus prohibitionem ingressus fuerit, hic & dict. loc. 3 §. 1. ff. de adq. rer. dom. l. injuriarum 13. §. ult. ff. de injur. l. 2. § si quis in mari. 9. ff. ne quid in loc. publ. d l. Divus 16. ubi gloss. & Dd. ff de serv. rust. præd. l. per agrum 11. Cod. de ser. & aq.
19 Vtrùm verò, neglectâ domini prohibitione, fundũ ingrediens, animalia capta sibi plenè adquirat, an ea fundi dominio restituere cogatur, valde controversum est? Et sunt nonnulli, qui affirmant, quòd ille, qui post prohibitionem fundum alienum ingressus est, capta domino fundi reddere teneatur. Gloss hic in verb. ingrediatur. & Christ. Porc. num. 8. Matth. de Afflict. decis. 321. num. 13. Cujacius lib. 4. observ. cap. 2. Dom Obrecht. Disput. de dom. & mod. acq. nat. thes. 70. & alij à Gilken hoc num 11 designati. item Locamerus quæstionum juridicarum fascic. 15. quæst. 1. Sed contraria uti communior, ita longè verior est sententia. Eaque maximè probatur hoc §. num. & d. l. 3. §. 1. ff de adq. rer. dom. ubi primò dicitur; posse dominium, si is præviderit, alium fundum suum venandi aucupandivè gratiâ ingressurum prohibere, ne ingrediatur. Deinde statim in vers. quicquid a &c. subjicitur id, quod capitur, occupantis eò usque intelligi, donec ipsius custodia coercetur. Ex quo perspicuè colligitur; id etiam venatoribus adquiri, quod invito & prohibente domino ceperint. Nam d. v. quicquid a. de eodem casu, de quo proximè proce-
20 dens v. planè &c loquitur. Huc accedit, quod pœna privationis locum non habeat, nisi in casibus jure expressis. Novel 2. cap. 3. v. sicut enim. ibi, nec qualis: t bet est lex, aliquid tale dicens. &c. tex. in l & si quis. 14. §. Divus 14. ibi. pœna tamen in eum statutam non esse. ff. de relig. & sumt. funer. Alexand. in l. etiam filios. 18. § licèt. num 7 ff. solut. matr. Ioan. de Garronib. in l. 1 num. 89. Cod. de secun nupt. Gezad. in l. 2 num. 183. Cod. de pact. inter emt. & vent. Hartman. Pistor. quæst. 27. num. 12 & quæst. 50. num. 32 p. 2. Emanuel. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. p. num. 126. & complures alii, per hos relati. Atqui nullâ lege cautum est; quòd venator, invito domino, fundum vel sylvam ejus intrans, commodo venationis privandus sit, ut non faciat suum, quod cepit. Adhæc venator occupando res, quæ nullius sunt, in fundo alieno, id facit, quod jure gentium cuique licet, hoc §. num & d. l. 1. ff. de adq. rer. dom. Quare pœnâ restitutionis ejus, 21
quod cepit, afficiendus non est: cùm legitimè factum, pœnam nullam mereatur, vulgatâ leg. Grachus 4. Cod ad l Iul. de adult. l. nemo 151 & leg. factum 155. §. 1. ff. de regul. jur. Marant. in tractat de ordin. jud. part. 6. titul. de inquis. num. 108. in fine; latè Tiraquel in leg. 9 connubiali. num. 1. Præterea bestiæ, in prædio meo 22
sylvâve versantes, meæ non sunt: nisi vivariis eas inclusерim, arg. hujus §. nostri & d. l. 1. & 3 ff. de adqu. rer. dom. l. usufructuarium. 62. § 1. ff de usufruct. l. 3. §. item feras 14 ff de acquir. vel amitt. possess. Quocirca restituendæ mihi non sunt ab eo, qui illas, spretâ prohibitione meâ, in fundo meo ceperit: cum is neque possessione, neq; dominio earundem me privârit, aut defraudârit. Privatio siquidem, ubi habitus non an- 23
tecessit, esse nequit, arg. l. manumissiones 4. ff de just. & j. & l. decem 116 ff. de verb. oblig. leg. Titio usufructus 96 D. de condition & demonstr. Cacheran. decis. 24. num. 11. & decis 120. num. 7. Seraphinus de Seraph. in tract. de priv. juramint priv. 109. num 2. Mascard. de probat vol 1. conclus 13 num. 3 Menoch. cons 232. num 27 & cons 241. num. 27. vol. 3. Et restitutio ita
demum fit, quando aliquid fuit ablatum, & in pristinum statum reponi potest. l quod si minor. 24 § restitutio. 4 ff. de minor. Gomez. variar. resolut. tom. 2. cap. 14 num. 1. vers. ex quo. &c. Gail. lib. 1. observ. 114. num 2 & lib. 2 de pace publ. cap. 29 num. 2 & seq. Quamobrem cùm venator, qui invito prohibenteque domino fundum ingressus est, feras capias domino non abstulerit: consequens est, quòd ad restitutionem earum urgeri non possit. Denique pro eâdem sententia adduci quoque solet. l. fin. § sed cùm in secundam 24
3. C de furt ubi commodatarius, cui res subtracta e- 25
rat, furti actionem adversus furem periculo suo intentans, & eum in duplum quadruplumvè condemnari impetrans, domino rei, contra se agenti, rem duntaxat, vel æstimationem ejus, non vero lucrum dupli aut quadrupli, ex condemnatione consecutum, præstare tenetur: ex ratione, quam ibidem Iustinianus subjungit: quia, inquit, ubi periculum, ibi & lucrum collocetur: ne sit damno tantùm deditus, qui rem com- 26
modatam accepit: sed liceat ei etiam lucrum sperare. Idem igitur & in nostrâ quæstione dicendum: quòd videlicet sufficiat, rem, id est, quietam possessionem, in qua suo ingressu venator dominum turbaverat; nequaquam verò emolumentum ex venatione proveniens, cum suo id discrimine consecutus sit, domino restitui.

Huic sententiæ sic formatæ, primùm non adver- 27
satur, quòd ingrediens fundum alienum, domino contradicente & invito, committat in legem: & consequenter ex illo facto, cui lex resistit; nihil adquirere debeat. l. non dubium 5. C. de legib. cap. ex eo. 38. de reg. jur. lib. 6. Nam quicquid contra legis prohibitionem fit, nullum producere effectum, etsi quidem certius est, sed in nostro subjecto actus ingressionis, est distinguendus ab actu venationis seu occupationis. A- 28
ctus ingressionis, contra domini voluntatem factus, lege prohibitus est: non item actus venationis & occu-

patio-

pationis. *hoc §. nostro. vers. planè, &c. d. l. 3. §. 1. vers.*
29 *planè ff. de acq. rer. dom.* Quare ab uno, tanquam di-
verso & separato, ad alium nulla valida sumi potest il-
latio: *l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter stipulantem 83.
§. sacram. 5. ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig.
l. Papinianus 20. ff. de minorib. Nevizan. in sylv. nupt.
lib. 1. num. 122.*

Secundò nihil resistit, quòd ex delicto & improbi-
30 tate suâ nemo lucrum sentire debeat, *l. si servus 27. §.
si olivam. 25 ff. ad l. Aquil. l. itaq. 12. §. 1 l. eum qui.
14. §. is autem. 3. ff. de furt.* Venator etenim per hanc
ferarum adquisitionem nō percipit lucrum ex sua im-
probitate: quandoquidem causa adquisitionis, est fe-
rarum occupatio, quam non vetitam esse, palàm est.
Neque enim sequitur ingressus contra domini volun-
tatem factus, est illicitus. Ergo & occupatio, *ut modò
31 ostendimus.* Et licèt fundus iste, in quo venatio insti-
tuitur, sit privatus, & alterius: feræ tamen bestiæ, quæ
in eodem liberè vagantur, communes adhuc, & nul-
lius in bonis sunt: atque ideò occupantis efficiuntur:
nec prohibitio præcedens conditionem illarum mu-
tat. Dominus ergò venatorem principaliter ab egressu
tantùm fundi sui, à venatione verò vel aucupio non,
nisi per consequentiam, arcere potest. *d. l. injuriarum
13. § si quis me 7. vers & est sæpissimè ff. de injur. d. l.
Divus 16 ff. de serv. rust. præd. & similib.* Is siquidem
interdicendo & impediendo ingressum, per hoc simul
venatori adimit venandi aucupandive facultatem, quā
exercere in alieno potest nemo, nisi cat, retia tendat, a-
liaq; ad venationem pertinentia suscipiat.

32 Tertiò non movet *l. venationem 26 ff. de usur. l.
item si fundi. 9. §. aucupiorum 5. & l. usufructuarium.
62. §. 1. ff. de usufr.* ex quibus apparet, venationem sæ-
33 penumerò in fructu esse. At fructus in alieno fundo,
contra domini voluntatem colligens, eos non adqui-
rit, sed potiùs furtum committit, *l. arborib. 12. § si fur
decerpserit. 5 ff. de usufr. d. l. si servus 27. § si olivam. 15
ff. ad l. Aquil.* Igitur consequens videtur, venatorem
quoque prædium alienum, domino invito, ingredien-
tem animalia venando capta non adquirere, sed fur-
tum potiùs facere. Hoc, *inquam*, nihil movet. Quia
34 duplex est fructuum significatio: generalis & specialis,
Generaliter appellatione fructuum comprehendun-
tur omnes omninò reditus, & obventiones, omnia e-
molumenta & commoda; sive naturaliter ex ipso rei
corpore producantur, sive jure & solertiâ hominis per-
35 cipiantur: quo significatu etiam usuræ, vecturæ, pen-
siones, mercedes, venationes, aucupia, & aliud genus
(quæ fructus civiles vulgò dicuntur: ut fructus reli-
qui naturales) fructibus annumerantur. *l. si navis 62.
ff. de rei vind. l. ancillarum 27 l. mercedes 29. ff. de her.
petit. Wesenbec. ad § si quis à non domin. 35. num. 8.
Schneidevv. ibid. num. 3 Henric. Shilbock. & Mynsing.
num. 7. infr. h. tit. Coras lib. 5. Miscel. cap. 9. num. 2. &
to. Gæddæus ad l. usura pecuniæ 121. num 2 ff de verb.
sign. Vultej. lib. uno discept. cap. ult. circa princ. Donel.
36 in tractat. de fructib. cap. 1.* Specialiter verò & propriè
appellatione fructuum id tantummodò continetur,
quod ex corpore cujusque rei ita percipitur, ut ex eo
salvo renasciturum sit, *dict. loc. item si. 9. in princ. l.*

*arbores 59 § 1. ff. de usufruct. l. fructus 7. § si vir. 13. &
seq ff. sol matr. l. Herennius 42. ibi, ex terra percipiun-
tur. ff. de usuris Francisc. Zoannet. de duplici venat.
num 14. Gædd. loco allegat. Fach. lib. 7. controv. jur.
cap. 96.* Qui itaque hos fructus, qui ex ipso rei corpo-
re nascuntur & proveniunt, soloque adhuc cohærent,
invito fundi domino, demetit & aufert: sine dubio
furti crimen perpetrat, *d. l. arborib. 12. §. si fur. 5 ff. de
usufruct. cum similib.* Siquidem fructus isti pars fundi 37
censentur, & ad eundem, ad quem fundi dominium,
pertinent *l. fructus 44 ff. de rei vind. lib. ult. §. non so-
lùm. 4. & § fructus 6. ff. quæ in fraud. cred.* Feræ au-
tem bestiæ in fundo nostro hinc inde liberè vagantes,
non intelliguntur esse pars fundi, nec ad dominum
fundi jure dominii spectant. *d. l. 3 §. item feras 14 ff.
de acquirend. vel amitend. poss.* Quapropter etsi se- 38
cundum generalem & latam fructuum appellationem,
in fructu esse putantur: non tamen secundùm specia-
lem & propriam significationem, fundi fructus dici
possunt. *arg d. l. usura. 121. ff. de V S. Hoteman. in tract.
de usur fol. mihi. 74. Wesenbec. in Parat ff. de adq. rer.
dom. num 7.* Cùm ergò in dominio illius, cujus fun-
dus est, non sint, sed communes maneant, donec oc-
cupentur: inde efficitur: venatorem, qui contemptâ
domini prohibitione, illas capit, neque furtum, neque
rem aliam illicitam committere; *ut uberiùs expenetur
infr num 324 & seq.*

Quartò nostram sententiam nō evertit *l. si fundū 17.* 39
& l certum. 22. C. de rei vin. ex quibus patet, quòd
malæ fidei possessor rem unà cum fructibus restitue-
re cogatur. *Etenim* negant, venatorem invito domi-
no fundum ejus ingredientem, ibique feras, quæ nul-
lius sunt, capientem, malæ fidei possessorem esse. Ma- 40
læ namque fidei possessoris dicitur, qui sciens, pru-
densque rem alienam occupat, aufert, vel possidet.
*can. si virgo 34. quæst 2 Dynus & Covarruvius
in cap. possessor. 2. de reg. jur in 6 p 2. relect. § 7 num. 1.
Schneidevvin. & alii in d §. si quis à domino. 35. infr.
hoc tit ubi & nos fusius.*

Quintò non refragatur vulgatissimum axioma, 41
quòd cujusq; rei principium, tanquam pars potissima
inspiciendum, & juxta illud finis judicandus sit *l. 1. ff.
de orig. jur. l, quid ergò. 13 ff de his, qui not. infa. l. un.
Cod. de imponend. lucrat. descript.* In proposito au-
tem casu ingressio, quæ venationis est initium sit vi-
tiosa: & idcirco ferarum quoque occupatio & adqui-
sitio, quæ ex eadem consequitur, vitiosa atque inuti-
lis fuerit. Hoc, *inquam*, non refragatur. Iura enim,
quæ pro axiomate illo confirmando allegari solent,
de uno eodemque actu loquuntur: non uti hic est,
cùm duo separati diversique sunt actus, videlicet actus
ingressûs, & actus venationis. Sed etsi maximè huic
regulæ; quod initium sit spectandum; locus esse pos-
sit: opponemus ei aliud receptum juris axioma, quòd
habet: quando initium est illicitum, finis verò licitus. 42
spectandum esse finem, & non initium. *Bartolus com-
muniter approbatus in l. quod ait lex. 23. §. quod ait
lex. 4. nu. 3. ff. ad L. Iul de adult per text. in l. qui cùm
major. 14. § 1 ff. de bon. liber.* Exitus siquidem est, qui
acta probat: & non pugna, sed finis coronat, *arg can.* 43

qualis.

qualis 4.in princ.25.distinct. l rem non novam.14.§. patroni autem 1. vers.causa etenim terminus. C.de judic. Everhard.à Midelburgo in Topic.in loc.à virtute finis num.2. Curt.Iun.tract feud.4. part.p.nu.16. Nevizan.in sylv.nupt.1.nu 27. Hip.de Mar.cons.51. nu. 14 Quos refert.& seq Frid. Pruck.in egregio suo tract. de Regal.§.venatio.cap.6.nu.18.

44 Vltimo nihil nostræ officit assertioni *l in laqueum. 55.ff. de adqu.reg.dom.* ex quâ adversarii colligunt ac notant ; distinguendum esse, utrùm domino prohibente, an permittente, venatio in alieno agro instituatur : & eum, qui non permissu domini in alieno venetur, nihil sibi adquirere. *Nam* Proculus IC.in facti specie illic propositâ, non agit de apro rectâ & immediatè per me capto : sed de eo, qui in laqueum per me venandi gratiâ positum inciderat quidem, nondum autem per me occupatus fuerat. In hac sanè specie Proculus diligenter distinguit : utrùm in publico, an in privato laqueum posuerim : &, si in privato, utrùm in meo, an in alieno: &, si in alieno, utrùm permissu, an sine permissu domini. Quâ distinctione Proculus utique innuit: si in publico vel proprio laqueum ego posuerim : aprum, qui in eo ita hæserit, ut luctando se expedire non possit, statim & ante occupationem meum effici, atque adeo mihi actionem in factum adversus eum, dari oportere, qui illum exemerit, & in suam naturalem laxitatem dimiserit: sin autem retinuerit, furti actionem dandam esse. Quòd si verò in alieno, voluntate & permissu domini posuerim , idem respondendum esse ; si contra voluntatem domini, aliter judicandum ; quòd nimirum hoc casu aper laqueo per me posito inhærens, quamvis diutius luctando extricare se nequeat: antequam tamen à me occupetur, meus esse non intelligatur. *Cujus differentia hac afferen ratio* : quia cum laqueus sive in publico, sive in meo, sive in alieno, voluntate domini interveniente, per me positus est, & aper in eodem, cohæsit, : jam certum est, me, nemine prohibente, locum publicum, proprium, vel alienum, ingredi, aprumque ibi inhærentem & irretitum occupare posse. Quâ de causâ cùm certum, & nullum prorsus dubium sit: aprum isthunc per me occupatum iri, etiam ante occupationem factam pro occupato habetur, & consequenter meus esse factus censetur. At verò si in alieno, invito & prohibente domino, laqueus à me est positus; aper, qui incidit, & in eo hæsit, priusquam à me occupetur, meus esse non putatur: quoniam multa intervenire possunt, ut occupatio impediatur. Etenim verisimile est, quòd dominus, contra cujus voluntatem, laqueum tetendi, me apri occupandi causâ ingredi conantem, vel privatâ, quod facere potest, vel publicâ, hoc est, judicis auctoritate sit repulsurus, adeòque apri occupationem impediturus, *hoc §.d l.3. §.& leg.naturalem.5.§.favet.3 ff. de acquir.rer.dom.* Atque hanc fuisse mentem ICti *in d.l.in laqueum.55. ff. eod.* ex eo plus quàm manifestum est : quòd post multiplicem distinctionem à se allatam subjicit; hanc esse summam istius distinctionis ; ut, si aper in meam potestatem pervenit, meus factus sit : si non pervenit, meus factus non sit. Et sic ex verâ *pradicta l.55.* explicatione constat ; doctrinam nostram, quâ traditur, feram in fundo alieno post prohibitionem domini camini captam capientis fieri, ita accipiendam esse : ut fera capta adquiratur capienti, si modò eandem occupaverit: aut certè in publico, vel proprio, vel etiam alieno loco, permittente domino, laqueo, aliòve instrumento venatorio sic implicuerit, ut luctando expedire se non possit : secus autem, si in alieno fera laqueo quidem involuta & implicita, sed contra voluntatem domini id factum fuerit : tunc enim pro occupatâ non habeatur : eò quòd domini vel judicis prohibitio, venatoris ingressum, atque adeò occupationem impedire possit. De intellectu *d.l.in laqueum 55.ff.de acqu. rer.dom.* Videatur Leonhard.Lessius *lib.2. de just.& jur.cap.5.dubitat.11.num.48.& seqq.* itemque Martinus Bonacina *in tract de contract. & restit. disput.2. quæst 3.punct.7.num.11.& seq.*

Omnibus igitur objectionibus refutatis, fidenter recludendum est: venatorem in fundum seu sylvam alienam, vetante & repugnante domino, intrantem, captam bestiarum prædam suam facere , nec domino fundi restituere teneri. Et hanc, tanquam verissimam, communiterque receptam tenent sententiam *Glossa secum ipsa pugnans, Bartolus, Castrens. Raph. Fulgos. & Cestalius in præallegatâ l. divus 16.ff.de serv.rust. præd. Ioh.Fab. Platea, Aldebrand. Angel. Cantincula, Mynsing. Schneidevv. Wesenbec. Nicasius, Borchol. Vultej. num.8.& alij in hoc §.enim Iacob.de S. Georg. in tract.de feud. verb.& cum venationib.num.3. Capella in tract.servit.rustic.præd.cap.21 num.2. Chassan.in consuet.Burgund Rubric.13.§.7.num.5. Roland. à Valle cons.9.num 23.volu 2. Duaren ad l.3.§.item feras ff de adquir. vel amitt.possess. Eman Soarez.in suis commun.opinionib. lit.V.nu.12.Hieronym.Schurff. cons.1.num.33.cent.3.Covarruv.in relect.c.peccatum. 4.de regul.jur.in 6 p.2 §.8.num 4 & seq tom.1.f.237. Sebast.Medices in tract.de venat.quæst.7. prima partis num.15. Pruckman. in f.citato tract de Regalib. §. venatio. cap.6 num.2.& seqq. Donell. lib.4. Comment.de jure civil. cap.8. in fin.fol.245. D.Ioh.Halbritter.Collega & Compater mihi amandus, in disputationibus, de jure venandi, Anno &c. cap 86.& 97. excussis.thes 4 & 5. Collega item Becerus, class.5. disput.3 thes.13.ed.2.Trentler.vol 2.disput.20.thes.2.ad liter.e.ibiq. Bacchov. & Hunnius quæst.14.pag.390. & seq. idem Hunnius disput.4. ad Instit thes.11. & lib.2.variar.resol.jur.civ.tract.1.quæst.1. Schegk.disput 5. ad Instit. thes.37. Daniel Nebelius, disput 25. thes.ad liter.b. Valent. Guilielm. Forster.lib.2.tract. Instit.Disput.6.thes.12.& libro singulari, de dominio. cap 9.num 12.pag.257. Arumæus Exercitat. Instit.n.4. thes.11. Georg Merin.in tract. de jure venand.part.2. cap.3.num.8.& seqq. Andr.Gerhardi Decad.4 quæst. 7.Matthias Stephani cent.2.quæst.52.ad liter a. Oleman.ad lib.2. Disput jur.civil. Instit. Giphan.Disput. 9.num.35 & seq.idem Giphan.ad l.5 §.1. ff. de acqu. rer.dom. Paulus Berens disput.3.them.2. quæst.1. Valentin.Riemer.disput.4.thes 3 quæst.2.Henric.NeWenhan discurs.19. apud Arumæum vol.3. de jur. public. thes.175.& seq.pag.846. Vagetaner.exercit.Instit.2. quæst* 45

quæst.4.p.210.& seqq.edit ult.D.Dinnet.& Walther.
d.dissert.de jure venat.cap.4 conclus 18.
46 Verùm enimverò, conclusio isthæc primùm restrin-
gitur, vel potiùs declaratur: ut, etiamsi fera in fundo
alieno, contradicente & nolente domino capta, capi-
entis maneat: quia tamen, domino fundi invito, in-
gressus est, contra eum actio injuriarum competat: ut
suprà circa principium hujus §.nu.18. dictum, per text.
in l.injuriarum 13.§ fin ff.de injur. aliaq; jura ibidem
adducta. Quod ita demum procedere quidam autu-
ment: si dominus venatorem antè prohibuerit, quàm
fundum ingrederetur. Nam si post ingressum prohi-
bitus fuerit, actionis injuriarum reus non erit: ut scri-
bit Angelus Aret. in hoc §.nu.1.& 5. cui assentit Frider.
Pruckman. in d.§.venatio.cap.n 27.
47 Sed hæc limitatio juris veritati minùs videtur esse
consentanea. Quòd enim venator, qui inscio domi-
no, & nullâ prohibitione factâ, fundum ejus ingressus
est, si exire à domino jussus, præfractè nihilominùs
in fundo permanserit, ibique contra domini volun-
tatem ambulaverit, & venationi indulserit, injuriarum
conveniri actione possit, non secus, ac si ab initio con-
tra voluntatem domini ingressus fuisset, dilucidè pro-
48 batur: Tum quia vim & injuriam facere dicitur, qui
invito domino, in ejus fundo versatur, & quid agit,
per quod liberam possessionem ipsius non relinquit.
l.vim facit.11 ubi Gothofred. ff. de vi. & de vi arm.
Tum quia quispiam, nolente domino, in ejus prædio
49 spatiari nequit. l ut pomum 8. ff.de servitutib. Tum
quia regula trita est: Propter quod unumquodque ta-
le est, illud magis tale esse solet, Auth multò magis
C.de sacrosanct.Eccles Bl.tract.compens.quæst.3. num.
22. Zoann in l.2 num.117. Cod.de pact inter empt &
vendit. Pisteris quæst.31.num.4.lib.2.Reuber in tract.
de Testibus part.2. num.24. Atqui dominus venato-
rem ab ingressu fundi sui arcere potest; ne post in-
gressum, invito domino, ibidem aliquid faciat, vel in
stituat. Multò igitur magis venator prohiberi pote-
rit: ne postquam jam jam ingressus est fundum, ibi-
dem domino invito ambulet & consistat. Quòd si hac
prohibitione spretâ, agere vel ambulare pergat: inju
riarum actione teneri ipsum, meritò statuitur.
50 Secundò, supradicta conclusio restringitur, seu de-
claratur potius: ut venator, armatâ etiam manu, à
domino prohiberi possit: ne fundum suum ingredia-
tur, arg.leg.quemadmodum 29.§ 1 vers.aliud ff.ad l.
Aquil gloss.in l.3.§.1 vers.planè ff.de adqu.rer.dom.
Iacob.de S.Georg.d.verb.& cùm venat.nu.4. Capell.
d.tract serv.rust.præd.cap 21.nu 3 Pruckman.d.§.ve-
natio.cap.6.nu.28. Quod igitur dicitur in can. omnes
leges 1. vers.transire.dist 1. transire per agrum alienũ,
fas esse: id intelligendum est, domino non prohiben-
te, docente D.Besoldo, in dissert.juridico-polit.de jure
& divis.rerum.cap.2.num.10.
51 Quid autem, si venator contra prohibitionem à
domino factam, agro sylvamve ejus intravit, & moni-
tus, ut exiret, nihilominùs in eâ constitit: poteritne
hoc casu propriâ auctoritate & vi expelli? Et posse
verius est d.l.vim facit.11.ff.de vi, & de vi arm. ubi
vim facere intelligitur, qui contra voluntatem domi-
ni, in fundo ejus aliquid instituit, quò libera ipsius &
quieta possessio impediatur. At clari & indubitati ju- 52
ris est: vim repellere licere l.ut vim.3 ff de just.& ju-
re l scientiam 45 §. qui cùm aliter 4.ff.ad l. Aquil.l.1.
§.vim vi.27.ff de vi, & de vi arm. Dominus tamen 53
fundi venatorem, dum in actu venationis est, capere
vel detinere nullo jure potest: quoniam privata ca-
ptura & incarceratis, illicita est.tot.tit. Cod.de privat.
carc.inhib.tot.tit.C.de quis in sua caus.judic. Nov.134
cap.7.gloss. & Ang. Aret.in §.apium 14.inf. hoc tit gl.
in sæpe allegata.l.Div 16 ff.de serv.rust.præd. Porcius
in § singulorum 11.num 8. in fin. s.hoc tit. Capolla &
Iacobin.de S. Georgio, locis proximè memoratis. Reuter
& Winke apud Aruma. d. vol 4.de jure publ.discurs.
37.thes.7.quæst.3 pag.145.
Tertiò, conclusio præmissa restringitur, ut non pro- 54
cedat, si aliud consuetudine receptum fuerit. Dubium
enim non est ullum, quin consuetudine introduci pos-
sit: ut fera in alieno capta, capienti non adquiratur. §.
constat autem 3.& §.sine scriptio 9 J de jur.nat.gent.
& civ.Ioh.Fab.in hoc §.num.2.Chassen in consuetud.
Burg.Rubr 13.§.7.num.8 in fin. Roland. à Valle d.cons.
9 num.26 vol.2.Pruckman.d §.venatio.cap.6 nu.29.
Sic & lege municipali sanciri potest: ut venator, qui a-
grum alienum invito domino ingressus est, id, quod
ceperit suum non faciat, argumento eorum, quæ tra-
dit Covarruv.inf.allegato c. peccatum 4.de reg.jur.
in 6.part.2.§ 8.num.1.circa medium. Quòd verò Prin- 55
ceps etiam idem efficere, nec non ex causâ publicæ u-
tilitatis vel necessitatis alicui omne jus venandi aufer-
re valeat: luculenter patescit tum ex iis, quæ suprà ad
princip.hujus tit.num 110.& multis seqq. attulimus;
tum ex iis, quæ infrà suo loco dicturi sumus. nu-
mer. 92. & sequentib.
Postremò, prędicta conclusio à plerisque limitatur, 56
ut locum non habeat, si quis per judicem seu magi-
stratum introire fundum alienum prohibitus esset.
Tunc enim capta bestiarum præda non venatoris fiet;
sed domino, à cujus fundo judicis mandato arcebatur,
restituenda erit. Faber & Cantiuncula in præs.§. Iac.
de S.Georg.in tract.feud.de verb & cum venationib.
num 3.Chassen in d.§.7.num.8.in fine Roland. à Valle
d cons.9.num.25 & Pruckm.d.cap.6.num.25.per l qui
fundũ.7 §.qui sciens 5.ff.pro empt & l.de pollic.8.ff.de
pollicit. Ex quibus legibus evincitur; judicis & magi-
stratûs prohibitionem, dominii translationem & ad-
quisitionem impedire.
Verùm hæc limitatio, quantumvis crebrioribus
Doctorum calculis recepta sit: valde tamen suspecta
& dubia videtur. Cùm enim suprà sit ostensum; quòd
lex, invito domino, fundum ejus ingredi usque adeò
prohibeat: ut etiam acerbissimam injuriarum actio-
nem adversus ingredientem concedat. l.injuriarum
13.§.ult.ff.de injur.& tamen nihilominus venator cõ-
tra legis prohibitionem ingrediens, feram in alieno ca-
ptam suam faciat: necessariâ consequentiâ extruitur,
quòd judicis prohibitio de non ingrediendo nequa-
quam hunc effectum operetur: ut per venatorem, ne-
glectâ judicis prohibitione, ingredientem capta ipsi
non acquirantur: sed fundi domino sint restituenda.

 Siqui-

57 Siquidem exploratum est: fortiorem esse prohibitio-
nem legis, quàm judicis. *Bartol. & DD. in l. non du-
bium 5. Cod. de leg.* Si ergò legis prohibitio de non
ingrediendo fundun alienum contra domini volunta-
tatem, ferarum adquisitionem non impedit: multo
minùs judicis præceptum de non ingrediendo, acqui-
sitionem hanc remorabitur. Ratio manifesta est: quia
per hoc judicis præceptum non tolluntur causæ ad-
quisitionis. Cur ita? quia per præceptum istud non ef-
ficitur: ut feræ, quæ in alieno subsederunt, desinant
esse communes, & fundo domino attribuantur: ut
eleganter notat Covarr. *in d. c. peccatum 4. de R. Iuris
in 6. p. 2. § 8. num 2. & 4.* & D. Halbritterus, Collega
meus honorandus, *inscriptò suo tract. (luce certè &
publicat. dignissimo) de jur. venand. cap. 2.*

58 Quamvis porrò is, qui contra domini voluntatem
& prohibitionem ingressus est fundum, ad feras ca-
ptas, vel earundem æstimationem restituendam non
teneatur: eum tamen ad damni, per ingressum istum
domino fundi quacunque ratione illati, emendatio-
nem obligatum esse, æquitati consonum est. *tit. ff.
& Cod. de l. Aquil. Ritterhus. hic p. 154. vers. quid er-
go &c. Nevvenhan d. discurs 19. apud Arum. vol. 3 de
jure publico thes. 178. pag. 847. Lessius de just. & jur. d.
lib 2. cap. 5. dubitat. 9. num. 43. vers. dico tertiò &c.*
In cujus damni æstimatione habetur etiam ratio ani-
malium, quæ dominus capere potuisset, si prohibitus,
59 ingressu abstinuisset. Quod tamen non aliter verum
esse putaverim, nisi venatio adeò certa sit & fertilis, ut
fallere non soleat. Vnde non adversatur *l. quemad-
modum 29. §. item Labeo. 3. vers planè ff. ad l. Aquil.*
ubi scriptum est: piscium atque ferarum æstimatio
nem piscatoribus & venatoribus non præstandam esse
ab eo, qui injuriâ eos impedivit, quò minùs aliquid ca-
perent. *Nam* hæc verba in eâ lege posita (*cùm incer-
tum fuerit, an caperentur*) manifestè ostendunt: Iu-
risconsultum loqui de piscatione & venatione, in ejus-
modi loco institutâ, qui incertissimam venationem &
piscationem habet; & in quo piscatores & venatores
60 ut plurimùm oleum & operam perdunt. Atque in hac
specie animalia non capta, meritò nomine illius, quod
interest, peti nequeunt. Id enim, quòd interest, tum
demum peti potest, si certum est, & propinquum. Il-
lius autem, quod incertum & remotum est, ratio non
ducitur, *l. ait lex 21. in fin. cum l seq. ff. ad l. Aquil. l.
si sterilis 21 §. cùm per venditorem 3 ff. de act. empt.
Covarr. in d. c. peccatum 4 p 2. § 8. num. 11 & 12. de
reg. jur. lib. 6 Gaspar Caballinus (sive potius Carolus
Molin. in tract. de eo. quod interest. num 84. & Georg.
61 Mer. in tract. de jur. venand p. 2. cap. 10.*

Planè, in loco publico feris vel avibus capiendis o-
peram navantem si quis prohibuerit: injuriarum a-
ctionem jure sustinet, *prealleg. l. injuriarum 13. § si
quis me 7. ff. de injur. l. 2 §. si quis in mari. 9. ff ne
quid in loc publ.* nisi post factam prohibitionem, & al-
terius patientiam, præscriptione jus illud adquisierit:
ut ipsi soli eo in loco venari sive aucupari liceat, *arg.
l. si quinquam 7 ff. de divers. & temp. præscript. Cra-
vett. de antiquit. temp. p. 4. §. materia ista num. 81.
cum seq. Anton. Gabriel Rom. lib. 5. comm. conclus.
tit de præscript. conclus. 10. num. 13. Covarruvias in
c. possessor. 2. p. 2. relect. § 4. num. 6. tom. 1. fol. 202.
Bercholt. in cap. un. quæ sunt regalia. num. 32. &
seqq. in usibus feud.*

An verò, quemadmodum feræ & volucres captæ in 62
in fundo privato alieno; ita & pisces in alieno lacu vel
stagno deprehensi, jure gentium fiant capientis, disce-
ptatur? Sed fieri, evincitur *ex l 3 §. item feras 14. ff de
adquir. vel amitt. possess* ubi etiam de piscibus, in lacu
privato versantibus, diserte responsum est: eos non
possideri ab eo, cujus est lacus. Et de lacu privato, qui
alterius est, & non publico, loqui Iurisconsultum,
hinc perspicuum est: quod de lacu agat, qui potest 63
vendi: cum res publica vendi nequeat. *§. ult. inst de
empt. & vendit.* In ejuscemodi igitur stagno vel lacu
cùm neget IC. pisces natantes à domino possideri: sa-
tis ostendit, eos ne quidem dominio ejusdem domini 64
lacûs teneri: sed liberos adhuc, omniumque gentium
communes esse. Natura enim omnium terrarum hoc
exigit: ut earum possessione ademptâ, & ademptum
amissumque dominium dicamus: propterea quòd
statim atque possessione nostrâ abscesserunt, omni-
bus pateant jure gentium. Itaque qui in sylvâ suâ, et-
iam circumscriptâ, aprum vel cervum capit, vel in suo
stagno piscem: non proprium aprum, vel cervum, vel
piscem capit: sed jure gentium aper, cervus, vel piscis,
cùm antea nullius esset, in capientis dominium tran-
sit. *d. l 3. §. item feras 14 ff. de adquir. vel amitt. possess.
l. usufructuariû 62 ff. de usufruct. Cujac. lib. 4 observ.
cap. 2. Sixtin. lib 2 de regalib cap. 18. num. 24. Conrad.
ab Einsiedel. in tract. de regalib. cap. 3. num. 343. p. 782
& seq Wesenbec. hic num. 1* Borcholt. *num 2. & D. Bo-
cerus num. 12. Adde Locamer. quæstion. jur. de fascic.
14. quæst. 6.* Verissima ergò conclusio est: pisces alie-
no in lacu captos, cùm in naturali libertate relicti, ad-
eòque nullius in dominio sint, occupanti adquiri.
Tametsi dissentiant, & contrarium tueri nitantur Hun-
nius *in resolut. ad vol. poster. Treutleri disp. 18. thes 2.
quæst. 14 p 395. & lib 2. var. resolu. jur. civ. tract. 1.
quæst. 13.* Hotoman. *hic enunciat. 2.* Tuning. *in vers.
nec interest.* & Rittershus. *p. 154.*

Non obstat conclusioni nostræ textus *in l. injuri- 65
arum 13. §. ult. in fin. ff de injur.* Vbi Vlpianus, *in la-
cu*, inquit, *qui mei dominii est, utique piscari ali-
quem prohibere possum.* Haud enim à prohibitione
illa præsenti rectè ad actum non prohibitum argu-
mentamur. Si quidem quispiam prohiberi potest,
ne fundum alienum venandi, vel aucupandi gratiâ in-
grediatur: attamen cessante istâ præsenti prohibitio-
ne, licitè aliquis fundum alienum potest ingredi, inque
eo liberè venari & aucupari, *per hunc §. nostr. vers.
planè qui alienum, &c.* & huc pertinent, quæ nota-
ta sunt suprà *num. 27. & seqq.*

Pariter nihil roboris habet: quòd etiam pisces in pi- 66
scinâ feræ sint naturæ, & tamen eos piscinæ domi-
nus possessionis & proprietatis jure sibi vindicet, *d. l. 3.
§. item feras 14 ff. de acqu. vel amitt. possess* Quando-
quidem piscina hominum operâ fit & industriâ: sta-
gnû verò & lacus fiunt naturâ. In piscinam item pisces

manu

manu induſtriâq; humanâ mittuntur: aſt in lacum &
ſtagnum inundationibus importantur, vel certè in illis
naſcuntur. *D. Bocer. in tractat. de regalib. cap. 3. num.
248.*

Præterea non obſiſtit quicquam, quòd Iuſtin. Imp.
in hoc §. noſt. v. nec intereſt piſcium mentionem prorſus
omiſerit; atque de feris tantùm beſtiis & volucribus
hoc jus conſtituerit: ut, ſi in alieno fundo captæ
67 fuerint, capientis efficiantur. *Nam* licèt Imp. *per d. v.
nec intereſt* aliquam inter piſces & reliqua animalia, in
loco alieno occupata, notet, indueatque differentiam:
eam tamen minimè in eo conſiſtere, credendum eſt:
quòd piſces non æquè, ac feræ & volucres, in lacu alieno
capti, occupantis fiant, ſed in hoc potiùs, quòd iſti
inſtar cæterorum animalium irrevocabiliter capienti
non adquirantur. Eos enim piſcator, qui cepit,
domino lacus reſtituere compelli poteſt; cùm feras,
vel aves, venator vel auceps fundi domino reſtituere
68 non cogatur, *hoc § & l. 3 ff. de acquir. rer. dom.* Ne cui
autem fortè videatur abſurdum: rem in dominium alicujus
redactam (veluti piſces in ſtagno alieno raptos)
eſſe reſtituendam, contra regulam juris, quâ dicitur:
meum quod eſt, ſine voluntate meâ ad alium transire
non poſſe. *l. quâ ratione. 9. §. hæ quoq; res. 3. & l ſi
procurator. 35 ff de acquir. rer. domin.* examinet is *l.
bonæ fidei. 48. ff d. t*, ex quâ ſine ullo negocio cognoſcet,
bonæ fidei poſſeſſorem omnes fructus perceptos
ſuos facere & acquirere: & tamen eoſdem adhuc extantes,
& nodum conſumptos, fundi domino reſtituere
teneri. *l ſed & loci. 4 §. poſt litem. 2. ff fin. regund. l. certum.
22. Cod de rei vindicat.* & demonſtrabitur fuſius
infr. §. ſi quis à non domino. 35. h. t. numer. 52. & ſequentib.

69 Cæterùm, cur piſces in alieno capti non, ut animalia
reliqua, irrevocabiliter in capientis dominium tranſeant,
ratio differentiæ hæc eſt: quia quodammodò
pars aquæ, & inſtar fructuum ſunt: idque duabus de
cauſis. *Primò*, quia omnis lacuum & ſtagnorum fructus
ex piſcationibus conſtat: *deindè*, quia piſces, etſi
liberè vagantur, ex aquâ tamen, ut fructus ex terrâ,
naſci intelliguntur, *arg. l. funes. (quidam legunt, lines.)
15. in fin ibiq; Bart & Gothof. jun. l. ſeq. ff. de act. emp.
Guid. Papa decis Delph. 91. Bertrand. in cap. 1. § ſciendum.
de feud cognit. in uſib feud. Claud. de Seyſſellis in
tractat feud. tit. quæ res in feud. dari poſſ coll. 2. verſic.
ſed de quibusdam. Nicol. Boerius in conſuetud. Biturig.
tit. de feud. §. 5 pul. hic Weſenbec. in parat. ff. de adqu.
rer. dom. num. 7. & Ludolph. Schrad. in tract. feud. 2.
70 part. 9 partis pr ſect 4 num. 10.* Qui aſſerunt: piſces ſi
in ſtagno habeantur, ut ibi multiplicentur & creſcant,
eſſe partem fructuſque fundi, & cenſeri inter immobilia;
ſi autem habeantur incluſi in certâ parte ſtagni,
vel ſeorſum in piſcinâ, cuſtodiæ causâ: tunc non partem
fundi, ſed quid mobile cenſeri. Eandem diſtinctionem,
poſt alios à ſe relatos, affert Andreas Knichen
*in Comment. de Saxonico non provocandi jure. cap. 5.
num. 154.* Quemadmodum igitur, qui fructus in alieno
decerpſit agro, ad eorum reſtitutionem compellitur:
ita qui piſces cepit in alieno ſtagno, quamvis
ſuos faciat; eos domino reddere non immeritò tenetur.
Si enim poſſeſſor fundi ad eorum, quæ fructuum
ſunt inſtar, reſtitutionem à domino cogi poteſt. *d. l. certum.
22. C. de rei vind. cum ſimilibus*: multò certè magis
extraneus, qui non poſſidet, compelli poterit.

Nec præfata ratio propterea reprehenſionem meretur:
quòd non piſces tantùm ſint in fructu ſtagni privati:
ſed feræ etiam, & volucres in fructu fundi: *l venationem.
26. ff. de uſur.* ac proinde non putandum ſit: piſces
in *d. verſ nec intereſt. h §.* à feris & volucribus ideò
ſeparatos eſſe, quòd hæ non, ut illi, fructuum inſtar
habeantur in privatis locis, in quibus reperiuntur. *Et* 71
enim cùm propter incertitudinem ut plurimùm accidat:
ut fructus fundi in venatione vel aucupio non
conſiſtat: ſemper verò piſcatio ſit in fructu lacuum ſive
ſtagnorum, quæ piſcationis duntaxat cauſa habentur;
& ex quorum aquis piſces proveniunt & aluntur: reſpexit
Imperator ad id potiùs, quod frequenter & ut
plurimùm, quàm quod perraro evenire ſolet. *l 3. 4 5. &
6 ff. d. legib.* Quanquam porrò prædictam inter feras
beſtias & piſces differentiam (illas nimirum irrevocabiliter
capientium fieri, hos non item) exibilet explodatque
D. Bocer. *in tract. de pœn. furtor. criminal. c. 2.
n. 89.* eamque ne lynceis quidem oculis, aut animo ſagaciſſimo
in præſenti §. animadverti poſſe, aſſerat; ſi tamen
quiſpiam ea, quæ hactenus expoſita ſunt, acutiùs
introſpexerit & conſideraverit: facilimè (niſi caligare
in ſole, & cæcutire in ipſo meridie velit) diſcrimen illud
veriſſimum eſſe, perſpiciet atque deprehendet.

Feræ autem animalia, ſemel occupata, tamdiu oc- 72
cupantis ſunt, quamdiu cuſtodiâ ipſius coërcentur. At
ſi evaſerint cuſtodiam, ſeque in naturalem libertatem
ſeu laxitatem receperint: illius eſſe deſinunt; rurſuſque
cuivis poſtrà occupanti cedunt. *hoc § n. d. l. 3. §. quicquid.
2 & l Pomponius. 44. ff. de acquir. rer. domin.* Ejus
ratio eſt: quia ferarum dominium poſſeſſione ſeu
occupatione adquiritur. *l. 1. §. 1 ff de acquir. vel amit.
poſſ.* Ergo amiſſio quoque & conſervatio dominii, ea- 73
rundem poſſeſſione niti debet: cùm contrariorum eadem
ſit diſciplina. *l. nihil tàm naturale. 35. ff. de reg.
jur l. 2 ff. de his, qui ſunt ſui, vel al. jur. Weſenb. in §. ex
his itaque. 5 num. 1. infr. per quas perſ. cuique adq. gl.
& Dd. in § furtorum. 3. ſuper verb. nec manifeſtum inſ.
de obl. quæ ex del. naſc Rittershuſius hic p. 155.* Quam- 74
obrem cùm ejuſmodi ferarum poſſeſſio amittatur,
poſtquam naturalem adeptæ ſunt libertatem: conſequens
eſt, dominium etiam earum, naturali libertate
recuperatâ, amitti. Cæterùm naturalem libertatem
tum demum recidere intelliguntur: cùm vel oculos
noſtros penitus effugerint: vel in conſpectu noſtro ita
verſentur, ut omnis illarum perſequendarum, vel capiendarum
facultas & ſpes adempta videatur, *hoc. §. & l.
naturalem 5. ff. de acqu rer. domin.*

Non obſtat pervagatum illud juris principium: id, 75
quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri
poſſe, *l id, quod noſtrum. 11. ff. de R. I.* Cùm enim feræ
ob naturalem libertatem recuperatam, è dominio noſtro
abeunt; ſatis noſtrum interveniſſe factum cenſetur:
eò quòd cuſtodiam illarum neglleximus. Hæc namque
perpetua eſt ICtorum, de facto interveniente loquen- 76
tium conſuetudo: ut ſub facto etiam omiſſum, ſeu non

factum complectantur. *l.facere.189.ff.de verb.sig.l.qui non facit.121.ff.de R.I l.qui liber. 19. ff. de rit. nupt.l. in fraud.4.ff.quæ in fraud.credit.l.si quis major. 41.C. de transactionibus §.si uxor. 9. versic. rectiùs tamen. f.de nupt. Andr.de Isern.cap.1.num.45. de prohib. feud. alienat.per Frid. Ioan. Roncbegall.in l.penult.num.7.ff. de duob.reis. Moz. in tract.de contract.Rubr.de divis. stipulat.numer.9. Rebuff in l.un.numer.211. C.de sent. quæ pro eo,quod int. prof Hermannoctius Decius in l. 4.§ Cato.num.56.ff. de verbor.obligat.Modest. Pistoris en sue consilio post quæst Hartm.20 lib.2.nu.34.in fin. Philip.Decius,Cagnol.Ferrar. & alii in d. l.id, quod nostrum.11 ff.de reg.iur.* Quocirca in propositâ specie, quod nostrum est, sine facto nostro, à dominio
77 nostro non recedit. Nam & usucapio dominium transfert in usucapientem: tametsi rei usucaptæ dominus activè nihil faciat, *l.traditionib.20.C.de pact. & audiemus inf.tit.de usucapion.* Sed hoc ideo fit: quia omissio quoque & negligentia, vel non factum pro facto quodam habetur, *per leges & auctoritates, ad longum modò allegatas.*

78 Similiter non obstet *d. l.3.§ in amittendâ. 6. & §. saltus.11.& l.quemadmodum.8 ff.de adquir.vel amittendâ possess* ubi traditur, rerum nostrarum possessionem solo animo à nobis retineri: etiamsi conspectum nostrum effugerint, earumque possessionem naturalem seu corporalem amiserimus. *Etenim* responderi potest *ex l.si id, quod.25. ff. eod. tit.* ubi Pomponius disertè ait: rerum amissarum possessionem, dominum non retinere, sed amittere, si, ubi sint, ignorat. Quod ergò in citatis legibus affirmatur: rerum nostrarum possessionem solo animo retineri; cum hac limitatione accipiendum est: dummodò, ubi locorum sint, sciamus. Secùs est, si ita perdiderimus, ut, ubi sint, ignoremus. Tum enim nullam earum possessionem dari, vel fingi posse, non solùm jus certum docet. *d. l. si id, quod. 25 & d.l 3.§. Nerva filius. 13 ff.de*
79 *acquirat. vel amitt. possess.* verùm etiam evidens dictat ratio, quæ hæc est: quòd paria sint in jure; non esse, & non apparere. *l.in lege. 77. ff. de contrahend. emption. l. Arescusa. 15. & ibi Gothofredus ff. de stat. homin.* Vt igitur illius rei, quæ non existit: sic quoque illius, quæ ubi sit, non apparet. possessio nulla est. Atqui, feris per fugam naturali libertati restituris, contingit: ut dominus, propter earum hinc inde divagandi consuetudinem, nesciat; ubi locorum versentur. Ideoque nulla omninò illarum teneri animo potest.

80 Neque his adversatur *dict.l.Pomponius.44.ff.de acquirend. rer.domin.* ubi indicat Iurisconsultus; possessionem quidem earum rerum, quæ ignorantur, ubi sint, amitti: dominium tamen nihilominus penes dominum remanere: idque venusto confirmat exemplo; dum ait: id, quod avis transvolans ex areâ aut agro nostro transtulit, nostrum manere; & porcos, per lupos ereptos, dominium non mutare; quamvis, ubi sint, non intelligamus; & ea propter occupanti haudquaquam concedi, si quis eos fortassis per canes robustos lupis eripuerit. Hinc videbatur dicendum: feras custodiam nostram evadentes, etiamsi nesciamus, ubi sint, nostras manere; quanquam earum possessionem amittamus. Quod insuper & alio, nimirum rerum furto ablatarum exemplo potest corroborari. Hæ enim plerunque, ubi sint, ignorantur: & tamen earum dominium non amittitur: cùm illas vindicando dominus recuperare possit. *ut dicetur inf. §.ultim. t. de obligat. quæ ex delicto nascunt.* Hæc,
inquam, omnia non adversantur. Nam *ex eâdem leg.* 81
Pomponius. 44. responsio petenda est: ex quâ elucet; diversam, quo ad amissionem dominii, ferarum, & aliarum rerum esse causam. Hæ enim quamvis ignorentur, ubi pervenerint; nostræ tamen manent: illæ verò, si custodiam & conspectum nostrum evaserint, sicque naturalem libertatem receperint, planè amittuntur. *Ratio diversitatis hæc est*: quia cùm fera animantia per naturalis libertatis amissionem, in dominium nostrum redigantur: fit, ut per ejusdem libertatis recuperationem rursus è dominio nostro migrent. Eo siquidem modo unumquodque dissolvi- 82
tur, quo colligatum est. *dict.l nihil tam naturale.35 ff. de reg. iur.* Res autem aliæ licèt è conspectu nostro fuerint sublatæ: non tamen in naturalem libertatem reducuntur: cùm eam nunquam habuerint. Hinc gallinæ, anseres, aliaque animalia domestica & mansueta, cùm conspectum nostrum effugiunt: libertatem naturalem, quam habuerunt nunquam, non recipiunt; & proinde dominium non mutant. *§. gallinarum. 16. infr.h.t.* Quod in feris, prout jam explicatum, secus habet.

Cæterùm, diu multùmque veteres inter Iurisconsultos 83
agitata fuit quæstio, de ferâ bestiâ ita vulneratâ, ut capi haud difficulter possit, utrùm ea sit vulnerantis, an verò capientis? Trebatio Iurisconsulto placuit: eam vulnerantis & persequentis esse, *ut habetur in dict. l. naturalem.5 §.1 ff de adquir.rer. dom,* Sed alii contra Trebatium statuerunt; eam non aliter esse vulnerantis, quàm si omnino illam ceperit, & suam in potestatem redegerit. Et hanc posteriorem sententiam Iustinianus confirmavit: propterea quòd multa accidere soleant, ut feram bestiâ, etiam lethaliter vulneratâ, quis non capiat: vel quia occurrens alia fera illum progredi vetuit, aut vulneratam eripuit, vel denique in persequendo in aspera atque inculta loca concessit: ut vulnerans investigare eam ampliùs non possit *§ illud quæsitum 13.hoc t.* Vnde vulgò dici solet:

Multa cadunt inter calicem, supremaq; labra.

Huic sententiæ non obstat *l.nihil interest.15.ff ad l.* 84
Cornel. de sic. ubi Vlpianus scribit: nihil interesse, occidat quis, an causam mortis præbeat. Ergò & cepisse feram intelligi debet, qui causam dedit, quò ab alio caperetur. Si itaque primus vulneravit cervum, ut capi potuerit: secundus, illato jam vulnere, ceperit: primus cepisse, non secundus, intelligitur. Non obstat, *inquam*. Quod enim dicitur; nihil interesse utrùm quis occidat, an causam mortis præbeat: verissimum quidem est, ubi causa mortis propinqua est, & necessaria, ita ut mors necessariò ac inevitabiliter ex eâ sequatur: secus verò si quis moriendi causam non necessariam attulerit: ex quâ tamen per accidens mors

secu-

secuta fuerit. Tunc etenim qui causam dedit; occidisse existimatur: *ut exponetur in §. item lex Cor. de sic. 5. inf. de publ. jud. num. 86.*

85 Sic quoque non refragatur *l. qui occidit. 30. §. in hoc quoque. 3. ff. ad l. Aquil.* ubi is damnum dedisse videtur, qui occasionem præstitit. *Nam* hoc non negatur: si modo constet, damnum ex ipsius facto secutum esse, alio non accedente, cui illius rei culpa adscribi possit: ut exemplum est *in dict. l. 30. de* eo, qui in stipulam suam comburendæ ejus causâ, ignem immisit; & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læsit. Ex hujus facto certum est; incendium damnumque esse exortum: neque alius intervenit quisquam, qui magis necessariam & propinquam incendii adduxerit causam. In nostrâ autem specie apparet: intercessisse alium, qui captivitatis propinquiorem causam attulerit: cùm, adhuc esset incertum, num feram vulnerans eandem capturus esset.

86 Etsi verò ab Imperatore Justiniano, uti suprà dictum, Trebatii opinio non sine ratione *rejecta* sit, dicentis; feram à me vulneratam eò usque meam videri, donec eam persequar: tamen inter venatores hodiè illa ipsa opinio aliquibus in locis recepta est: ut quantumvis fera à me vulnerata, nondum verè mea sit, quia nondum occupata: non tamen liceat alteri eam eripere, neque persequentem insidiosè antevertere. *Gloss. in præfata l. naturalem 5. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. Covarruv. in dict. cap. peccatum. 4. de reg. iur. in 6. part. 2. relect. §. 8. num. 13. Mynsing. & Dd. in dict. §. illud quæsitum. 13. hoc tit. Halbritter. disputat. de jure venandi, Anno &c. 97. impressa. th. 5. Obrecht. Disputat. de domin. & mod. adquir. natural. th. 75. & duabus sequentibus. D. Becer. Class. 5. Disputat. 3 th. 34. in fin. edit. 2. Pruckman in dict. §. venatio cap. 2. numer. 26. & sequentibus.* Hancque traditionem multis rationibus satis frigidis & insulsis defensare conatur Georg. Mor *in tractat de jure venandi, part. 1. cap. 8. num. 5. & plurib. seqq. pag. 66. cum sequentibus.*

Atque prædicta quidem jura olim ita fuêre constituta: sed posteà canonibus, & Principum Constitutionibus paulatim immutata sunt: & hodiè quoque ex inveterata Germaniæ consuetudine ac usurpatione se-
87 se passim aliter observantur. Iure namque canonico liberior venandi (non item piscandi: siquidem piscatio, utpote exercitium & spectaculum minus cruentum, indistinctè permissa est) facultas Ecclesiasticis personis, certis sub pœnis adempta est, & constitutum t ut Episcopus contra prohibitionem venationibus indulgens, tribus mensibus à communione; Presbyter duobus; Diaconus ab omni officio suspendatur. Alii autem Clerici inferiores, judicis arbitrio puniuntur: tametsi ad animantium ferarum a se captarum restitutionem, ut & superiores, compelli nequeant. *cap. 1. & toto t. de clerico venatore. can. 1. 34. distinct. & can. Esau. 86 distinct. Clement. 1. §. porrò à venationib. de statu monach.* Ratio, cur Clericis & Ecclesiasticis personis venatio sit prohibita, illa potissima censetur: quia venatoria exercitia athletica videntur & militaria: quæ procul à cœlesti militia abesse debent: cùm ne militare Clericis permittatur: quandoquidem & Romulus Sacerdotes per omnem vitam militaribus officiis solutos esse voluerit, ut tradit Henricus Salmuth *in not. ad lib. 2. rer. memorabilium Guidonis Pancirolli, tit. 23. de aucupio. pag. 725. Eamq. rem explicatiùs prosequuntur Covarruv. in sæpe citato c. peccatum. 4. de reg. jur. in 6. p. 2. relect. §. 8. tom. 1. n. 3. fol. 237. Zoannet. de duplici venat. num. 27. & seqq. Sebast. Medic. in tractat. de venat. q. 8. & 9. prima part.* ubi plures adducit rationes, quare venatio, non item piscatus, Clericis interdicatur. Adde Dinnerum & Walther. *d. dissert. de jure venat. c. 3. conclus. 8. & Vngepaur. d. exercit. 5 q. 4. p. 254.* Eandem etiam rem eleganter pertractat Ioan. Bonifacius *in tract. de furtu. §. 6. n. 16. & Forster. junior. lib. singul. de dominio. c. 9. n. 13. & seq p. 235.* Quod si 88
tamen hujusmodi personæ saltus proprios, aut ferarũ vivaria haberent, quorum reditus ex solâ venatione consisterent: vel venandi jure in aliorum agris sive nemoribus uti permissum ipsis esset: tunc per constitutos ad hoc venatores laicos, non verò per se ipsos, licitè venarentur. *d. Clement. 1. §. porrò. ibiq. gloss. & Canonistæ communiter. de stat. monachor. Panorm. post. hostiens. in dict. c. 1. & 2. de cler. venat. Ioannes Saisen. in consuetudinib. Turonens. tit. 5. art. 1. glos. 2. col. 2. Prukmannus in d. §. venatio. c. 4. n. 78. & seqq. Zoannet. dict. loc. n. 31. Sebast. Medic. d. q. 8. n. 17. Georg. Mor. d. part. 1. c. 1. n. 45. & seqq.* Vide Henricum Neuwenhan *discurs. 19. apud Arumaeum vol. 3. de jure publ. th. 96. & seq. p. 834.* 89
Itemque Martinum Bonacinam in *tract. de contractib. & restitut. disp. 2. quæst ult. sect. 1. punct. 1. num. 3. pagin. 281.*

Similiter & cæteris hominibus, maximè rusticis & agricolis, ne in publicis locis ac saltibus sua retia, aut laqueos, aut alia quælibet instrumenta, nisi ad ursos, apros, lupos, aliasque noxias bestias capiendas tenderent, Imperatoris Frider. Constitutione interdictũ fuit: adeoque jus venandi ferè omne ad summos Principes translatum. *c. 1. §. si quis rusticus. 1. ver. nemo retia. ubi Alvarott. Martin. Laudensis, & alii de pace tenenda. in usib. feud. Wesenb. in parat. ff. de adquir. rer. dom. n. 7.* At quo jure? Vtique optimo. Cùm enim summi 90
Principes locorum publicorum dominia non modò legum concessione & jure quodam (ut loquuntur) superioritatis seu præeminentiæ; sed longa etiam consuetudine & usurpatione adquisiverint, *arg. l. litera. 3. ff. ne quid in loc. pub. l. de precario. 9. ff. ad l. Rhod. de jact. l. 2. ubi Bal. C. de quadr. præscr.* dubium non esse videtur, quin illis quoq; in locis, tanquam suis, venationis usum subditis suis, uti quilibet privatus, rectè prohibere potuerint, & possint, *arg. l. 2. ibi, nisi Imperator vetet. ff. de flumin. & l. 2. in princip. juncto §. si quis à Principe 16. ff. ne quid in loco publico.* Nam deterio- 91
ris, quàm privati, conditionis esse minimè debent. *l. item veniunt. 20. §. in privatorum. 9. ibique gl. ff. de petition. heredit. l. 3. §. 2. C. de privileg. fisci.* Quâ ratione venãdi potestatem, anteà jure naturæ omnibus hominibus communem, Imperatores vasallis suis, Electoribus, Principibus, Comitibus, Baronibus, Nobi-

Nobilibus, remunerationis ergò, quòd strenuam in
propugnando Imperio navârunt operam, unà cum di-
tionibus, in feudorum concessionibus (quas investi-
turas appellant) concedere potuisse, statuendum est.
Zoan. latè in suo tract. de dupl. venat. n. 42. & seqq.
nec non D. Bocer. in tract. de Regalib. cap. 1. num. 58. &
aliquot seqq. Adde responsum 16. Facultatis juridicæ
Ingelstadiensis. volum. 1. consilior. D. Besold. fol. 32. 1.
& seqq.
92 Quinimò non in publicis solùm locis, sed & priva-
tis ac propriis agris, omne venandi jus Principes, ter-
rarumque domini subditis suis ademerunt. Quæ qui-
dem ademptio an jure, vel injuriâ facta sit, mirificè
concertant Doctores? Sed eam juri nequaquam esse
93 contrariam, constanter affirmaverim. Etenim cùm
summus Princeps justâ & rationabili ex causâ, domi-
nium & jus alteri quæsitum auferre possit. *l. item si*
verberatum 15 ff. de rei vindicat. l. Lucius. 11 ff de evi-
ctionib. l. ædificia. 14 C. de operib. publ. & suprà, circa
initium hujus tituli numer. 98. 115. & sequentib copio-
sè demonstratum: multò certè magis subditis suis ex
justâ causâ venationibus interdicere poterit, *arg. l. non*
debet. 21. ff de reg. jur. & c. cui licet. 53. eod. tit lib. 6.
cùm ibi de damno vitando; hic verò de lucro tantùm
captando (quod in spe nimis incertâ & caducâ consi-
stit; ut nec in bonis nostris esse dicatur, *arg. l. precia re-*
rum. 36. in fine pr ff. ad L. Falcid.) agatur. *Zoan. de tr. de*
duplic. venat. num. 59. & seqq. Pruckman. d. §. venatic.
n. 41. Speckh. cent. 1. q. 97. num. 16 D. Halbritter. præfa-
tâ disp de jure venand. th. 8. ad lit. a. Iusta autem cau-
94 sa dicitur, favor publicæ utilitatis, *l. Barbarius. 3. ubi*
95 *Dd ff. de offic. prætor.* quæ hic maximè in consideratio-
nem venit. Publicè namque interest, ad pacem & tran-
quillitatem publicam tuendam (præsertim cùm absq;
armorum & tormentorum usu, id quod peregrinan-
tibus etiam periculosissimum esset, expediri vix que-
96 at) non esse commune omnibus jus venandi: cùm quia
communio parit discordiam. *l. cùm pater. 77. §. dulcis-*
simis. 20 ff. de leg. 2. l. in re communi. 26. ff. de servit.
præd. urban. l. qui neque. 8. in fin. ff de reb. eor. qui sub
tutelâ l. si non sortem 26 § si centum 4. ff. de condict.
indeb. leg sancimus. 34. §. ne autem communione 2. ibi-
97 *que Sichard. num. 5. Cod. de donat.* Tum quia subditi
concordiam alere debent, *arg leg si cujus 13 §. æquissi-*
mum. 3 ff. de usufr. l si quis ingenuam. 21. § fin. ff. de ca-
ptiv & postlim. Novell. 85. in princ. Sed & permissio
venationis indifferens, esset quoddam avocamentum
ab operis & laboribus necessariis & quotidianis, ab ar-
tificiis, & agri atque vini cultura: adeoque totâ vitâ ru-
98 sticâ, à quâ neminem abduci publicè utile est, *arg. aut.*
agricultores. C. quæ res pign. oblig. poss l. 2. ff de nundi-
nis. l. 1 ff. de feriis. l. 3 C. eod. l. 1. C. de coll fund. patrim.
cum similibus, congestis per Ripam in tract. pestis. c. de
remed. præserv. contr. pest. nu. 206. & multis seqq. Quo
respicit constitutio Ludovici Ducis Wurtenbergici,
Ann. Christi. 1588. edita, in præfat. ubi inter cætera hæc
habentur verba: Diese leichtfertige böse Buben / so
bald sie sich einest dem Wildbertschitzen ergeben / so
werden sie wercklos / faullentzer / Verthuner / Schwel-
ger / verderben Weib und Kinder. &c. Quin & si cun-
ctis indiscriminatim concessus esset venationis usus;
brevi temporis spacio ferarum species omninò depo-
pularentur: quas tamen servari publicè refert. Quan-
quam hanc rationem improbare videantur D. Andreas
Bayer & Weipprecht à Gemmingen *in disp de jure ve-*
nandi conclus. 9. ad lit. e. D. Besold. *l 1 polit. c. 4 nu. 41.*
& in tr. de jurib. Majestat sect 3 c. 7. num. 4 quem ex
d. dec 4. coroll 1, allegat. Verùm de istis, aliisque plu- 99
ribus causis & rationibus, ob quas Romanus Impera-
tor venationem prohibere potest, videndi sunt, *Zoan-*
nett. in nuper allegato tract. de dup. venat. num. 42 &
seqq. & ad l 2. Cod de pact inter empt. & vendit. num.
141, usque ad num. 192. Wesenbec. in parat ff. de adqui-
rend. rer. dom. num. 7. Pruckman. in dict sæpiùs §. ve-
natic. c 4. num 51 cum seqq. Speckhan. de cent 1 q 97.
Fachineus libr. 1. controvers jur. c. 1. Gilkenius in repe-
titione hujus §. num. 27 & pluribus seqq. Heigius. in
quæstionib jur tàm civ quàm Saxon. q. 15. numer 33.
cum multis in seqq. Arumæus Exercit Inst 4. thes 9.
Frantzkius exercitat. jurid. 4 quæst. 2. numer. 7. &
seqq. pag. 87. Cluten. lib 1 diatrib. Iustin. 17. quæst. 3.
Ludovic. Carbo in tract. de omnium rerum restitut.
quæst. 34. pag. 220 & seqq Paulus Christinæus ad lib.
11. Cod. tit. 44. decis. 84. num. 37. cum seqq. fol. 178.
volum. 5. Philipp. Adolphus à Münchhausen in suis di-
sceptationib juris controversi quæstion 42. Conrad. ab
Einsidel. in tr. de Regalib. cap. 3. num. 358. pag. 800. &
seqq. Nevvenhan discurs 19. apud Arum. vol 3. de in-
re publ. th. 48. & seqq pag. 826. & seq. Forster. iunior,
libro singul. de dominio. c. 9. num. 10. pag. 226. item nu.
33. & seqq pag. 241. & seqq Leonhard. Lessius lib. 2. de
iustit. & iur. cap. 5. dubitat. 7 num 33. cum seqq Hunni-
us libr. 2. variar. resolut. iur. civ. tract. 1. quæstion. 14.
& in resolut. ad volum. poster. Treutlers. disputat. 18. th.
3. quæst. 18. pag. 397. cum seqq. Gerhard. accad. 4. quæst
4. Hænonius Disput. 4. controvers. 5. & Matth Stepha-
ni cent. 2. quæ. 12. ad liter. b. Qui plerique omnes pro
nostrâ sententiâ magnum, non obscuri nominis, Au-
ctorum adducunt exercitum.

Non obstat huic sententiæ, quod quidam objiciunt 100
ex 1. cap. Genes. vers 26. & 28. Lege Dei universis ani-
mantibus, quæ moventur super terram, hominem do-
minari, eique omnia animalia esse subjecta. *Nam* & o-
mnem herbam fruendam homini eâdem lege dedit
Deus, ejusque dominio subjecit. *dict. cap. 1. versic. 29.*
quam tamen singuli hodie sibi vindicare non possunt,
sublatâ videlicet post lapsum bonorum communione.
Præterea, si textum istum Biblicum intelligeremus de 101
hujusmodi dominatu, qui in venatione vel occupati-
one ferarum consisteret: absurdum illud sequeretur,
quòd non tantum fera, sed mansueta quoque anima-
lia omnia, tanquam communia, à quovis occupari
possent. Quare ut inconveniens & absurdum istud e- 102
vitetur: dicendum est, hoc sibi velle dominatum illum;
ut omnes bestiæ, quantumvis ferocissimæ, hominem
tamen metuant & expavescant, eumque ceu dominum
suum revereantur. Hæcque expositio comprobatur ex
eâdem Genesi, *cap. 9. versic. 2* his verbis: *Et terror ve-*
ster, ac tremor sit super cuncta animalia terræ, & super
omnes volucres cœli, cum universis, quæ moventur su-
per

per terram,&c. ubi D. D. Lucas Osiander, insignis ille Theologus (*post D. Iohan. Brentium, pariter Theologum inclytum*) eleganter annotavit: restitui ibi humano generi etiam quâdam ex parte dominium in creaturas, cujus reliquias qualescunque hodie animadvertamus; quando videamus, quòd magnarum virium bestiæ fugiant aspectum hominis, aut pro arbitrio hominis multò inferioris, quoad vires, se tractari permittant: quòd etenim bestiæ quandoque in hominem sæviant; seditionem quandam, & pœnam peccati esse. *Vide Gilkenium hic num. 7. 36. & 37. itemq. Kubachium cent. 2. quæstion. illustr. politico-juridicar. decur. 3. quæst. 2. nec non Vngepaur. exercit. Iustin. 5. quæst. 4. pag. 214. edit. ult.*

103 Similiter nihil negotii nobis facessit, quod objicitur; Principem non posse tollere aut mutare, quæ sunt juris naturalis vel gentium. *§. sed naturalia. 11. supr. de jur. natur. gent. & civil. Distinct. 5. in pr. & can ultim. §. his itaque. Distinct. 6.* jus autem occupandi feras esse juris naturalis seu gentium, adeoque commune, *per hunc §. & l. 1. ff. de acquir. rerum. domin.* Princeps enim in genere quidem suo, & in totum jus naturale abrogare nequit; sed tamen eundem ex parte ab illo jure recedere, illi modò addere aliquid, modò detrahere, vel etiam illud ex legitimâ & rationabili causâ limitare atque temperare posse, nemo facilè negabit, *arg. l. jus civile. 6. ubi gl. & DD. ff. de iust. & iur. §. & libertas quidem. 1. juncto §. sequent. supr. de iure personar. & Nov. 89. cap. ult. Zoan. de tract. de dupl. venat. numer. 93. Vulteius hic num. 10. Menoch. cons. 100. num. 105. & seq. lib. 1. Donell. lib 1. Commentar. de iure civil cap 12. pag. 2[illegible] & Hotoman. ad d. §. sed naturalia. f. de iur. nat. gent. & civil. Enunciat. 1. Eâdem de re inspiciatur Knichen. in Commentat. de Saxon. non provoc. iur. cap. 5. num. 18. & seqq.* 104 Deinde feræ bestiæ, volucres, cæteraque animalia non eo modo omnium dicuntur communia, quòd in communi omnium dominio posita censeantur: sed potius, quod nullius sint dominio subjecta. Iam autem Princeps & moderator Reipublicæ ea, quæ nullius sunt, justa causâ interveniente, privatis interdicere, certoque hominum ordini attribuere potest: *ut multis confirmat Didac. Covarruv. in d. cap. peccatum. 4 p. 2. §. 8. num. 1. eumq. laudans Forster. d. cap. 9. num. 41. pag. 245. & seq.*

105 Pariter quoque non repugnat assertioni nostræ *l. iniuriarum. 13 §. fin. ff. de iniur* quæ negat, piscationem, aucupium, vel venationem prohiberi posse. *Quoniam* non de Principe sive Cæsare, sed de privato venationem aucupiumvè prohibente, intelligenda est. Idque inde constat, quòd adversus prohibentem injuriarum actionem concedit. Absurdum autem dictu videtur: subdito adversus Principem vel Imperatorem competere actionem injuriarum. *Atque ita istam leg. exaudit Zoan. dict. modo tract. num. 95. Pruckman. dict. §. venatio. cap. 4. num. 12. itemque Speckhan. d. q. 97 numer. 36.* Sed & allegata l. 13. non incommodè accipi potest de jure piscandi, venandi & aucupandi, quatenus adhuc alicubi commune est, non etiam occupatione vel præscriptione à quibusdam acquisitum. *arg l. in tantum. 6. in princ. ff. de rer. divis. & l. si quisquam 7 ff. de divers. & temp. præscript. D. Bocer. d. tractat. de Regalibus. cap. 1. num. 68. & in hoc §. num 33.*

An vero Electores, Principes, Duces, Marchiones, 106
Comites, Barones, Civitates liberæ Imperiales, & similes, Imperatorem, tanquam superiorem recognoscentes, subditos suos à venationibus repellere possint: majorem dubitationem habet? Et, non obstante *Cardinalis & Hostiensis, & Antonij de Butrio in cap. non est, extrà, de decim. Decy cons. 197. lib. 1. Iason. cons. 119. vol. 4. Schurff cons. 1. cent. 3. num. 12. Ioh. Fabri in §. flumina. 2. sub fin. vers. ego credo, quòd Barones f. h. t. & aliorum,* opinione contrariâ, affirmativè con- 107
cludendum est. Ratio est perspicua: quia Electores, Duces, cæterique modò relati, regalem dignitatem & Jurisdictionem perpetuam, & ad heredes transitoriam habentes, suis in ditionibus, Ducatibus, Marchionatibus & territoriis eodem jure, eâdemque potestate fruuntur, quâ Imperator sive summus Princeps in universo Romano Imperio, huncque illi repræsentant: & consequenter etiam contra jus commune, quoad subditos suos, statuere possunt. Imperator siquidem Ducem de Ducatu, Marchionem de Marchionatu, Comitem de Comitatu, Baronem de Baroniâ, investiens, omnem potestatem, quam ipse Imperator in istis territoriis obtinuit, transtulisse intelligitur, *arg. text. in c. 1 §. fin. quib. mod. feud amittat lib. 1 t. 5. §. rei autem de investiturâ de re alien. fact. libr. 2. titul. 8. in usib. feudor. juncto textu in l. usufructus. 7. & l. item si fundi, 9. ff. de usufructu.* Generaliter enim vasallus in re 108
feudali omnem potestatem & utilitatem, quam investiens habuit, consequitur. *Bald. in l. 1. quæst. 43. ff. de rer. divis. & in Rubr. c. un. quæ sint regalia. num. 1.* ubi 109
ait, Duces, Marchiones, & reliquos, regalem dignitatem perpetuo obtinentes, in suis Ducatibus & territoriis nihil à summo Principe, nisi ambitûs ratione, ceu scapham à navi differre. *Idem Bald. in l. more. 5. ff. de jurisdict. & in l. receptitia. 2. C. de constit. pecunia. & l. exemplo. 7. C. de probation. Specul. cons. 3. & cons. 66. lib. 3. Alexand. cons. 2. num. 9. lib. 1. consil. 1. numer. 29. lib. 5. cons. 12. numer. 9. lib. 7. Bart. in l. infamem. 7. num. 14. ff. de publ. iud. Paul. Castrens. consil. 34. num. 1. & 5. vol. 2. Natta consil. 454. num. 19. volum. 3. & consil. 636. num. 5. volum. 3. Roland. à Valle consil. 4. volum 3. Angel. consil. 139. Cuman consil. 158. & 162. Barbat consil. 34. libr. 2. Albert. Brunus consil. 3. num. 7. consil. 19. numer. 4. consil. 45. num 18. Curt. Iun consil. 1. num. 29. consil. 61. num 9. & consil. 100. Calcan. consil. 2. colum. 8. consil. 7. colum. 16. consil. 26. colum. 4. & consil 67. col. 2. Carol. Ruinus cons. 200. num. 2. libr. 2. & consil. 130. num. 2. lib. 5. Stephan. Bertrand. consil. 160. num. 4. lib. 1. & consil. 150. lib. 3. Nevizan. consil. 26. numer. 1. Aym. Cravett. consil. 145. numer. 2. Peregrinus de iure fisci. lib. 1. tit. 2. num. 81. & 92. Gail. lib. 1. de pace publ. cap. 6. num. 10 & 11. D. Halbritterus disp. de iure venandi Anno 97. habita. thes. 8. ad lit. b & idem latiùs in tractat. de iur. venand. cap. 2. Mynsinger. respons. 32. numer 22. Decad. 4 Bercholt. in d. cap. un. quæ sint regalia num. 8. in usib. feud. Ludolph. Schrad. tract. feud. 2 pag. 9. partis princ. sect. 10. num. 36. & seq.* ubi attestatur, hanc sententiam veriorem esse, & communi-

muniret approbatam. Eandem non obscurè tenet Pruckmann. *in Rubr.quæ sint regalia cap. 4. num.34. & seqq. & innumeri per eum adducti.* Quibus addantur, *Anton.Vsillus in §.sed ista 3 numer. 18 & seqq. inst de actionibus. Cacheran.decis. 88. num. 17. & Val. Guilielm.Forster.lib.4.tractation. Institutionear. ad Instit. Disp 1 th.2.sub lit.e.pag 233.*

Hinc receptiori Doctorum traditioni (quâ volunt, Principes, Duces, Marchiones, Comites, & consimiles statuta juri communi contraria in suis territoriis erigere, adeòque venationem prohibere posse) non adversatur *l fermam. 2. Cod. de offic. præfect. Prætor. Oriental.* ubi notatur, quòd Præfectus Prætorio, cui Duces, Marchiones, & Principes nostri temporis non malè assimilantur, contra jus civile nihil constituere possit. *Nam respondetur*; Principes & cæteros Magnates nostri temporis, majorem in suis territoriis potestatem habere, quàm præfectum Prætorio. Siquidem Imperator Principatum, Ducatum, vel Comitatum concedendo, omnem potestatem ac superioritatem, quam in eo obtinuit, simul concessisse atq; transtulisse censetur, *ut antè probatum*.

110 Item non obloquitur *cap. cùm inferior. 16. de majorit. & obedient. & Clement ne Roman.1. 2. in princ. de Electione.* ubi expressum est, inferiores non posse tollere legem superioris. Cùm enim Duces, Marchiones, & reliqui perpetuò regalem dignitatem obtinentes, in suis Ducatibus & territoriis, Imperatorem (*ut suprà dictum*) repræsentent, & jura Imperatoris habeant: dici non potest, illos in suis p[illegible] inferiores, Romano Imperatore esse inferiores. Proindeque si legem municipalem, juri civili repugnantem faciant: non rectè affirmatur, quòd inferiores legem superioris sustulerint.

111 Similiter non refragatur textus *in cap quod super his 9. de major. & obed juncto cap. omnes. 4. eod.* Licèt enim Episcopus in suâ diœcesi nihil contra jus civile vel canonicum statuere valeat: non tamen justâ hoc consequentiâ ad Principes seculares extenditur: cùm apertissimum sit, Principes seculares majorem in temporalibus, quàm Episcopos, habere potestatem. Et quod *in d.c omnes.* affertur; omnes Principes terræ, subditos esse Episcopis: id de spiritualibus negotiis, non verò de temporalibus, accipiendum est, prout plerique Doctores accipiunt, *arg c. illud dominus. 5. ext. de maior & obed.*

112

113 Denique minimè renititur textus *in l.ult. C. de legibus.* ubi leges condere, interpretari, & corrigere, soli Imperatori concessum est. *Loquitur* namque textus iste de interpretatione vel correctione, vim legis generalis obtinente; & quæ in universo Romano Orbe, tanquam lex generalis vigeat. Hæc sanè potestas soli Imperatori, non item aliis Principibus competit. In quæstione autem propositâ non agitur de tali juris civilis correctione, quæ vires suas in orbem universum exerat: sed quæ intra fines Ducatûs, Marchionatûs, Comitatûs, vel territorii coerceatur. Neque enim Ducis, Marchionis, vel Comitis constitutio juri civili contraria, id in universo Orbe Romano abrogat: sed in suo tantum Ducatu sive territorio, jus civile infir-

114

mat. Atque ita doctè & scitè respondet Dn. Iohannes Halbritterus, Collega mihi charissimus, *in leg. omnes populi. 9. ff. de justit. & jur. in quæst.3.* quem novissimè etiam referunt & sequuntur Reuter & Wülke *apud Arumaum d. vol 4. de jure publ. disc.37.th.10 p.148.*

Ex suprà scriptis non absurdè infertur: Electoris, Principis, Ducis, &c. Vicarios, Præfectos, vel Officiales propriâ auctoritate, & sine speciali mandato, venationem subditis sui domini adimere, sive inhibere non posse. Tum quia contra jus commune statuta condere, vel eidem derogare nequeunt, *arg. dict. l formam.2 C. de Of. præf. Prat. Orient.* Venationem autem juris communis esse, manifestò liquet *ex hoc § & l. 1. & 3. ff de adquir. rer. dom.* Tum quia licèt mandatum habeant generale expediendi, quæ ad Provinciæ, cui præsunt, gubernationem pertinent: non tamen generali mandato comprehenduntur, nec concessa intelliguntur, quæ ad alterius damnum vel læsionem vergunt, *Cravett. conf. 168 num.9 & consf.336.n. 18.* 115

116

Non solùm autem ratione ordinariæ potestatis, sed etiam cumprimis jure immemorialis præscriptionis, Principes, Comites, & his similes, subditis suis venationem prohibere possunt. Etsi enim ea, quæ meræ facultatis sive voluntatis sunt, sicuti censetur venatio, nullo unquam tempore præscribuntur, ut habet communis opinio, *de quâ Antonius Gabriel. Roman. libro 5 commun. conclusio. titul. de præscription. conclusion. 10. numer. 1* & probatur *per l. viam publicam. 2. ff. de viâ publicâ, & alia jura ibidem adducta*: attamen istud ita demum procedit, si nulla superioris prohibitio intervenerit. Prohibitione quippe interveniente, res etiam, quæ consistunt in merâ facultate, amittuntur: dummodo qui prohibitus est, per tempus jure determinatum, in prohibitione illâ adquieverit. *l. si quis diuturno. 10. ff si servitut. vindic. l. hæc autem. 6. ff de servit præd. urban. Innocentius, Panormitan. & Franciscus Ripa in cap cùm Ecclesia Sutrina. 3. de caus. possession. & propriet. Decius consil. 175. & consil. 215 Rolandus à Valle consil. 22 num. 20. cum sequent. & consil. 53 num. 20. & sequent lib. 2. Nevelthandisc. curs. 19 apud Arum. vol. 3. de jur. publ th. 61. & seq. pag. 828 Anton. Gabriel. dict. conclus. 10. numer. 13. Covarruv. in cap. possessor. 2. de regul. jur. in 6 parte. 2. relect. § 4. num. 6 & sexcenti ferè alii, per hos relati.* Atque hinc compertum est; ut, qui in flumine publico piscatur, si alios ipse (nemine ei contradicente) volentes inibi piscari prohibeat, & prohibitioni factæ non reclament illi, quorum interest: constituatur ex eo tempore in quasi possessione ibidem solus piscandi, ut & huic juri præscribere queat. Et ad istum sensum esse intelligendam *l. si quisquam. 7. ff de divers. & temporal præscript.* scribit Zoannettus *in tract. de duplici vena num 84, ac* [illegible] *Ioannem Fabri. Angel. Aretinum, & Christoph Portium in §. flumina autem. 2. sub tit Vbi num. 5. & alter istbane legem exaudiri posse, documus.* De eodem videatur *Cravetta de antiquit. temp. par 4. §. materia num. 81. cum seqq. & D. Borcrus hic num 25 & aliquot seqq.* 117

118

119

Similiter, si me volentem accedere aliud molendinum, quàm tuum, molendi gratiâ, prohibueris putas. 120

id

id tibi juris esse; & ego prohibitioni tuæ patienter acquievero: incipies tu quidem tunc esse in quasi possessione illius juris prohibitivi; cui per tempus longissimum postea præscribi à te rectè poterit: Ego verò jure cum cogar ad tuum molendinum venire, neque potero aliud, molendi causâ, accedere. *d. l. si quis diuturno. 10. ff. si serv. vind. Iason in l. quò minùs. 2. num. 28. 29. & seqq. ff. de fluminib. Boer. decis. 125. num. 5. Petrus Iacobi in pract. in libello super furno. Anton. Tessaurus. Decisi. Pedemont. 26. num. 2. 3. & seq. Rosenthal in synopsi feud. cap. 5. concl. 28. Abbas in c. Abbate sanctiSilvani. 25 de verb. signif.* ubi num 11. notat, extrajudicialem prohibitionem ad hoc sufficere: quem citat & sequitur *Zoannet. de tract at. num. 83. ad finem.* idipsum etiam tradiderunt, *Balbus de præscript. p. 4. quinta principal. & Roland. à Valle conf. 80. numer. 40. vol. 3. hosq; referens Ioh. Borch. In cap. ua quæ sint regalia numer. 37. in fin in usib. feud.* Quibus addendus est Qmrinus Kupach *cont. 2. quæstion. illustr. politico-iuridic. decur. 4. quæst. 2. pag. 355. & seqq.*

Eâdem igitur ratione cùm Principes venationis exercitium subditis suis, tàm in propriis, quàm in publicis agris sive sylvis ab initio prohibuerint; & illi huic prohibitioni provocando ad Cameram Imperialem, velipsum Imperatorem (quod quidem liberum ipsis fuit) non contradixerint; sed immemorialis temporis spatio acquieverint, & à venationibus abstinuerint: fatum est ut per hanc prohibitionem, à Principibus interpositam, & patientiam subditorum subsecutam, jus illud prohibendi Principes adversus subditos suos præscripserint: sicque hi, invitis illis, venationes usurpare ampliùs non possint: prout concludit Iacobin. de S. Georg. *in tract feud. verb. & cum vena-*
121 *tionibus num. 2.* inquiens: Cautela est pro dominis terrarum, ut interdicant subditis venationes: qui si prohibitioni non contradixerint, præscriptoque seu proclamari dominorum paruerint: dominos suos in quasi possessione prohibendi constituunt, ac jus tandem venandi per tempus immemoriale perdunt. Pari-ter, è converso alia cautela est pro subditis: ut a tali proclamate, quàm primùm eis innotuerit, provocent & appellent, seque ei opponant; ut hoc modo tuti sint, nec prohibitioni applaudere vel assensisse videantur. *Et has duas cautelas pro dominis & subditis tradunt, post Iacobin. de S. Georg. allegato loco, Rolandus à Valle conf. 9 num. 14. & seqq. vol. 2. Thomas Grammat. in decis. Neapolitan. decision. 67. num. 13. & seq. Franc. Balbus in tract. præscript. part. 4. quinta principal. qu. 5. nu. 4. Chasson. in consuetud. Burg. rubr. 13. §. 7. num. 4. & Eberhardus Speckh. cent. 1. qu. 97. num. 34.* Quibus addatur Jacobus Cancerius *part. 2. var. resol. jur. cap. 2. num. 98. & seqq.*

Proinde Principes, qui longissimo tempore, hominum memoriam excedente, per prohibitionem suam subditos à venationum usu excluserunt, atque ita jus illud prohibendi præscripserunt, optimo jure adversus
122 subditos suos muniti sunt. Etenim immemorialis temporis præscriptio obtinet vim & robur privilegii, ab Imperatore expressè & ex certâ scientiâ concessi. *c. super quibusdam 26. §. præterea. ibique gl. de verbor. signif.* *Alexand. conf. 6. lib. 1. Roldndus à Valle consil. 66. num. 60. lib. 2. Bellon. conf. 55. num. 5. Soarez. in commun. opin. lit. p. num. 223. Bocer. in tract. de regalib. c. 2. n. 190. & seqq. D. Hochman. resp. 24. vol. 1. consiliter. D. Besoldi. n. 62. cum seqq. fol. 345.* Item vigorem habet constituti sive concessionis, *leg. hoc jure 3. §. ductus aquæ. 4. ff. de aquâ quotid. & æstiv. Socinus conf. 181. col. penult. libr. 2.* & idem valet, quod pactum sive contractus. *Bald. consil. 185. libr. 1. Matthæus de Afflict. in c. unic. §. si quis per 30. annos. Si de feudo defuncti contentio sit. Cravetta conf. 10. num. 11.* Et habetur loco tituli, legitimè adquisiti, *Felinus in c. accedentes. col. 2. de præscript. Innocent in c. 2 de restitut. in integr. Cravetta de antiquitatib. tempor. part. 4. §. absolutiu. nu. 9. Vivius commun opin. lib. 1 opin. 242.* Imò æquiparatur veritati, *Bald consil. 24. libr. 4. Sylvanus conf. 59. num. 9. Bercholt in explicat. c. un. quæ sunt regalia. num. 17.* & facit verum omne possibile: nec non omnem defectum supplet, illuque, quod aliàs irritum, nullum & invalidum est, firmat, corroborat, validumque reddit. *Balb. in d. tract. de præscript. p. 1 q. 6. num. 8 Vasquius lib. 2. controvers. illustr. c. 81. num. 17. Bercholt. loco modo annotato.* Omnem insuper præsumptionem sinistram excludit, plenissimamque parit securitatem, nullâ de malâ fide aut titulo, quæstione, *Salicet. in l. 2. C. de serv & aq. Innocent in c. si diligêti 17. de præscrip. Ioan. Garf. de expens. c. 9. num. 21. & seq Vincent. de Franch. decis. 158 num. 1 & seq part. 1. Knichen in Comment. privil. Saxon. pag 139. & seq. Heigius in suis quæstionib. jur. q. 35. n. 50.* Et denique nunquam per legem vel statutum, utatur licèt verbis generalissimis, submota aut exclusa censetur, cùm præscriptio removetur & excluditur. *Felin in rubr. n. 18. & c. fin. colum. 6. de præscript. Balb. d. tract. de præscript. 2. part. 3. partis princ. q. 6. n. 21. & 5 parte 5 p. princ. q 9. nu 2. Cavyc. dec. 26. n. 4. Ioh. Hanib. in l. nemo potest. 55 n. 603. ff. de leg. 1 Pinel. in auth. nisi tricennale. n. 20. C. de bon. matern. Molin. in consuet. Paris. § 7. numer. 12. Ant. Gabriel. Rom. prædict. libr. 5. commun. concl. tit. de præscript. concl. 1. Pruckman in Rub. quæ sint regalia c. 5. num. 104. & alijper hos congestis. Addo Auctorem consili. Argentinens. 13. vol. 1. n. 18 & seqq. fol. 255. item conf. 67. n 10. & seqq. 10. Iun. 2 fol. 1168.*

Neque his, quæ in medium prolata sunt, refragatur 123
l. usucapionem. 9 & l. præscriptio 45. ff. de usurp. & usucap. præallegata l. viam publicam. 2 ff. de via publ quibus in locis negatur viam publicam, jus piscandi, & similia, quorum usus est publicus, præscribi posse. *Nam* secundùm communem interpretationem, respondendum; quod in illis legibus quispiam quidem solus viâ publica usus, vel solus in flumine publico piscatus fuerit, sed absq; aliorum prohibitione & patientiâ: quæ causâ est, ut cæteros iisdê rebus uti volentes, jure præscriptionis excludere non possit. Quæ enim meræ sunt facultatis (*ut venari, piscari, vel ambulare in loco publico, atque id genus plura*) non incipiunt possideri aut præscribi ex solo usu; sed ad præscriptionê inchoandam præter usû requiritur, ut quis alios rebus iisdê uti cupiêtes prohibeat, & illi post prohibitionê interpositâ usu earum rerum per longissimi temporis spaciû abstinéant;

neant; quibus concurrentibus, alios prohibens, praescriptionem istarum rerum inchoare & absolvere poterit, *ut s. num. 118. & seq. ostensum.* Cùm ergò Principes, aliique Imperii Status, venatui soli operam dederint, aliosque idem facere volentes tanto tempore, cujus initii nulla jam extat memoria, prohibuerint; & illi factae prohibitioni acquieverint: inde efficitur, praedictos Principes jus prohibendi subditos à venationis exercitio, temporis immemorialis cursu justè adquisivisse. *Zoannet. in saepè citat. tractat. de duplic. venat. num. 84. & seq. Wesenbec. in parat ff. de adq. rer. dom. num. 7.*

124 Illud tamen annotatu dignum censeo: eos, quibus isthaec venandi facultas legitimè concessa, vel adquisita est, sic debere eâ uti, ut aliis non noceant. Tum quia nemo suo commodo, cum proximi incommodo studere debet. *l. jure naturae 206. ff. de reg jur* Tum quia nec olim, quando cuivis jure gentium venari permissum erat, licebat alteri occasione aucupii vel venationis damnum inferre, *arg. 4. d. l. divus 16. ff de servit. praed. rustic.* Ideoque si illius occasione per ferarum multitudinem & grassaturam messibus, segetibus, aut fructibus in fundis vicinis enatis damnum venatores seu saltuarii intulerint, ad refusionem istius obligati sunt: nec eos à praestatione illati damni relevat, si feras in vicinorum agros egredientes, occidere permiserint: sed ipsas feras aut sepibus includere, aut diminuere, aut liberam venationem vicinis concedere tenentur, *arg. l. 2. § fin ff. si quad. paup fec. dic l. item Mela. 11. § item cum eo. 5. & l. qui occidit. 30. §. in hac quoq; 3. ff. ad l. Aq. l. hi enim. 40. cum duab. seqq ff. de aed. edict. l. item quaeritur. 13 in princ. ff. locati Covarruv. in s. alleg. cap. peccatum. p. 2. relect §. 8. num 11. D. Halbritter. in Disputat. de jure venand. Anno 86. thes. 21 & 22.* Newenhan *discurs. 19. apud Arum. vol. 3. de jure publ th 67. & seq. pag. 829. Arnis de jur. majestat. lib. 3. cap 4. numer. 2. in fin. Treutler. vol. 2. disput. 20 de rer. divis. & acq ear. dom. th. 3. lit. A ibique Bachovius in suis animad Lessius lib 2. de just. & jur cap 5. dubitat. 7. num. 37. Gail libr. 2. observ. pract. obs. 68 num. 10.* ubi ex Dominici à Soto *de just. & jur. lib 4. quaest 6. artic. 4.* sententiâ gravissimè admonet sylvarum dominos, & eorum saltuarios, ut innoxios habeant saltus, ne ferae in privatorum agros gregatim excurrant, & sata magno pauperum dolore & damno depascantur: & si aliter fiat, damna integrè solvant. *Idem quoque tradidit Martinus ab Azpilcuet. in Enchirid. confessarior. cap. 57. sub num. 124. & seq. huncque citans Georgius Mor in tractat. de iure venand. part. 1 capit. 4 numer. 20. item D. Bocer. hic numer. 36 cum seqq. Wehner. libr. sing. observation practic. lit. F. in verb.* Forstrecht. *&c. pagin. 149. edit. ult. & Haydenr. in Disput. de iure venandi. &c. thes. 22 60 & seqq.* Quò spectant elegantissimi Poetae, Pauli Melissi, *2. Paraeneticor.* 29. versus, quos ad Divum Fridericum IV. Elect. Palat. scripsit, *referente Haeslichio Progymnasmat. Namicar. cent. 1. decur. 3. posit. 10.*

Cùm libet in sylvis FRIDERICE errare vagando,
Et petere agrestes ferro, animoque, feras:
Sic tibi venandum perpendito, ne grave damnum
Subjectis, aut fruges, ipsaque terra ferant.
Qui nimis indulgent crebris venatibus illos
Cernimus in brutas degenerare feras.

Vnde immortali laude dignus est Ludovicus Comes Palat. Elect. qui cùm aliquando graves querelae de feris ad ipsum deferrentur, & adjiceretur ab eo, qui subditorum nomine querelas istas submisse reponebat: Celsitudinem ipsius, nisi in tempore huic malo remedium adhiberet, amissuram subditorum preces, è vestigio clementer respondit: malle se ferinâ carne prorsus carere, quàm subditorum preces amittere: nunquam enim sibi tam gratam esse aut fuisse carnem ferinam, quàm subditi longè sint ac fuerint chariores: malleque se subditorum commodis, quàm voluptatibus, quae ex usu ferinae carnis proficiscuntur, consulere: simulque mandatum dedit, ut ferae magno numero sternerentur. Ita testantur (post D. Besoldum) Dn. Andreas Bayer & Weipprecht à Gemmingen *d. Diss. de iure venand. conclus. 19. sub lit. C. pag. 19.*

Isthaec autem doctrina licèt juri communi & aequitati omninò sit consentanea: jure tamen consuetudinario usuque receptum est; ut Princeps, caeterique Magnates, non teneantur subditis ad damnorum refusionem; quamvis liberam ferarum venationem inhibuerint, & exindè sata & frumenta in subditorum agris depasta sive absumpta fuerint: quae sanè consuetudo iis in locis, ubi immemorialis temporis curriculo viguit, etiamnum observanda, vel potiùs toleranda videtur. *dict. l. hoc iure 3. § ductus aquae. 4. ff de aq. quotid. & aest. d. c. super quibusdam. 26. §. praeterea, ibiq; Canonista. de verb significat.*

Hinc convenienter quaeri potest: nunquid consue- 125
tudine vel praescriptione queat induci: ut subditi prohibeantur feras bestias ex propriis agris, stantibus & pendentibus adhuc fructibus abigere, & latratores molossos ad eam rem habere? Et negativè respondendum existimo: tum quòd ejusmodi consuetudo vel praescriptio irrationabilis est, & propterea non admittenda, *arg. l. quod non ratione. 39 ff. de legib. Nov. 134. cap. 1. circa fin. ubi gl. de consuet. can. mala. & can. frustra. Distinct. 8. cap. 1 de consuet. lib. 6. Signorol. de Hemodeis. consil 50. numer. 9. Ruin. consil. 155. num. 12. libr. 4. Paris. consil. 27. num. 52. libr. 1.* tum etiam, 126
quòd publicae utilitati adversatur. Publicè namque interest; sata & frumenta, ad sustentationem hominis comparata, à feris non devastari. *§. in pecudum. 37 infr. h. t. l. in pecudum. 28. in fin ff. de usurp. Pruck. in dict. §. venatio. cap 5. num 3.* Consuetudo autem publicae utilitati adversa ac damnosa, non est recipienda, *arg. l. fin. C. si contra jus vel utilitat. public. &c. & c. venerabilis. 37. de praebend. Alvarot. in cap. 1. in princ. num. 2. circa med. de feudi cognition. Cravet. consil. 952. num. 21. Ioach. Cluten. libr. Diatrib. novo justin. 17. quaest 4.*

Nec obstat, quòd omnia jura consuetudine & prae- 127
scriptione induci possint. *l. de quibus. 32 ff. de legibus. l. hoc iure. 3. §. ductus. 4. ff. de aqua quotid. & aestiv.*

l. si quis

l. ficus 3. & l. omnes 4. Cod. de praescript 30. vel 40. ann. & l. licèt 8. Cod. de jure delibere. Illud enim procedit, si
jus, quod per praescriptionem seu consuetudinem inducere volumus, rationabile est, nec à publicis commodis abhorret: secus est, si jus praescriptione quaerendum, & rationi, & publicae utilitati repugnat: quo
casu neque praescriptione, neque consuetudine obti-
128 neri, aut adquiri posse, verius est: Atque ex his deducitur, nec talem quidem consuetudinem sive praescriptionem induci posse, quâ agricolae & rustici prohibentur agros suos, frumentis consitos, sepibus munire, quibus feris bestiis ingressus includatur, atque frumenta illic sata conserventur. Nam & consuetudinem, ceu irrationabilem, & publicae utilitati adversantem, non valere judico; *cum clarissimo Collega meo. D. Halbrittero; in tract. de jure vendit. cap. ult.* Quomodo porrò differant consuetudo & praescriptio, explanatè tradunt Aymo Cravett. *in tract. de antiquitateb. tempor. p. 4. num. 1. cum seqq.* & Georg. Mor. *d. tract. de jur. venand p. 2. cap 6. nu. 23.*
129 At quid, si rustici agros suos palis sive lignis nimis acutis munire & circumsepire cupiant, quibus ferae transcendere intendentes, facilè transfigi possint? Et hujusmodi sepimentum, quo feris periculum creatur,
in iis locis, quibus interdicta est venatio, ipso jure esse
130 prohibitum, probabilius est. Quicquid enim in fraudem juris alieni agitur, legibus prohibitum censetur. *l. cum his. 8. § si cum his 20. ff. de transact. l. in fundo. 38. ff. de rei vind. l. 1 § 1 ibiq. gloss ff nautae, caup. stabul. l. magis puto. 5. §. si pupillus 5. ff de reb eor qui sub tutel.*
131 *l. § ille autem 41. C. de lat. liber. toll.* Toties autem in fraudem aliquid fieri intelligitur, quoties in vicem actûs prohibiti alius surrogatur, in quo prohibitio non cadit, dum idem modò effectus sequatur, *ut pluribus edocet Cravet. cons. 862 num. 13.* Quando igitur populares sive rustici, quibus venationis exercitium in fundis etiam propriis ex inveteratâ Germaniae consuetudine ademptum est, ejusmodi noxiis sepimentis agros suos vallant: in fraudem venationis prohibitae
132 illud moliri reputantur. Praetereà, quamvis omni jure unicuique liceat non modò corpus, sed & bona sua, contra inferentem vim & damnum; tueri atque defendere. *l. ut vim 3 ff. de just. & jur. l itaq. 4 l. sed etsi. ff. ad l. Aquil. l. 1. §. vim vi. 27. ff de vi & de vi arm leg 1. C unde vi. l furem 9 ff. ad L. Cornel. de sicar. l. 1 & 2. C quando liceat unic. sine jud se vind.* haec tamen tuitio defensioque sic moderandâ est; ut, quoad ejus fieri potest; citra detrimentum & laesionem offendere conantis exerceatur. *l. scientiam, 45. §. qui, cum aliter 4 ff. ad l. Aquil. & multis concordantibus, infr. in § item lex Cornel de Sicar. 5. tit. de publ. jud. num. 113 172. cum seqq. & passim allegatis.* Quare cum rustici & plebeii damnum, quòd à feris metuunt, extra earundem internecionem commodè (putà istas ex agris suis abigendo & fugando) evitare possint; etiamsi eam periculosas sepes non faciant: consequens est, hujusmodi perniciosa septa, quibus vitae ferarum insidiae struuntur habere illis permissum non esse, Atque huic sententiae novissimè subscripsit Joachimus Cluten. *in diatrib. 7. quaest. 3.*

Ex quo infertur; quòd, licèt fera bestia hominem 133
laedens, non refragante venationis prohibitione; per
superiorem interpositâ, impune occidi queat, *arg. l. un. C. de venat fer.* non tamen licitum sit, feram, in agris nostris deprehensam, & frumentis damnum inferentem, capere vel interimere: cùm eam facilè expellere, & in fugam convertere valeamus, *arg l Quintus 39. § quamvis 1 ff ad l. Aquil.* ubi Pomponius respondit; quod nemo possit alienum pecus, in agro suo deprehensum, propter damnum datum detinere & includere; sed quod vel abigere, vel dominum, ut suum recipiat, admonere, & damni nomine propriis a-
ctionibus adversus eundem dominũ experiri debeat. 134
Huc etiam pertinet, quòd is; cui jus venandi in sylvâ aliquâ competit, prohibere possit, ne quis absque urgente causa globum in illâ sylvâ emittat, vel bombardam exerceat, atque ita feras per graviorem bombardae sonum in alias sylvas fuget, *arg. l loci 4 § si quis
diuturno, 10 § fin ff si servit. vindic.* ubi constitutum 135
est, neminem posse, ad diminutionem vel impedimentum servitutis, aliquid facere, vel instituere. Cùm ergò globorum emissio venationi ferarum, quae ad dominum loci spectat, impedimentum adferat, aut saltem ferarum numerum diminuat: manifestum fit, quòd loci vel sylvae venatoriae dominus indiscretam bombardarum sive sclopetorum exercitationem inhibere valeat. Diversum autem est, si quis proprii corporis, vel bonorum suorum defensionem suscipere cogatur. Tunc etenim, non obstante hujusmodi prohibitione: bombardam exonerare, globumque emittere poterit, *per tex. in l. si quis fumo 49 § 1 ff ad l. Aquil.* ubi traditum est, quod quispiam corpus & res suas, etiam cum alterius innocentis jacturâ & detrimento, tutari possit: si citra damnum & injuriam alterius sylvae illae conservari nequeant. Vide tamen, *quae notavimus in §. item lex Cornelia de sicar. 5. infr. de publicis jud. nu. 112 113. 172 & seqq.*

Porrò jus illud venandi (quod Principes, Comites, 136
Barones, & similes, etiam in praediis alienis habere, suprà abundè demonstratum est) qualis servitus sit, ingens inter nostrates pugna est, & contentio: Primùm enim alii istud inter servitutes reales censeri posse autumant, antesignano Zasio *in intellect. singul. libr. 1. cap. 11. & ad § aquè a num. 24 inf. de action. & cons. 6. num. 30. lib. 2* quem sequitur Gail *libr. 2. observ. 66. num 1. & 2* ubi secundùm hanc opinionem propter notissimam Germaniae consuetudinem; in Camerâ Imperiali judicatum attestatur. *& lib. singul. de pignorat. observ ult. num. 7.* Eundem sequuntur: *Hieronym. Schurff cons. 1 contur 3 num. 42. Hartmannus Hartmanni practicar observ lib. 2. cap. 4. Mynsingerus lib. 2. cap. 36. num 7. Modestinus Pistoris cons. 14 num. 29 vol. 2 Treutler. disput. 20. thes 3 liter. b. vol. 2. Scipio Gentil. de divers. de donat. tit. 24. Georg. Mor. d. tract. de jur. venand. part. 2. cap. 3. num. 4. & seq.* Sed labi- 137
tur, cum suis asseclis, doctissimus Zasius: quoniam realis servitus ipsi praedio debetur. *§. ideò autem 3. infr. de servit. praedior. & l. 1. §. 1. ff. commun. praedior.* At jus venandi ipsi praedio, putà castro aut villae; non debetur. Tum quia jus illud non ad ipsiusmet prae-

di, sed hominis utilitatem pertinet: cùm tamen realis servitus in usum & commodum prædii constituatur, ut inde melius & utilius efficiatur vel conservetur. *l. quoties 15, in princip. ff. de servitutib. l. ergò 5. in fine. & l. seq. ubi gloss. in verb. usufruct. ff. de servit. præd. rustic.* Tum quia realis servitus, maximè rustica (secundùm multorum Interpretum opinionem, *quos recensuimus ad § ult. num. 17. infr. de servitutib. prædior.*) constitui nequit, nisi illis prædio, quod confine & vicinum sit, & proximè assitum prædio servienti, non remotum ab eo *d. l. ergò 5 §. 1. ff eod. l. Mela ait 14 §. ult. ff de aliment. leg. cum concordantib.* Atqui longissimè plerunque distant arces, castra, & domus Principium: Comitum, Baronum, Nobilium, interpositis sæpenumero amplissimis, iisque multis privatorum prædiis, ab hisce sylvis & nemoribus, in quibus jus venandi habent. Igitur jus venandi in prædiis alienis, realis servitus minimè erit; ut, *post Zoannet. in tract. de empt. & vendit sub pacto retrovendit. nu 194 & seqq.* rectè sentiunt & scribunt D. Collega Bocerus, *class. 1. disp. 3 thes. 23 ed. 2. item in tract. de jur. & commode senteru. &c lib. 2. cap. 2. nu 67. & seqq.* Philip. Hoenon. *disp. quæst. illustr 5 controv. 1. & Pruckman. in præallegat. §. venat. cap. 2. nu 4 & seqq.* itemq; Cluten. *d. diatrib. 17. quæst. 6.*

138 Alii deinde jus venandi, servitutibus sive juribus personalibus aggregandum arbitrantur: *Bald in l. penult. num 12. col 3. vers. item si debeas mihi servitutem. C de condit. insert. & Bruckmann. d cap. 2 num. 1. & 12.* Sed & hæc opinio erronea videtur: propterea quòd plusquàm manifestum sit, jus istud perpetuum esse, & ad heredes sive posteros transitorium? id quod planè contrarium est servitutibus seu juribus perso-

139 nalibus: quæ cum personâ, cui debentur, statim extinguuntur. *§. finitur 3 inf de usufruct. l. usus aqua. 21 ff. ff. de usu & habitat l. Lucius 37 ff. de servit. rustic prædior. l. sicut. 3. §. ult ff. quib. modis ususfruct. amitt. l. cù in fundo 78. in princ. ff de jure dot. l. in omnib. causis id observatur 68. & l. privilegia. 196. ff. de reg jur. l. corrupt. 16. C. de usufr. c. privil. 7. de reg jur. lib. 6.*

Alii præterea venationis jus à realibus & personalibus servitutib. quidem separant: pactis tamen perso-

140 nalib. annumerant, *Accurs. & Bartol in l. ut pomum 8. ff. de servit. & alii, per Zasium & Gailum locis privatis citati, Quibus addatur Leopold Hauckelman. disp. 7 illust. quæst. thes. 19. lit. I.* Ast ineptum hoc est, & planè frivolum commentum. Pacta siquidem cùm nihil aliud sint, quàm conventiones, *l. 1. §. conventionis 3 ff de pact. l. pactum 3 in princip. ff de pollicitationibus*, promdeque facta, & hominum actiones, à quibus jura meritò separantur: haud rectè jus venandi inter pacta connumeratur. *D. Bocerus d. class. 1. disp. 3 thes. 25.* Sed & si pactum quoddam personale esset ista venandi libertas; personam non egrederetur: siqui-

141 dem pacta personalia ad tertium non extendantur. *l. idem in duob. 25. §. 1. l. si unus 27. § pacta, quæ 4. vers. ante omnia ff. de pactis.* At consequens falsum est, ut antè dictum, & quotidianus usus Germaniæ in isthoc jure venandi demonstrat. Ergò & antecedens *Zoann. in tract. de dupl. venat. nu. 104.*

Adhæc alii, venationem esse servitutem jurisdictionalem affirmant, *Zoannet. in d tract. de empt. & vendit sub pacto retrovendit. num. 205. & seq. & d. tract. de duplici venat. num. 105. & seqq. & Sebast. Medic. tract. de venat. part. 2. quæst. 2. num. 5.* Verùm & hi graviter hallucinantur: eò quod venationis jus toto genere à juris dictione differt. Iurisdictio enim est potestas juris dicendi, hoc est, potestas reddendi sive decernendi jus lege constitutum: decernendi, inquam, personis & negotiis, ad quæ pertinet. *l. 3 ibi, jus dicit. ff de offic. ejus, cui mand est jurisdict. l. meminisse. 10. ibi. debet jus dicere ff. de offic. Proc. l SCto. 16. ibi, jus dicatur, item ibi, et jus dicendum est. ff. de offic. Præs. l. penult ibi, jus reddere dicitur, & ibi, cùm iniquè decernis ff. de just. & jur. & similibus, à D. Bocero d. disp 3. thes. 23. ad lit. b. allatis* Vide, quæ annotata sunt *ad §. sed hoc jure 4. num. 4. supr. tit de Atiliano tutore.* Sed & negatur ejusce modi jurisdictionalem servitutem in rerum naturâ esse, aut fuisse, aut futurum esse. Et licèt maximè esset: venandi tamen jus eò accommodari minimè posset: cùm illud non jurisdictioni debeatur. Alioquin qui jus venandi in alieno haberet, jurisdictionem quoque ibi exonerare posset: & contra, qui jurisdictionem habet, ei etiam venatio competeret: id quod absurditate non caret. *Hunnius & Kyllinger. d. disput. Basiliens. de jure venandi. thes. 6. sub liter. c. in fine.* 142

Alii denique jus venandi regalibus computandum esse, contendunt; *Iacobin. de S. Georg. in tract. feud. §. & cùm in venationib. nu 9. Petr. Frid Mindan. tract. 2 de mandat judic. cap 36. num. 7. pag 257. Andr. Knichen in Comment. de Saxon non provocat. jur. cap. 5. pag. 169. & tract. de vestiturar. pactionib cap 2. nu 35. eumq, etiam citans Iacob. Schult part. 1. quest illustr. Modest. Pistor. quæst 15. num. 11. Sebast. Medices dict. tract. de venat. part. 1. quæst. 27. Menoch. consl. 302. num. 31. Quint. Mandos. de inhibit. quæst. 62. num. 2. Pruckmann. crebrò allegato §. venatio cap. 1. num. 5. Wehnerus in lib. singul. pract observat. lit. F in verbo,* Forstrecht, *&c. pag 150. edit. ult. Christoph. Mingius in tract. de superioritatis territorial. cap 6. num. 78. Rutger. Ruland. de commiss. part. 1. lib 2. cap. 8. num. 1. & 3 Matth. Stephan. lib 2. de jurisdict. part. 1. cap. 7. num. 343. cum seq. & Petr. Heigius in quæstionib. jur. tam civil quàm Saxon. part 1 quæst. 15. num. 44. & seqq. ubi ad hoc allegat testimonium Caroli Sigonii, de regno Ital lib. 13.* Quibus suffragari videntur D. Lansius & Winandus à Petersdorff, *in Disput. de regalib. thes 233. pag 33. Adde Warmser. & Bervviz. exerc. 3. de jure publ. quæst. 9. circa fin. pag 112. itemq, justum Senelt, aliàs Schüz, Exerc. juris disp 5. thes. 8. pag. 69. & seq.* 143

Sed contraria sententia uti receptior; ita & verisimilior est. Eaque confirmatur primò *l. item si fundi. 9. §. aucupiorum 5. l. usufructuarium 62 ff. de usufruct. l. venationem 26. ff. de usur.* Ex quibus locis apparet, jus venandi, atque reditus ex venatione perceptos ad privatos spectare: ita ut etiam ab usufructuario jus illud usurpari, reditusque venationum percipi possint. Vnde consequens est; jus istud non soli Principi sive 144

Im-

145 Imperatori competere. Secundò, Regalia sunt jura soli Imperatori in signum superioritatis ac præeminentiæ, ad Imperii decus, dignitatem & majestatem conservandam, vel ad salutem ac utilitatem publicam tuendam, concessa, *arg. constit. Friderici Imp. de pace Constant. §. voluminib. & regalia. ibi, quæ specialiter ad nostram excellentiam spectant Herman. Vultej. de feud. lib. 1. cap. 5. num. 7. Henric. à Rosenthal. in synopsi feud. cap. 5. conclus. 2 & Feudista pleriq. ad tit. 56. Quæ sint regalia lib. 2. feud.* At venationem ad dignitatem, majestatemque Imperii conservandam non pertinere, neque etiam per illam, utilitatem publicam augeri, clarius est, quàm ut probatione ullâ egeat. Ergo ve-
146 natio regalibus associanda non est. Tertiò, Regalia, semel ab Imperatore alicui data, non possunt ab accepto re sine illius assensu in alium transferri, seu alienari. *Ægid. Boss. in tit. de reg. num. 35. Bartol. in l. 1. C. de petition. b. bonor. sublat. Bertachin. de Gabell. in 1. part. quæst. 1. 4. Anton. Peregr. lib. 1. de jure fisci. tit. 2. nu. 101.*
147 At verò quotidianâ convincimur experientiâ, quòd jus venandi à Principibus, Comitibus, Baronibus, aliisq; quibus id Imperator dedit, in alios absq. hujus consensu transferri possit. Quotidie enim ejusmodi alienationes fieri solere, cernimus: quod certè non exiguo est argumento; venationem inter regalia refe-
148 rendam non esse. Quartò, privatus regalia sine Imperatoris permissu usurpans, crimine læsæ majestatis se polluit, *arg. l. 3. in fin. ff. ad l. Iul. Majest. Paul. Castrens. cons. 423. col. penult. vol. 1. Panorm. cons. 3. col. 1. vol. 2. Decianus in praxi rer. criminal. lib. 7. cap. 9. num. 11.*
149 Sed venationibus contra Principis voluntatem, in locis interdictis utens, quamvis delinquat, & puniendus sit: non tamen propterea crimen læsæ majestatis contrahit, *ut tradit Wesenbec. in parat. ff. de adquir. rerum dom. nu. 7. ad fin. arg. l. injuriarum 13 § si qui me 7.*
150 *ff. de injur.* Quod etiam ex eo manifestum est: quia ab omnibus recepta est conclusio; eum, qui semel tantum adversus Principis prohibitionem venatus est, non morte mulctandum, sed mitiùs puniendum esse *ut infr. suo loco audiemus num. 304 & seqq.* Quod jure fieri non posset, si contra Principis edictum venan-
151 tes, læsæ majestatis crimen committerent. Iuris namque indubitati est, pœnam criminis læsæ majestatis, esse mortem naturalem. *§. publica autem 3. infr. de public. jud. l. quisquis 5. C. ad l. Iuliam Majest.* Quintò, suffragatur nostræ sententiæ *text. in d. tit. 56 quæ sint regalia lib. 2. feudor.* ubi Imperator Fridericus omnes & singulas regalium species accuratè enumerat; & tamen nullam venationis mentionem facit. Unde evidenter colligitur: jus venandi regalibus nequaquam
152 adscribendum esse. Tum; quòd ea, quæ lex non dicit, nec nobis dicenda sint 1 &, ubi deficiunt legis verba, ipsa quoque deficiat dispositio. *l. quod constitutum. 21. ff. de testam. milit. l. dies 4. §. totiens 6. ff. de damnat. infect. l. illam 19 §. de collatione. ubi Cynus, post princip. Bartol. nu. 2. Salic. nu. 1. Alex. nu. 1. Iason. nu. 6. Decius num. 5. C. de collationib. Novell. 18. cap. 5. can. consuluisti 18 §. & quod sanctorum caus. 2. quæst. 3. cap. inter corporalia 2. § sed neq. de translat. Episcop. cap. illa. 2. Ne sede vac. aliq. innov. cap. ii, qui. 28. de sentent. excommunicat. lib. 6. Cæsar Contard. in leg. diffamari. cap. 4. num. 152. C. de ingen. manumiss. & in l. un. notabil. 1. num. 5. C. si de moment. possess. fuer. appellat. Crete. in l. 1. §. si quis simpliciter 2. num. 16. ff. de verbor. oblig. Thomas Ferratius caut. 9. num. 4. Borg. Calvac. in tract. tut. & cur. num. 98. Latè Tiraquell. in l. si unquam 8. verb. libertis num. 2. Cod. de revocand. donat.*
Tum; quòd casus omissus, id dispositione juris communis remanere debeat, *l. si cùm dotem 22. in princip. ff. solut. matrim. l. commodissime 10 ubi Bartol. Alex. Iason. & Dd. ff. de liberis & posthum. cap. susceptum 6. de rescript. lib. 6. Everhard. in topic. in loc. ab equipoll. num. 13. Peckius in tract. de testam. conjug. lib. 4. cap. 37 num. 1. & lib. 5. cap. 1. & cap. 2. num 2. & cap. 20. nu. 1. Mantic. in tract. conject. ult. volunt. li. 3. tit. 19. sub nu. 5. Sapia. in l. 1. num. 61. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict. Hippolytus de Marsil. cons. 13. num 14. cons. 30. num. 1. cons. 61 num. 2 & cons. 101. num 6.* 153 Tum; quòd illa, quæ notabiliter fieri debent, nisi specialiter notentur, sive expressè ponantur, consultò quasi neglecta omissaque videantur. *l. item apud Labeonem 15. §. hoc edictum 26. ff. de injur. gloss. in authent. qua in provincia verb. excipitur. C. ubi de crim. in agi oport. Pinel. in l. 2. part. 1. cap. 1. num. 3. C. de rescind. vend.* Postremò, 154 hanc sententiam nostram amplectuntur *Philip. Decius cons. 197 Tiraquell. de Nobilit. cap. 37. num. 156. Wesenbec. in paratit. ff. de adquir. rer. dom. num. 7. circa fin. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 5. num. 7. D. Halbritter. in d. tract. de jure venand. cap. 1. D. Becerus class. 5. disput. 3. thes. 24 & disput. 1. thes. 52. edit. 1. idemq. in tract. de regalib. cap. 1. num. 39. & seqq. Treutler. disput. 20. de rer. divis. & acq. ear. dom. thes. 3. ad lit. b. vol. 2. ibiq. Hunnius in suis resolut. quæst. 20. pag. 401. parte. Nicllus disput. feudali. 11. thes. 3. Valent. Guil. Forster. lib. 3. tract. Iustin. Disp. 6. thes. 8. & Cluten. d. diatrib. 17. quæst. 10. pluresq. alij.*

Restat nunc, ut fundamenta contrariam partem sive opinionem approbantium, diluamus. Primò itaq; 155 non obstat *§. si quis rusticus 5. vers. neme retia. tit. de pace tenendâ, & ejus violatoribus tit. 27. lib. 2. feudor.* ubi cùm Imperator omnibus indistinctè hominibus venationem prohibuerit: solus ipse relinquitur, cui ea competat. Unde consequens videbatur, ius venationis de regalibus habendum esse. Regalia enim sunt, ut *jam suprà num. 145* docuimus, quæ soli Imperatori Romano in signum præeminentiæ conveniunt. Non obstat, *inquam.* Non Imperator Fridericus ibi non generaliter omnem omnino, sed certam solummodo aliis prohibuit venationem, nimirum eam, quæ in alieno; non autem, quæ in proprio solo exercetur. Etenim in toto isto titulo sive constitutione (ut ex præcedentibus & consequentibus patet) id unicum egit; ut concordiam; pacem & tranquillitatem publicam inter subditos muniret atque conservaret: eaque omnia, quæ dissidiorum, seditionum, tumultuum, & rixarum occasionem quovis modo dare, adeoque pacem & tranquillitatem publicam turbare aut violare possent, inhiberet & præcideret. Cæterum venatio, quæ in proprio fit solo, ejusmodi non est; ut ob eam jurgia, lites, contentiones, & tumultus, quibus publicapax

156 ca pax turbatur, moveri, contratique queant. At, quæ
venatio in alieno contra domini voluntatem institui-
tur, hæc ansam & materiam dissidiorum, tumultuum
& cædium præbere consuevit : cùm plerunque do-
minus eam iniquo animo ferre, seq; opponere soleat.
Non dubium igitur est, Imperationem *in d. divers. ne-
mo retia.* eam duntaxat venationem, quæ in alieno,
non item, quæ in proprio fit agro, interdixisse: atque
sic isthac sua constitutione, contra jus naturale & gen-
tium, jus venandi penitus abrogare, idque regalibus
157 attribuere, minimè voluisse. Quælibet enim lex seu
constitutio, quantumvis generalis, ad limites rationis,
quæ movit constituentem, coarctanda & restringen-
da est. *arg l. ult in princ. ff qui pet tut. l. cùm pater. 77.
§. dulcissimis 20. ff. de leg. 2. l. milites agrum. 13. in princ.
ff. de re militari. Gloss. & Balduin in l. quamvis 13. C.
de fideicommiss. Roman cons. 100. & cons. 104. Abbas
in c. fin. num. 12. de jurejur & in c. secundò requiris in
1. notab. de appellat. Iason in leg. non dubium 5. nu. 36.
Cod. de legib. Cravetta, in prolixo responso, pro gene-
re. num. 418.*

158 Rursus neminem moveat, quòd *in prædict. cap. un.
qua sint regalia tit. 56. lib 2. feudor* piscationum redi-
tus expressè dicantur esse de regalibus. Argumentum
verò à piscatione ad venationem, & econtrà, jure va-
lidum sit, ac receptum. *d. l. item si fundi 9. §. aucupio-
rum 5 ff. de usufructu. Decius cons. 272 col. 1. Cravetta
cons. 214. col. 4. Dictinaier. & Walther in d. dissertat.
de jure venat. cap. num. 3. circa finem.* Respondetur e-
nim *ex leg. inter publica. 17. ff. de verbor. signif.* quòd
Florentina lectio habeat, *picariarum,* & non; *piscatio-
num reditus:* quam lectionem probat Cujacius *ad d.
tit. 56, lib 2. feuder. &* Gœddæus *in d. l. 17. num. 12. ff.
eod. tit.* Piscariæ autem sunt picifodinæ sive fossæ, ex
quibus pix fossilis eruitur. Testantur etenim Histo-
159 rici, in Syriâ, Macedoniâ, Hispaniâ, aliisque locis, ma-
gno numero picarias esse; ex quibus pix magnâ co-
pia colligitur, ac distrahitur. Sicut ergò metallis, cæ-
terisque rebus terrâ erutis vectigal impositum erat,
ita & pici; quod picarium sive picariarum rerum ve-
160 ctigal appellatum est. Vectigalis siquidem vocabulum
generale est, & significat, quicquid emolumenti ac
compendii ex quacunque re, ad publicum usum ca-
pitur, & exigitur. *d. l inter publica n. 17. ibiq; Gœddæus
num. 13. ff. de verb. signif.* Si itaque Florentina lectio
admittatur: efficitur, *in d cap. unic. qua sint regalia.*
161 mendosè scriptum esse; *piscationum reditus*, pro *pi-
cariarum reditus.* Sed largiamur, quòd *in d. cap. un.
qua sint regalia.* legendum sit, *piscationum reditus*:
non tamen nostra per hanc lectionem assertio ever-
titur: quoniam Imperator piscationum quidem redi-
tus regalibus adscribit : verùm de jure piscandi nihil
162 prorsus ibidem decidit. Hoc enim jus, cùm jure na-
turali sive gentium omnibus sit commune, *§ flumina
2. J. h. tit l. nemo 4. in fin ff eod. l. 1. in fin. & l. 3. in prin-
cip. ff. de acq. rer. dom. l. injuriarum 13. §. ult. ff. de in-
jur. & l. 2 §. si quis in mari 9. ff. ne quid in loco publ.* re-
galibus accenseri non potest : neque ab Imperatore
loco allegato in regalium classem relatum est. Quare
sententia prædicti cap. un. hæc esse intelligitur: quem-
admodum ex auri & argenti fodinis, cæterisque me-
tallis: item ex rebus venalibus, certi reditus ad publi-
cum usum constituti sunt, qui ad Fiscum Imperatoris
& Reipublicæ pertinent: sic in piscationibus certa e-
molumenta & certos reditus fuisse constitutos, qui
in Imperatoris fiscum redigi deberent. Et ita non in-
commodè ad hoc fundamentum respondet Johan. 163
Halbriter *d. tract. de jure vendit. cap. 1.* Cum ergò non
jus piscationum, sed reditus, id est, vectigal tantum pi-
scationum, regalibus associetur, *in d. tit. 56. Qua sint
regalia.* haud rectè inde colligitur, jus venandi regali-
bus apponendum esse. Neque verò ex eo; quòd pi-
scationem reditus annumeratur regalibus, protinus
concludendum est: reditum etiam sive vectigal vena-
tionum adjici regalibus debere. Tum quia piscatio-
num reditum, & reditum venationum, non omnino
eadem, sed separata esse, apparet *ex d l. item si fundi 9.
§. aucupiorum; ff. de usufr.* Ex separatis autem ni- 164
hil infertur de uno ad aliud. *l. ult. ff. de calumniato-
rib. l. duobus 25 ff. de testamentar tutel l. 2. eq. natalee.
to. C. de probationib. Nicol. Everhard. in Topic legal.
loc. à separatis, &c.* Tum quia piscationum & vena-
num ratio est diversa. Pisces quippe in mari & flumi- 165
nibus, instar fructuum pendentium, pars maris & flu-
minum esse censentur, *ut post alios docet Molinæus
consuetud. Paris tit. 1. §. 1. gloss 3 num. 18. & Hartman.
Pistoris lib 1. quæstion. jur. quæst. 24. nu. 65. cum seqq.
& pluribus annotatum suprà num. 69. & seq.* Cæte- 166
rùm feras bestias fundorum partem esse, nemo facilè,
nisi debilis prorsus sit judicii, affirmaverit. Adhæc
cùm Imperator in mari & fluminibus publicis mul-
tùm juris habeat. *l. 2. ff. de fluminibus, ne quid in flumi-
ne, &c.* neutiquam mirum videri debet, quòd etiam
reditus piscationum, quæ fiunt in mari, & publicis
fluminibus, non item reditus venationum (quæ jure
gentium tam in publicis fundis, quàm privatorum
prædiis, etiam alienis, institui possunt, *hoc § nostro
vers. nec interest. & dictum supr. num. 15.*) inter regalia
numerantur, *D. Bocerus prædict. tract. de regalib. cap. 1.
num. 46.* Nec aberit quidquam ista instantia: Propter
quod unumquodq; tale est, illud magis est tale: *Auth.
multò magis C. de SS. Eccles & monitum supr. nu. 49.*
ac proinde si piscationū reditus propter piscationem
regalibus adscribitur, multò magis ipsa piscatione re-
formata erit. *Matth. Stephan. d. lib. 2. de jurisdict. num.
444.* Etenim isthæc instantia tantum efficit, quantum
si dicam: nautas, plaustrarios & aurigas, aliosve, qui
vectigalia pendent, inter regalia numerandos, propter-
ea quia propter illos vectigal erectum, quod regalibus
insertum est: quo quid absurdius dici posset? *Hunnius
& Kyllinger. dict disput. de jurisdict. venandi. thes: 6.
sub liter. a.*

Nullum quoque contrariæ opinioni fundamentum 167
positum est *in dict. l. item si fundi 9 §. aucupiorum 5.
ff. de usufruct.* ubi dum juris auctores à venationum
reditu, ad piscationum reditum argumentari solent:
inde inferendum videtur, quòd ejusdem planè con-
ditionis sint, adeòque duo determinabilia, *piscatio-
num reditus, & reditus venationum*: ac proinde et-
iam æqualiter determinari debeant, *argum. l. jam hoc*

jure

jure 4. ff. de vulg. & pupill. subst. & l. quamvis. 4. ibiq. Dd. Cod. de impubert. & aliis substit. Nam posito, quòd duo sint determinabilia, *reditus piscationum, & reditus venationum*: attamen regula illa, quòd una determinatio respiciens plura determinabilia, æqualiter determinet, ob diversitatis rationem cessat, officiumque suum perdit: ut pluribus ad hoc citatis, tradit Menoch. *cons. 222 nu. 41. & cons. 497. nu. 6. cũ seq. & docebitur infr. ad princ. tit. de hereditib. qua ab intest. defer. nu. 336* Cùm ergò ex paulò antè dictis pateat, diversam esse rationem venationum & piscationũ: meritò isthæc regula in proposito themate cessabit.

168 Nihil insuper auxiliatur contrariæ conclusioni textus *in l. unic. Cod. de venatione ferar.* ubi cùm Impp. Honorius & Theodosius cunctis, leonum duntaxat occidendorum potestatem faciant: cæteras verò feras bestias ad comitatum, id est, aulam Imperatoriam (*ut interpretatur Alciatus ad l. pupillus 239. §. territorium 8. num. 3. ff. de verb. signif.*) transmitti jubeant: ex eo venationis jus ad regalia pertinere, quidam autumant. *Quod enim* ad partem priorem illius *l. unica*

169 *C. de venat. ferar.* attinet: est ea de venatoribus & interfectoribus leonum, an scilicet illi pro infamibus sint habendi. Solebant olim apud Romanos nonnulli venationis causâ habere homines, qui feras bestias venarentur, & cum captis bestiis pugnarent. *l. qui dolo. 7e in fine principij. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* Quidam autem ex his hominibus, locabant ad hoc suas operas, ut feras venarentur: vel eum feris captis depugnarent: quidam virtutis ostendendæ gratiâ sine mercede, vel venabantur feras, vel cum iis depugnabant. Illi infamiâ notabantur, & propterea postulare non poterant: hi verò infames non fiebant, & postulare poterant. *l. 1. §. removet 6. vers. & qui operas suas. ff. de po-*

170 *stuland.* Hinc ergò dubitabatur, an & ille infamiæ subiret maculam, qui leones venaretur, & occideret. Quare ut hanc tollerent dubitationem Impp. Honorius & Theodosius, rescripserunt, *occidendorum leonum cunctis esse potestatem; neq. aliquam debere quenquam calumniam formidare.* Posterior pars *d. l. un. C. de venat. ferar.* decidit, quamdiu ferarum persecutores sumptu publico in singulis civitatibus possint

171 cum feris commorari. Transmittebant siquidem limitum duces olim ad Principem Roman feras quasdam bestias vivas, fortassis in unum spectaculorum, quæ apud Romanos valdè usitata erant. *l. nemo judiciũ 5. C. de spectaculis. &c.* Et sanè feræ istæ bestiæ publico sumptu ad Imperator. transmitti solebant. Unde singulis in civitatibus, ad quas illi divertebant, publico sumptu cum suis persecutoribus alebantur. Verùm ne civitatibus istis nimis onerosæ essent bestiæ illæ, earumque persecutores: idcirco Impp. *in d. l. unic. vers. bestias autem. C. de venatione ferar.* certum tempus (videlicet septem dierum) ultra quod residere in singulis civitatibus, non poterant, definierunt. Quapropter nihil omninò huc totaista ex pertinet, utpote in quâ de venatione, quæ fit spectaculi gratiâ, seu quæ vulgò arenaria vocatur, agitur: hic verò de venatione saltuosâ & clamorosâ disquiritur. Atque hanc mentem esse & sententiam *d. l. un. post Cujacium, à se*

citatum, ostendit D. Collega Boeer. *in s. allegato tractat. de regalib. cap. 1. num. 50.* Ex hac igitur succincta *d. l. unic. C. de venatione ferar.* explicatione manifestum evadit: per eam jus venandi nequaquam adimi privatis, & soli Imperatori assignari, atque ita regalibus adscribi.

172 Præterea nullius pili & pili est, quod objicitur; hodie ex notissimâ totius Germaniæ consuetudine jus venandi non solum Imperatorem, & reliquos Magnates, qui regalia habent, usurpare: ac propterea venationem albo regalium insculpendam esse. *Vide D. Christopherum Besold & Dappium in dissert. collectan. de civitatibus Germaniæ liber. part. 1. cap. 7. conclus. 9. pag. 69. item in thesauro pract. lit. I. num. 1 pag. 429. Conradum ab Einsiedel in tract. de regalib. cap. 3. nu. 357. pag. 798. & Henricum Nirwenhan discurs. 19. apud Arum. vol. 3. de jure publ. thes. 87. pag. 832. ubi plures citat.* Etenim vitiosa isthæc collectio est, & consequentia: Hæc res soli Imperatori seu Principi, cæterisque regalia habentibus competit & tribuitur, Ergo in numerum regalium referenda est: perinde ac si dicas: torneamenta, & alia ejus generis exercitia mobilia solis Magnatibus, &c. conceduntur nec privatis sive plebeiis permittuntur: ergò regalia sunt, quod dictum perquàm absurdum & inconcinnatum censetur. Ac sanè Princeps varia possidet bona, à regalibus distincta & separata: *ut egregiè declarat Didacius Covarr. in c. possess. part. 2. §. 2. num. 7. de reg. jur. in 6. & Menoch cons. 201. num. 127. & seqq.* 173 Et quidem præcipuè duplicia sunt bona, ad Principem pertinentia: privata, sive Principis vel Cæsaris; & fiscalia, sive ipsius principatûs. *l. fin. ff qui potior. in pign. vel hypoth. hab. l. tutores 49. ff. locati. l. fiscus 6. ff. de jure fisci. l. penult. & ult. C. de quadrien. præscript.* Nam primo Princeps obtinet quædam bona, uti privatus; sicuti sunt illa, quæ Princeps habebat ante adeptum Principatum, vel adepto Principatu adquisivit tanquam privatus; & hæc bona non esse regalibus adscribenda, inter omnes constat. Deinde habet quædam bona, tanquam Princeps, sive jure principatûs: ut sunt, quæ recensentur *in d. cap. un. quæ sint regalia, in usibus feudor.* Quinimò sunt nonnulla bona, quæ licèt jure principatus à Principe possideantur, & ad eum, tanquam ad Principem pertineant: non tamen regalibus attribuuntur: veluti sunt, civitates, oppida, castra, prædia, & his consimilia. Et hæc bona dicuntur esse in patrimonio fisci. *l. 2. §. hoc interdictum 4. ff ne quid in loc. publ. l. pacta conventa. 72. in fin. ff de contrahend. empt.* ut illa priora in patrimonio Principis seu Cæsaris. *l. cum servus 39 § final ff. de leg. 1. d. l. ult. C. de quadrien. præscript.* Sed de istis duplicis generis bonis, Principi competentibus consulantur *Cynus & Iason in l. procurator. 7. Cod. de edend. & idem Iason in l. 1. in princip. ff. de offic. procurat. Cæsar Alexand. consil. 6. vers. Princeps enim. lib. 4. Cravett. in tractat. de antiquitat. tempor part. 4. §. absolutis num 33. Peregrinus de jure fisci. lib. 1. tit. 1. num. 6. & seqq.* Unde nec ad rem pertinet illud, quod ex sacrâ scripturâ objicitur ejus esse bestias, cujus est territorium. *Ierem. cap. 27. v. 6. cap. 28. v. 14. Daniel. cap. 2. v. 38.* Longè

enim est aliud, bestias in Principiis esse Dominio: quàm bestiarum venationem esse de regalibus Principis: cùm haud omnia, quæ solus Imperator habet, regalium nomen assumant, *ut ex prædictis constat.*

174 Atque ex hac conclusione, quâ venatio de regalibus eximitur, primò utiliter infertur: quòd quamvis in generali castri vel civitatis concessione cum omnibus pertinentiis ac juribus, regalia non veniant, nec comprehendantur: cùm non, nisi expressè & specialiter concedi possint. *cap. 1. de capitaneo, qui cur. vendit. in usibus feudor. cap. fin. de officio vicar. lib. 6. Molinæus in consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 1. gloss. 5. num. 53. & seqq. & §. 46. num. 10. Roland à Valle cons. 42. num. 7. & seq. volum 2. & cons. 4. num. 46. & seq. volum. 3. Menochius cons. 20. num. 24. volum. 1. Mynsinger. respons. 39. num. 6. & 7. Decad. 4. Wesenbec. cons. 45. num 21. Decianus cons. 123. num 10. & cons. 124. num. 11. volum. 3. Bocerus in tractat. de regalib. cap. 4. num. 12. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 5 nu. 7. ad finem. Rosenthal in synops feud. cap 5. conclus. 10. & plures aly ab his commemorati*: nequaquam tamen inde comprobetur: quòd in generali conces-
175 sione castri vel civitatis cum omnibus pertinentiis, venatio non veniat, nec contineatur. Cùm enim diversa sit venatio à regalibus: ab his ad illam, tanquam à separatis ad separata, nullum validum petitur argumentum. *l. Papinianus 20. ff de minoribus 25. annis. lib. ult. ff. de calumniatorib. l cum actum 17. ff. de negot. gestar. l. Iulianus 60 circa finem ff. de condict. indeb. l. qui fundum. 7 §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem haberet. ff. pro emptore l inter stipulantem 83. §. sacram. 5. vers sed hæc dissimilia sunt. ff. de verbor. obligat l. neque natales. 10. Cod. de probat. cap. 2. de translat. Episcopi, cap cùm venisset 25. de testibus cap. auditis 15. & cap. veniens 19. ext. de præscript. Cravettus cons. 972. num. 16 Adelbert. Burkhard. in notis ad Comment. Valent. Voltzij. in tit ff. ad l. Cornel. de sicar. cap. 7. nu. 90. Georg Mor. in tract. de jur. venand. p. 1. cap. 2. nu. 19.*

176 Deinde infertur: quòd licèt ex aliquorum sententiâ, Princeps sine consilio & interventu Procerum, regalia aliis concedere, & alienare nequeat, *ut colligit Baldus in l. humanum 8. Cod. de legibus & l. placet 5. ubi Iasen, in 1 notabil. colum. 3. Cod. de sacros. eccl. Eccles. & Abbas in cap per venerabilem 13 §. rationibus. qui filij sint legitimi*: hoc tamen ad venationem porrigi non debeat: cùm eam à regalibus differre jam liquidò constet. Cæterum verius esse reor; regalia quoque ipsa à Principe solo, absque Procerum con-
177 silio alienari, & transferri posse. Nam Principes, Duces, Comites, & cæteri, qui Principum jura in statibus suis tenent, ardua quæque sine Procerum vel aliorum consilio expedire & diffinire queunt: ac ideo ex solâ animi deliberatione leges & statuta condunt. *leg. fin. Cod. de leg § sed & quod Principi 6. f. de jure nat. gent. & civ. lib. 2. § noviss. 11. ff. de orig. jur. lib. 1. ff. de constitut. Princip. cap. significasti 4. circa finem de electione cap. 2 de præbend lib. 6.* Et sic se habere communem opinionem, post aliquot Doctores utriusque censuræ à se recitatos, testatur *Antonius Peregrin. lib. 1. de jure fisci. titul. 3. num. 8.* addens, jura in contrarium suprà adducta ad urbanitatem sive honestatem, non autem ad Principis necessitatem referenda esse. Idem sentit Franciscus Marc. *decis. 1297. num 5.* quem nuperrimè refert Cornelius Benincasius *in tractat. de constitutionibus cap. 7. num. 8.* quo capite fusissimè explanat, an Princeps solus sine Procerum consilio statuere, vel ardua ex-
plicare queat. Eòdem facit etiam, quòd regulariter 178
nemo in actibus suis alterius consilium, vel consensum requirere teneatur. *l. nemo exterus 9. Cod. de Iudæis l. iure mandata 21. Cod. mandati, Bartolus & Dd. in lib. 1. §. si plures 13. ff. de exercitat. action. Schraderus in tractat feud. part. 10. sect 8. num. 88. huncq; referens D. Halbritterus in præfato tractat. de jure ve-
nand. cap. 1.* Enimverò in dubio (quia pro Principis 179
actu semper, quod utilius est, præsumitur: cùm in terris Dei vices & locum teneat, & lex animata sit, *Novell. 105. cap. 2. § fin. ibiq; gloss in verb. legem animatam. Benderus in tractat. de Revis. conclus 22. nu-
mer. 16.*) actus, præsertim in negotiis ponderosis & 180
arduis, factus præsumitur cum consilio Procerum sive Consiliariorum: *uti rectè advertit, post Martinum Laudens. in tractat. de Princip à se allegatum, Peregrinus loco paulò antè nominato.* Eâdem de re etiam videri poterit Lancellottus Conradus Laudens. *in templo omnium judic. lib. 1. cap. 1. de Imperat. §. 2. v. 15. consultatione uti, &c.*

Ius igitur venandi (*ut huc usq; luculenter proba- 181
vimus*) in se & absolutè consideratum, neque servitutibus realibus, neque juribus sive pactis personalibus, neque regalibus est annumerandum: sed ut alia sunt varia jura, Principibus & Magnatibus, vel aliis etiam privatis competentia; velut Iurisdictio, antichresis, emphyteusis, feudum, &c. sic & hoc jus per se consistit: quemadmodum benè notavit D. Bocerus *class. 4. disput. 3. thes 24 edit. 1. Forsterus junior libr. singulari, de dominio, cap 9 num. 23 pag. 237. Ieremias Reusner. in methodo jur. feud. disput. 4. thes. 90. & Hunnius in resolut. ad volum. poster. Treutlerus disput. 18. thes. 3. lit. C. quæst. 21. pag. 401. itemque Clutten. d. diatrib. 17. quæst. 11.* Tametsi pro quasi servitute prædiali sive reali in eo saltem haberi possit: quòd interdum servitutum realium instar à sylvâ, tanquam prædio servienti, debeatur castro vel villæ, tanquam fundo dominanti, & ad heredes transeat. *videantur Andreas Gailius libr. 2. observat. 60. num. 1. & seqq. Zasius dict. libr. 1. singul. intellect. cap. 11 & Haydenpucherus in dict. Disput. de jure venand. thes. 24. Choppinus de legibus Andium. lib 1. cap. 36. num. 3. in princip. fol. 202. Iohan. Impert. Enchirid jur. Gall. fol. 371. Rutger. Ruland. de commiss. part. 4. lib. 2 cap. 8. num. 74. fol. 75 hosque referent Andreas Knichen in tractat. de vestiturar. pactionibus cap. 2. num. 23. &
subseq.* Potest item quandoque usus fructus, atque ita 182
servitus personalis esse: ut si Princeps jus venandi in propriâ quadam sylvâ Nobili cuidam in usumfructum concedat. *d. l. item si fundi. 9. §. aucupiorum 5. d. l. usufructuarium 62. ff. de usufruct. & d. l. venationem.*

26 ff

26 *ff. de usufruct.* Inspiciatur Petrus Frider. Mindanus *lib. 2. de processib. &c. Camer. cap. 41. num. 4. & seq.* itemque Reutt. & Wilke, *apud Arum. d. vol. 4. de jure publ. discurs. 37. thes. 12.*

183 Sed quæstionis est elegantis: utrùm Princeps, qui castri & territorii cum suis pertinentiis, usumfructum alicui dedit, jus venationis, quod eidem castro debetur, vel ad id pertinet, transtulisse intelligatur? Et in partem affirmantem inclino, *arg. l. 2. §. rectè Neratius. 2.*
184 *ff. si servit. vendic.* ubi dicitur, quòd usufructuario alicujus fundi facultas competat utendi servitute, eidem fundo debitâ. Atqui jus venandi quasi servitutem esse posse, quæ castro debeatur, paulò antè dictum est. Quare qui castri usumfructum habet: is etiam venationem, eadem castro cohærentem, exercere poterit.
185 Quamvis enim usufructuarius non habeat verum & formalem usumfructû in servitute debitâ fundo fructuario cùm servitus servitutis esse nequeat. *l. 1. ff. de usu. & usufruct. leg.* habet tamen jus percipiendi cõmodum illius servitutis. *argum d. l. 2. §. rectè 2. ff. si servitut vindicet. & l. 1. ff. si usufructus petetur.* Arque hanc nostram assertionem quoque comprobat Joa-
186 chimus Cluten. *d. diatrib. 15. quæst. 12.* Et hinc concesso alicui castro cum territorio, jurisdictionem etiam, merum atque mixtum imperium istius castri & territorii, unà cum omnibus reditibus, civilium & criminalium causarum; datum censeri plerique existimant: licèt hoc in investiturâ non sit expressum *arg. l. multarum 5. C. de mode multas Menoch. de remed. retinend. possess. 3. num. 582. Petrus Surd. cons. 83. num. 9. lib 1. hocq. referens D. Beseld. in discurs. de jurisdict. Imperii Roman. num. 21 pag. 64. & seq.* nisi forsan illa jurisdictio non territorio, sed personæ tantùm cohærent. Tunc enim ad investitum de territorio simpliciter, jurisdictio non transfertur. Hujus sententiæ auctores sunt; *Bartol. in l. 1. num 16. & ibi Alexand. Iason & Dec. ff. de jurisdict. idem Bartol. in l. inter ees 29. ff. de adquir. rer. dom. Bald. Alvarot. Præposit. & Matth. de Afflict. in cap. 1. de Capitan. qui cur. vend. Iacob. de S. Georg. in tractat feud. verb. cum mere & mixto imperio. num. 8. Petr. de Acheran. cons. 142. Card. Paris. cons. 9. num. 16 & seqq. lib. 1. Boerius decis. 50. nu. 11. & decis. 227. nu. 8. Bertrand cons. 237. num. 4. & seq & cons. 330. num. 3. lib. 4. Natta cons. 405. num. 1. cons. 415. num. 5. Iacob. Mandellus cons. 64. num. 67. Casp. Vilas. in l. imperium 3 num. 41. & seqq. ff. de jurisdict. Cers. in tract. de excell. regis quæst. 5. Paul. Castrens. cons. 406. col. 2. libr. 2. Molin. in consuetud. Parisiens. com. 1. §. 1. gloss. 5. num. 47. & seqq. Covarruv. pract. quæst. cap. 1. num. 10. Schrader. in tract. feudor. part. 3 cap. 4. num 33.* Quibus addatur *D. Beccrus in tract. de jurisdict. cap. 8. num. 15. & seq. itemq. cap. 9. nu 2. cum seq.* ubi perspicuè docetur: jurisdictionem non de territorio aut castro sed personæ cohærere: adeoque in dubio jurisdictionem personæ datam & non territorio concessam præsumi

187 Aliâ hic non minus pulchra & utilis occurrit quæstio: si Princeps alicui castrum cum territorio & pertinentiis in feudum concedat (quo casu vasallum jus venandi, quod eidem castro cohæret, consequi non dubitandum est) nunquid Princeps sive dominus directus in eodem territorio feudali etiam venari: an verò eum vasallus à venationibus jure excludere possit? Et respondendum judico, solum vasallum, domino 188
directo excluso, in territorio isto feudali venationes instituere posse: idque ex hoc fundamento: quia feudum nihil est aliud, nisi ususfructus quidam rei immobilis seu æquipollentis sub conditione fidei & servitiorum constitutus. *cap. 1. § fin. in quib. caus. feud. amitt. lib. 2. tit 23 feud. Vultej. lib. 1. de feud. cap. 2. nu. 9. Ioan. Niell. disp. 1 de feud. thes 6. Hunn. in tract. feud. cap 5. pag 49. & seq ubi D. Becer. dissentientem copiosè refutat.* At clari & explorati juris est: tum quòd 189
concesso alicui usufructu prædii, omne commodum ad ipsum usumfructuarium solum pertineat, *leg. usufructu. 7 in princ. l. item, fi. 9. in princ ff. de usufruct.* tum quòd dominus proprietatis in re fructuaria nihil 190
facere, nihilq; instituere possit, quòd in præjudicium sive detrimentum usufructuarii tendat, & per quod fructus ad usufructuarium pertinentes diminuantur. *l. sed si quid. 15. §. ult. & ll. seqq ff. de usufr. l. fundi. 38. ubi gloss & Dd. ff. de usu, & usufruct. leg.* Concluditur ergo, dominum directum non posse in territorio feudali, vasallo invito, venationibus operam dare; cùm palàm sit, ejusmodi venationum exercitium, non consentiente vasallo, à domino institutum, in damnum & præjudicium vasalli cedere. Huicq; conclusioni simi- 191
liter suffragatur Cluten *d. diatrib. 17. quæst. 13.* Atque hinc à Doctoribus responsum: dominum directum neq; causas subditorum sui vasalli cognoscere & judicare: neq; iis, vel eorundem bonis collectas imponere posse. *Curt. jun. cons 2. num 2. Iason. inter consilia Bruni cons 8. nu. 15. Brunus cons. 27. nu. 18. Nevizan. cons. 61. nu 12. Socin. jun cons. 126. nu. 4. lib. 3. Chass in consuet. Burg. rub. 1. de just. §. 4. in fin. nu 1. 2. 3. Guid. Pap decis. 155. incip. de hoc anno. per tot. Iacobin. de S. Georg. in tract. de homagiis col. 8. vers. sed cadit hic alia dubitatio. Oldrad. cons. 233 col. 5. vers inter hac a. & latè Menoch. cons. 32. nu. 37. cum multis seqq.*

Non obstat *l. si ita legatus 16. §. 1. ff. de usu & habitat* ubi Albericus, Bald. Alex. & cæteri notant: licere 192
Domino directo in territorio feudali castrum sive propugnaculum tempore belli, invito etiam vasallo, ædificare, & ibidem præsidiarios collocare. *Nam* hoc domino directo ideo permittitur; tum quia ejus interest, rem feudalem contra vim & injuriam hostium tempore belli probè esse custoditam: tum quia neq; rei feudali, neq; ipsi vasallo tempore novium, sed maximè utile est: rem feudalem belli tempore contra hostes castellis & præsidiis septam esse, & communitam, *arg. d. l. si ita. 16. §. 1. ff. eod & d. l. sed, si quid 15 § fin. & ll seqq. ff. de usufruct.* ex quibus colligitur, proprietatis dominum usufructuarii conditionem non quidem deteriorem: sed tamen meliorem facere posse.

Nec quoque adversatur, quod in simili decisum est: 193
jurisdictionem in dubio cumulativè, & non privativè seu abdicativè concessam intelligi, *arg. l. 1. C. de offic. præfat. urb. l. quotiens 9. §. fin. ff. de administrat. & pericul. tut. cap. dudum 14. §. nos igitur. de præbend. in 6.*

Chaff in censuet. Burg. Rubr. 2. §. 1 gloss. ult. num. 30. Bald. in cap. 1. in princip. num. 2. de his, qui feud. dar. possess. Grammat decis. 30. num. 3. & seqq. Cephal. cons. 77. num. 68. lib. 1. Mynsing. cent. 6 observ. 90. per tot. & alij, per hos allegati. Etenim istud procedit in jurisdictione per modum privilegii tributâ : quo sanè casu cumulativè, & non privativè concessa esse intelligitur : ut is, qui data est eo modo jurisdictio, concurrentem habeat cum concedente potestatem. Secus est in jurisdictione, in feudum alteri concessâ, vel alio contractu datâ. Hæc enim non cumulativè, sed privativè seu abdicativè in dubio concessa putatur, *per textum in c. imperialem § insuper vers. illud quoque de prohib. feud. alienat. per Frider. tit. 55. lib. 2. feudor.* ubi vasallus in subinfeudatum Iurisdictionem habet, non etiam dominus superior. *Felinus in c. pastoralis col 3. de offic. ordinar. Socin jun. cons. 126. num. 4. lib. 3. Berojus cons. 74. num. 8. & 11. lib. 1. Cravett. cons. 411. num 36. Brunus cons. 31. col. 2. & cons. 47. col. 2. Parisiens. cons. 2. num. 18. & seq vol. 2. Octavian. Cacheran. decis. 29. num 8. D. Bocerus class. 5. disput. 10. thes. 49. edit. 2. & in tract. de investitura feudi. cap. 4. num. 100. itemq. d. tract. de jurisdict. cap. 8. num. 34. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 18.* ubi distinctione plurium casuum dilucidè & diligenter explicat, quando Iurisdictio à Principe cumulativè vel privativè concessa præsumatur. Idem, *post alios*, latissimè declarat Berlichius *part 1. conclus practicabil. conclus. 2 num. 2. & seqq.* Vide Kubachium *cent. 3. quæstion. illustr. politico-juridicar. decur. 2. quæst. 5. pag. 665. & seqq.* nec non Casparum Leipoldum, *de concurrentiâ jurisdiction. in Imper. Romano-Germanico, quæstion. 1. & 2. apud Arumæum vol. 1. de jure public. discurs. 13. pag. 76 & sequentib.* itemque Wurmser & Borvvitz. *dict. exercit. 13. de jure public. quæst. 15. pag. 122. & sequente* Consimili ergo ratione jus venationis per privilegii modum à Principe alicui concessum, non privativè, sed cumulativè tributum censetur : ut impetrans tale privilegium, cum Principe in venatione concurrat : non autem, ut Principem venari volentem excludat. Contrarium respondendum erit ; si Princeps jus venandi in certâ sylvâ, vel territorio alicui in feudum concedat: quæ concessio non cumulativè, sed privativè facta esse judi-
194 catur. Cujus quidem concessionis privativè factæ hic est effectus: ut Princeps concedens, omne venationis jus eo in loco à se abdicasse, & in vasallum transtulisse intelligatur. Hoc igitur casu vasallus solus venationem in loco constituto usurpare, & Principem eâdem uti volentem excludere poterit: *ut præclarè traditum est à D. Iohanne Halbritero in præallegat tract. de jure venand. cap. 3. in fine.* Videatur tamen Iohannes Bidembach *in suis quæstionib. nobil. lib. quæst 16. ubi statuit ; quod Nobiles, maximè si eorum intervenerit patientia. Dominos in simultaneâ venatione ægrè impedire valeant.* Idem tradidit Paulus Matthias Wehner. *in lib. sing pract. observ. lit. F. in verb* Forstrecht ꝛc. *pag. 165. & seq, edit. ult. &* Nirtwenhan *discurs. 19. apud Arumæum vol. 3. de jure publ. thes. 104. & seq. pag. 835. ubi plures refert.*

Est & hæc quæstio non infrequens: nū usufructuarius, qui usumfructum in alieno castro vel prædio habet, jus venandi in isto prædio castrovè alicui concedere possit? Et quoniam jus venandi in alieno, quasi servitutem quandam esse acceptum est, *ut ex supra dictis cernere licet* : sequitur inde, usufructuarium non posse jus venandi in prædio fructuario cuipiam cōstituere, *l. sed si quid 15 § fin. & duab. ll. seqq. de usufr.* ubi usufructuarius servitutem fundo imponere ne- 196
quit: cùm non sit dominus illius fundi, quem fruendum accepit, *arg. l. 1 ff. eod. Pinel. in l. 1. part. 3. num. 69 C. de bon. matern. Pultej. lib. 1. de feud cap. 10. nu 39. & seq.* Hic tamen non ignorandum est : quamvis usufructuarius alteri jus venandi, tanquam servitutem quandam constituere nequeat: eum tamen simplicem venandi facultatem in fundo usufructuario alteri permittere posse. *l. arborib. 12. § 2 l. non utitur 38 & l. seq ff. d. tit.* ex quibus liquet, usufructuarium facultatem alicui permittere posse, fructus ex fundo usufructuario percipiendi. Hac autem permissione non novus constituitur usus fructus: sed nuda facultas fructuum percipiendorum (quam naturalem commoditatem vocant) conceditur *l. si usufructus 66. in fin. ff. de jur. dot.* Pari itaque ratione fructuarius, non quidem ipsum jus venandi ; sed tamen simplicem facultatem capiendi feras alteri in fundo usufructuario permittere poterit. Quæ sanè permissio nequaquam servitutem, sed nudam saltem facultatem in occupandis feris consistentem inducit. Nam & venationem, & feras ex venatione perceptas, in fructu quodammodo haberi, apparet *ex l. item si fundi. 9 § aucupiorum. 5. ff. de usufruct. & l venationem 26. ff. de usur. Clutent. d. diatrib. 17. quæst. 14.*

Ex hujus quæstionis resolutione & illud memora- 197
tu dignum deducitur : concessionem juris venandi, per vasallum de ducatu, comitatu, vel alio territorio investitum, alicui factam, non prorsus inutilem esse, sed ad hoc saltem conferre: ut vasallus teneatur patientiam præbere venanti in territorio feudali : & nequeat impedire venationes ab eo, cui concessio facta est, institutas. Quamvis enim vasallus, summo jure 198
inspecto, ad instar fructuarii; neque servitutem, neque usumfructum, neque jus venandi in re feudali alteri constituere valeat, *d. l sed si quid 15. § ult. ff. de usufru. l. sed si pecunia. 3. §. nec usufructus 5. ff. de rebus eorum, qui sub tutel. l. final. Cod. de rebus alien. non alien.* ubi præponitur regula, quòd prohibitus alienare rem ipsam, prohibeatur etiam imponere servitu- 199
tem ei *Latè Pinelus in d. l. 1. C. de bon. matern. part. 2. nu. 24 & part. 3. nu. 69. & seq.* attamen jus quoddam simile imponere potest, quo is, qui hoc habet, idē consequitur in effectu ratione usus, ac si servitus jure ipsi constituta esset. Et quia jus istud non in re ipsa, sed in personâ dantis duntaxat fundatum est: personale potius, q̄ reale dicendū erit, *arg l. per fund. 11. ff. de serv. præd. rust. & l. ult. ff. commun. præd.* ubi unus ex sociis fundi communis imponēdo servitutem nihil agit, quo ad jus re constituendū interim tamen persona ejus obligatur per ejusmodi constitutionē: ut usū & patientiā servitutis permittere teneatur. Eâd. igitur ratione vasall-

jus

jus venandi in re feudali alteri constituens, nō transfert quidem jus reale seu servitutem: nec rem feudalem servituti venationis obnoxiam facit: neque etiam verum usumfructum inducit: sed nihilominus tamen personam suam eatenus obligat, & obstringit: ut pati cogatur, eum, cui istiusmodi concessio facta est, ve-
200 nationes exercere, ferarumquè fructus percipere. Quod jus ita concessum, & in alium translatum Interpretes (ut antè dictum) commoditatem sive perceptionem fructuum appellant, & à jure ususfructûs distinguunt. *d. l. si ususfructus 66 in fin. ff. de jure dotium §. finitur. 3. ibique Dd communiter. insr. de usufruct. Covarru v. lib. 1. variar. resolut. c. 8. num. 7. Emanuel So-*
201 *artz. in thesaur recept. sent lit. u. numer. 93.* Omnis namque actus, omnisquè concessio in dubio ita interpretanda est: ne omninò inutilis sit aut pereat, sed eo modo valeat, quo jure valere potest. *l. quotiens. 12. l. ubi est. 21 ff de reb. dub. l. pater. 38. in princ. ff de legat. 3 l quotiens. 80. ff de verb. obligat. Alciat. lib. 4. de verb significat num 32. Cardin. Paris cons 2 num. 69. vol. 3 cons. 68 num. 224. vel num.. 4. Bellonus cons 5 num 4. Decian. cons. 5. num. 62. cons. 7. num. 103. vol. 2. Cephal cons 524 num. 71. vel. 4. cons. 691. num. 11. vol. 5. Tiraquell. in repetit. l. si unquam. 8. verb. donat. largitus num. 83. C. de revoc. donat. Eadem de re consulatur Georgius Mor. in tractat. de jure venand. part. 1. cap 9. num. 6.*

202 Hic & illud appositè quæritur: an à quolibet, cui jus venandi vel ex liberali Principis concessione, vel præscriptione, vel emptione sive permutatione, vel alio quovis titulo competit, cedi & transferri in alium pos-
203 sit? Et posse: verissimè concluditur. Omne enim jus omnisque actio alicui competens, regulariter cedi potest, *tot. tit. ff. de hered. vel act. vendit.* in tantum, ut etiam debitum conditionale, vel in diem, cessionem admittat. *l. nomina. 17. l. multum. 19. ff. d. t.* De suâ siquidem quisque re disponendi, liberum habet ar-
204 bitrium *l. in re mandata. 21. C. mandati.* Cùmque jus venandi alicui competens, ad heredes ejus transmittatur, *ut docet Gail. lib. 2. obs. 66. numer. 2. & suprà*
205 *indicatum*: sequi videtur, etiam alteri cedi posse. Nam (juxta quorundam sententiam) quicquid transmissibile est ad heredes, plerunque est cessibile: sicutè diverso, quicquid non est transmissibile ad heredes, nec id quoque cessibile est. *l. ex pluribus. 42. ubi Bart Dynus & alij, ff. de administrat. & peric. tutor. l. non solum 67. §. si puella. 5. ff. de rit. nuptial. l si stipulatus fuerim. 26. in princ. ff de verb. obligat. Bald. in rub. C. de novo Cod. compon. in fin. & in l. ult. C. de hered. vel act. vend. & cons. 327. col. 3. lib. 1 & cons. 123. col. 4. vers. sequitur videre. lib. 5. Tiraq. tractat. de retract lignagier §. 26 gl. 1. num. 47. Nicolaus Neala in tract. de transmission cas 22. num. 4 pag. 276.*

206 Conclusio isthæc limitatur, ut non procedat eo in casu, quo constat, concessionem juris venandi alteri factam non realem, sed merè personalem esse. Tunc enim jus venandi, tanquam personale, cedi non potest, cum personam ipsam non transgrediatur, *argum l. dominus. 57. § ult. ff. de usufruct. Dyn. in c. privilegium personale 7. de reg. jur. lib. 6. Angel. in l. quid si in diem. 10 § Iulianus a in fin. ff. de petit. her. & Doctores ubique.* Quare si Princeps jus venandi hisce similibusvè verbis alicui concedat: *Concedimus tibi tantùm hoc jus venandi*: non poterit jus istud ita con- 207
cessum, utpotè personale, transferri in alium: quanquam in dubio juris venationis concessio realis æstimanda est: nisi contrarium, quòd personalis sit, demonstretur. Sed & jus venandi cedi non potest, hoc 208
modo à principe concessum: *Concedimus tibi jus venandi, pro necessitate & indigentiâ tuâ.* Imò ne quidem commoditatem illius juris hoc casu cedi posse, crediderim. Etenim jus venandi alicui ad necessitatem suam vel indigentiam concessum, idem penè est, quod nudus usus. Sed is, qui nudum usum habet, neque 209
usum ipsum, neque commoditatem usus cedere potest. *§. 1. infr. de usu. & habit. l sed neque 8. l. in quo eo. 11. ff. eod. tit l. item. 10. §. 1. ff. comm. divid. Tiraq. prædicto §. 26. gl 1. numer. 88. qui à numero 39 usque ad numer. 91. plurimos casus, ut & pleraq; alia, copiosissimè & diligentissimè recenset, qui cessionem non recipiunt.*

Nec quidquam movet in contrarium; quòd licèt i- 210
psum jus ususfructûs, cum personale sit, alteri cedi nequeat. *§. finitur. 3. infr. de usufruct.* ejus tamen commoditas alteri vendi aut locari possit, jure interim apud usufructuarium remanente. *l. arboribus. 12 §. usufructuarius. 2. l. cui ususfructus 67 ff. eod. l. & quæ nendum. 15 in pric. ff. de pignorib & hypothes. l. necessariò. 8. §. ultim. ff. de pericul & commod. rei vendit.* Nam distinctionis fœdere adhibito, responden- 211
dum est: duplici modo aliquid personale dici. Primùm enim personalia quædam dicuntur jura, quoad durationem: ita ut cum persona definant, nec ad heredes transeant: fructum tamen & commoditatem ad necessitatem certæ personæ restrictam non habeant: sed omnes omninò fructus, qui percipi possunt, in se comprehendant. Et hoc modo ususfructus dicitur personalis. *d. §. finitur. 3 infr. de usufruct.* qui etsi cum persona usufructuarii extinguitur: nihilominus tamen utentis fruentis indigentiam non considerat: sed omnia commoda & emolumenta, sive personæ fructuarii necessaria, sive non necessaria, continet. *l. item si fundi. 9. & seqq l. arbores. 59. §. 1 ff. d. t.* Et illa quidem jura quoad commoditatem cedi possunt.

Deinde verò personalia quædam jura dicuntur, quo- 212
ad percipiendi formam & materiam; quæ non solùm cum personâ intereunt: sed insuper etiam ad necessitatem illius personæ, ratione commoditatis & fructûs, coarctata sunt: ita quidem, ut persona uberiores fructus & majora commoda, quàm necessitas ejus postulat, percipere non valeat. Atque hoc modo usus dicitur personalis, *d. §. 1. v. ad usum quotid. infr. de usu & habit. §. sed cùm factum 2. infr. de stip. servor.* & quoque alimenta. *l. cum unus. 10 § fin. ibi. proinc rem ata: is ff de alim. vel cib. legat. Martin. Coler. de alim. lib. 2. cap. 8. numer. 66.* In hoc genere etiam reponimus jus venandi; ad necessitatem alicui concessum: quandoquidem cui talis facta est concessio, non omnes indistinctè feras cumulatim & pro arbitrio suo, sed quantum necessitas ususque exigit, capere potest:

L. 35 ... sic q;

sicque jus venandi isthoc modo alicui datum, quoad percipiendi formam & materiam, personale est. Quæ autem ita personalia sunt: non tantùm quoad jus ipsum, sed & quoad commoditatem ejus juris, cessionem non admittunt, *argum. d. §. 1. infr. de usu & habit & d.l.sed neque.8 ff.cod. cum siml. suprà adductis. Eleganter* D. Halbritter *in d. tractat. de jur.*
213 *venandi.capit.2.* ubi ex hisce † jam dictis infert: Principis alicujus præfectum vel officialem, qui ex voluntate illius venationem in certo loco, tanquam salarii sui appendicem (vulgò Als ein Bestallung) usurpat; hanc, ejusve commoditatem alteri cedere neutiquam posse; cùm usus & consuetudo tale venandi jus sic interpretetur, ut ad necessitatem præfecti sive officialis pertineat; & per consequens, dissentiente Principe, alteri cedi nequeat. Eidem sententiæ suffragantur D. Dinnerus & Walthec. *d. dissertat. de jure Venationis. capit.3. conclus.7 num.4.*
214 At quid dicendum, si cui venatio ad voluptatem suam sit concessa: nunquid eam alii cedere poterit? Negandum opinor: quia alia est voluptas in venando unius, & alia alterius: nec æqualiter venatu omnes delectantur: sed unus plus altero hanc voluptatem expetit. Quidam enim venationis studio ita sunt dediti: ut ingentem ferarum numerum prosternendo & occupando, voluptati tamen suæ non satis faciant: alii verò satietate citius capiuntur. Cùm igitur jus venandi illo modo alicui tributum, ad ipsius personæ voluptatem restrictum sit: ex rationibus superiùs allatis planum & manifestum evadit, quòd neque ratione juris ipsius, neque ratione commo-
215 ditatis cedi alteri posit. Accedit, quòd ubicunque qualitas certæ personæ electa est: immutata ea, & ad aliam perveniri, nolente eligente, nequit. *l. inter artifices. 31. ff. de solutionibus. Bartol. Ambros. de Opizonib. & Dd. in l. si quis arbitratu. 43. ff. de V. O. c. fin. ubi Abb. numero 1. & 3. Felin. numer. 2. de offic. & pot jud delegat. Sebast. Sap. in l. 1. num. 11. 13. & 39. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict.*
216 Planè, si venatio ad certum ferarum numerum per Principem alicui concessa fuerit: magis est, ut ea cedi possit, propter generalem regulam suprà propositam: quòd omne jus, & omnis actio alicui competens, in alium transferri & cedi queat. *l. 1. ff. de heredit. vel act. vendit.* Nec obest, quod paulò ante ostendimus: venationem, cujus usus restrictus est, penitus cedi non posse. *Hoc* enim ita demum obtinet, si venatio variat in personâ, quoad formam & materiam percipiendi: veluti quando venatio ad necessitatem seu voluptatem certæ personæ data est: secus autem res se habet, si restrictio venationis varietatem in formâ & materiâ percipiendi non inducit. Tunc etenim nihil impedit, quo minùs hujusmodi venatio, quamvis restricta, certoque numero fera-
217 rum definita, alteri concedatur. Id quod à simili confirmari potest. Nam tametsi alimenta certæ personæ relicta, per eandem personam alteri cedi nequeunt: cum modus percipiendi alimenta in personis variet: & unus plus alimentorum, quàm alius, absumat: *ut sentit Bartol. in l. cum Titio. 55. numer. 2 ff. ad l. Falcid. Curt. senier. consil. 57. numer. 2. Iason. in repetit. leg. si constante. 24. numer. 234. ff. solut. matrimon. Fabian. de Monte in tractat. de empt. & vendit. quæstion. 21. quarta quæst. princip. numer. 35. Tiraquell. de retract. lignag. prealleg. §. 26. gloss. 1. numero 75. Petrus Gregorius. Tolosf. libr. 28. syntagm. cap. 6. in princip. Anton. Cerd sba de Lara in l. si quis à liberis. 5 §. parens. 16 numero 59. ff. de liber. agnoscen.* Si tamen alimentorum certa summa & quantitas expressa est: veluti, lego Titio quotannis decem modios frumenti, & tres amphoras vini, alimentorum causa: tunc jus istud alimenta percipiendi alteri cedi poterit: *ut eruditè tradit Martinus Coler. dict. libr. 2. de aliment. capit. 8 numer. 69.* Quapropter in venatione ad certum ferarum numerum quotannis percipiendum restrictâ, idem respondendum erit: quòd videlicet alteri dari & concedi possit. Ratio perspicua est; quia si Princeps certum & determinatum ferarum numerum singulis annis percipiendum mihi concedit; nihil ipsius interest, sive per me, sive per alium, cui concessero, definitus ferarum numerus capiatur. *D. Halbritt. in sæpe citato tractat. de jur. venand. caput. 2.*

Hoc loco & illud silentio non est prætereundum; 218 quòd venationes precariæ (vulgo Gnaden Jagten appellatæ, de quibus Noe Meurer in tractat. Von Jag und Forstrecht. part. 2. tit. Von auß Gnaden und durch ein Revers zugelassenem und beweilligtem Jagens Gebrauch/ pagina mihi 31.) in alterum transferri & cedi non possint. Tum quia privilegia ex singula- 219 ri gratiâ alicui concessa, cedi nequeunt. *Bartolus in leg. etiam. 8. ff. de jurejurand per dict. leg. ex pluribus. 42. ff. de administration. tut. & dict. leg. non solum. 67. §. si puella. 5. ff de rit. nupt. & arg. leg. cerdonem. 42 ff. de operis libertorum. Tiraquell. dict. §. 26. gloss 1. numer. 61.* Tum quia ejusmodi precariæ venationes non tran- 220 seunt ad heredem ejus, cui concessio est facta; sed cum personâ evanescunt. *l. cùm precariò. 12. §. ultim. ff. de precar.* Est enim privilegium personale, quod personam non egreditur *l. privilegia. 196. ff. de reg. jur.* Quæ autem ad heredes non transeunt, ea cedi non possunt. *d. l. ex pluribus. 42. & ibi Bart. nu. 1. ff. de administrat. tutor cum similibus suprà recitatis. Cluten. d. diatrib. nov. Iustinian. 17 quæst. 15. D Besol. d. thesauro pract. lit. I. num 2 pag 429.* Cæterùm de hujusmodi venatio- 221 nibus precariis obiter monendum est: quòd per concedentem, ejusvè heredem liberè, & quandocunque libuerit, revocari possint. Est enim precarium, quod 222 precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. *l. 1. & 2 ff. de precario.* Idq; adeo verum est, ut venatio ad certum usque tempus per Principem precariò concessa, etiam ante tempus effluxum revocari queat: *per text. in d. l. cum precariò. 12. in princ. ff. eod.* Nam etsi venationi, ad certum tem- 223 pus concessæ, tacitum insit pactum de non revocando eandem ante tempus elapsum: quia tamen tale pactum naturæ ac substantiæ precarii repugnat: meritò tanquam inutile, & nullius valoris, rejicitur. Est siquidem generalis regula: quòd omnia pacta, sive tacita, sive expressa, quæ sunt con- 224

tra naturam & substantiam contractûs, sint nulli
us momenti. *d. l. cùm precariò. 12. ibiq; Bartol & Dd. communiter. ff de prec. l. ubi ita donatur 27 ff. de mortis caus. donat. Angel. & Dd. in §. de illa sanè. 2. inf. de societ. Roman. consil. 120. circa num. 6 Petrus Reyzius Maureus decis. 5. num. 468. Dominus Ioannes Haibritterus & D Besoldus loco nuper allegato.*

225 Nobilis est, & multùm anceps quæstio: ecquid
Princeps, qui jus venandi certo in territorio vel distri-
ctu alicui concessit, etiam jus aucupandi & piscandi
dedisse censeatur? Negativam veriorem esse, statuo:
quoniam triti & constituti juris est: separatorum se-
paratam esse causam, & à separatis ac diversis, ad se-
parata vel diversa nihil inferri. *l fin ff. de calumniator. leg. Papinianus. 20 ff de minoribus. cum concordantibus suprà num. 175 accumulatis.* At venationem es-
se speciem distinctam atque separatam ab aucupio &
piscatione, elucet ex *l item si fundi. 9 §. aucupiorum 5. ff de usufruct.* Differunt autem præcipuè ratione ob-
226 jecti & loci. Nam venatione capiuntur feræ terrestres
in terra: piscatione occupantur pisces in aquâ: aucu-
pio illaqueantur aves in aëre. Venatio præterea fit re-
tibus, pedicis, laqueis, præcipitiis, arcub. jaculis, cu-
spide, indagine, canib. &c. aucupium fit retibus, laque-
is, pedicis, arcu, visco, hamo, accipitrib. &c. piscatura
fit retibus, sagenis, gargustiis, hamis, jaculis, &c. *Seb. Med. in tr. de venat. p. 1. in præf. num. 34 & seqq* Atque
huc spectat, quod Cravett. *cons. 972. num. 17. post Card. cons. 29 col 3 à se citatum,* scripsit: quæ substantiâ &
qualitate separata sunt, sibi ipsis nec obstare, nec pro-
227 desse. Atqui venatio, & aucupium, & piscatio, sub
stantiâ, & qualitate distincta sunt: ac ea propter di-
versis quoque nominibus appellantur. *leg. si idem. 7.*
228 *C. de codicill.* ubi Gothofredus notat: Quæ diversa
habent nomina, diversos etiam habere effectus. *arg. l. naturaliter. 12. § nihil commune. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss. & l Papinianus. 8 §. sed nec impuberis 5 ff. de inoffic. testam.* Et sanè si Princeps venationem con-
cedens, simul aucupium & piscationem concedere
voluisset: utique id disertè expressisset. Quæ enim
notabilia sunt: in specie exprimi debent: alioqui pro
omissis & neglectis habentur. *l. item apud. 15 § hoc edictum 26 ff. de injur. & facit text. in l. quicquid adstringendæ. 99. & leg. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. 2. ff. de verbor. obligat.* Sed & ejuscemodi Prin-
cipum concessiones & investituræ, communi usu &
observantia hactenus semper in hanc sententiam ac-
ceptæ sunt; quòd per jus venandi alicui concessum,
jus piscandi & aucupandi unà datum non intelliga-
229 tur. Usus autem & observantia est certa norma atque
regula interpretandi & declarandi, quid concedens sub
ambiguâ dispositione vel concessione comprehende-
re voluerit. *leg. minimè. 23 ff. de legib. leg. 2. ff. de constitution. Princip.*

230 Nec nostram evertit opinionem, quòd beneficia
Principis latissimè sint interpretanda. *l. beneficium. 3. ibiq; gloss. Petrus de Bella pertic. num. 2. & alij Dd. communiter. ff. dicto modò tit. cap. cùm dilecti 6 in fin. de donation. cap. olim tibi. 16. de verbor. significatíon. Lucas de Penna in l. 1. vers. quintò quæritur. Cod. de descriptoribus. Sfortia Oddus in tractat. de restitution. in integrum. quæstion. 93. num. 11. Iul. Clar lib. 4. recept. sentent. § feudum. quæst.* Illud enim obtinet, si bene-
ficiorum concessio à Principe facta sit ambigua, ob-
scura vel dubia. Nam si satis clara & certa (ut in no-
stro subjecto) fuerint concessionis vel rescripti verba:
ab illis recedendum non est. *argum. l. non aliter. 69.*
ff. de legat. 3. Atque hinc rectè dicitur, quòd in claris 231
& perspicuis interpretatio locum non habeat. *l ille aut ille. 25. in fin. ff. eod. tit. l. continuus. 137. § cùm ita. 2. in fin. ff. de verb. obligat.* Et declaratio, quæ circa 232
rem claram & nullius dubitationis adhibetur, nova a-
ctûs constitutio seu correctio: non autem declaratio si-
ve interpretatio intelligitur. *Cravett. cons. 830. num. 9. allegans Paul. de Castr. cons. 22. col fin. lib. 1. & Dec. in l. edita. 3. num. 49. C. de edend.*

Amplius non refragatur, quòd venatio, utpote quâ 233
feræ preciosæ adquiruntur, præstantior & major sit,
quàm aucupium & piscatio, quibus aves & pisces vi-
lioris precii occupantur. Cui autem concessum est & 234
licet, quod majus sive plus est, utique quod minus
est, haudquaquam erit denegandum. *l. non debet. 21. ibiq; Dec. & Cagnol. ff. de regul. juris l. juris gentium 7. §. adeò. 6. ff. de pactis. l. in suis. 11. in fine. ff. de liber. & posthum. l filiusfamilias. 7. in fin. ff. de donationibus. l. Marcellus. 15. ff de mortis causa don. l. nec in ea. 22. §. sed qui occiderc. 3. ff. ad l. Iul. de adult. l. cui pacto. 5. ff. de servis export. c. ex parte. 27. de decimis. cap. cui licet. 53. ubi Dyn. de regul. juris. libr. 6. Marant. in l is potest. 18 num. 19 ff de adquir. vel omitt. heredit.* Hoc,
inquam, non refragatur. Etsi enim venatio præstan-
tior sit aucupio & piscatione; non tamen hinc sequi-
tur, sub venationis concessione aucupium quoque &
piscationem comprehendi, *argum. l. solemus. 61. in fin.*
ff. de judic. ubi latrunculator, cui datum est jus anim- 235
advertendi in latrones & homines facinorosos (quod
certè majus est, quàm simplex jurisdictio) de causis
pecuniariis cognoscere seu judicare nequit.

Deinde dicta regula (*cui concessum majus est, ei et* 236
iam minus concessum intelligitur) procedit, quando
agitur de unâ & eâdem quantitate, sive rei, *ut in l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verbor. oblig.* sive temporis, *ut in l si. ita stipulatus. 109. ff. eod.* secus, quando agitur
(*ut in propositâ facti specie*) de diversa re, summâ vel
tempore: quia tunc quod minus est, non continetur
sub majori, *l ex facto 43. §. 1. ubi Bald. & Ang. ff de vulg. & pupill. subst. egregiè Molin. in d. l 1. §. si stipulanti numer. 26. ff. de verbor. oblig.* Ex his igitur o-
mnibus concludendum: eum, qui jus venandi ex Prin-
cipis concessione adeptus est, vigore illius concessio-
nis jus aucupii & piscationis usurpare nequaquam
posse. Atque hinc etiam infertur: quod is, qui vena- 237
tionem ferarum in alterius territorio præscripsit, virtu-
te hujus præscriptionis ibidem aucupari & piscari ne- 238
queat: cùm venatio, aucupium, & piscatio specie inter
se differant: & quantum possessum, tantum præscri-
ptum, & non amplius. *l. 1 §. Iulianus ait. 5. ff. de itin. actuque priv. c. auditis. 15. ibique Felin. numer. 18. & seq. & c. cùm olim. 18. de præscript. Ias. in l 3. n. 35. ff. de*

aqu.

adqu.vel amitt.possess Alexand c. 68. num. 18. & 19. vol.2 Panormit.cons 57.col. 4. Gail.de pignorationibus.obs.ult.num 4.Halbritter.in disputat. de jur. venand.de anno,&c.97.thes.2.

239 Ejusdem formæ quæstio est:an concedens potestatem insectandi & capiendi majores feras, putà cervos, apros,&c.(vulgò das Hohe/Roth und Schwartz oder grob Wildpret)intelligatur etiam tribuisse facultatem capiendi feras minores(das klein Wildpreth) putà vulpes,lepores, sciuros,ac similes? Et negativam sententiam,tanquam verissimam, in praxi servari reor.

240 Idque sanè non immeritò. Nam modus uti servitutis, ita & venationis concessioni adjectus exactissimè, strictissimèque servari debet, nec eum excedere licet. *l.servitut.4 ff.de servitut. l. certo generi 13 ff.de serv. præd.rust.l.si sic constituta.7.ff. quemad. servit. amit. l.si prius 19.ff. de aqu. pluv. arcend* Cùm igitur in hac concessionis specie modus sit appositus, ut videlicet liceat majores capere feras: non poterit is, cui facta est concessio, hunc modum transilire, adeòque minoris generis feras capere,*arg.l.diligenter.5.ff.mandati.*

241 Non obstat *l. 1.ff.de servit. præd. rust. & princ.tit. inf.de serv.rust.& urb præd.*ubi cùm notetur, quòd ille, qui concessit alteri actum per suum agrum, tanquam aliquid majus & præstantius, concessisse etiam intelligatur iter, tanquam minus quiddam & levius: consimili ratione dicendum videtur, quòd concedens alteri potestatem feras capiendi majores, ceu majus quippiam & excellentius, censeatur etiam permisisse facultatem occupandi minores, utpote minus quid & ignobilius. Hæc,*inquam,* jura non obstant. Quod enim dicunt; eum, qui actum alteri concessit, iter etiam dedisse censeri;id ex præsumptâ mente paciscentium,& veri similitudine procedit: quia verisimile est: eum,qui actum dedit, iter quoque dare voluisse: cùm nihil ejus intersit, si actum habens per ipsius fundum eat, In propositâ autem quæstione non est verisimile; eum,qui concessit facultatem feras majores occupandi, minorum quoque ferarum venationem permittere voluisse: cùm is ex hac venatione incommodum

242 haud exiguum sentire queat. Quare cùm in omni concessione illud, quod verisimile est, sit attendendum *l. Titius. 25 §.1. ubi Dd. ff. de liber. & posthum.* rectè concluditur, quòd concedens facultatem majores feras venandi, de minoribus etiam sensisse nequaquam

243 intelligatur. Quamvis ex jure facilè evinci possit;simplici & generali seu indefinitâ venationis concessione

244 non tantùm minorum, sed etiam majorum ferarum indagationem censeri indultam:quoniam indefinita & generalis oratio,indefinitè & generaliter est intelligenda: & quod in genere dicitur, ad omnes species extenditur,*l.1.§.quod autem.3 ff de aleatorib.l. 1. §. generaliter.1.ff.de leg.præst.l.1.§.sit ergò.2.ff. quæ in fraud. credit.* Præterea beneficia principum, quale hic est jus venandi,plenissimè & latissimè sunt interpretandam. *3 tt.de constit. principat. D. Dianer. & Walther d dissert.de jur.venat.c 3.conclus.9.numer.2.Petrus Heigius in quæst.jur.tàm civil quàm Saxon.quæst.15.num. 61.& sequentib.part.1. Sixtin. de regalib. libr.2.cap. 18.numer.47.*Newenhau/*discurs.19.apud Arum.vol. 3.de jur.publ th.128 cum seqq pag. 839. & Einsiedel. in tract.de regal.c 3.num.378.& seqq.ubi explanatius idpersequitur,& contraria refutat. pag 822 & seqq.* Adde D.Besoldum *d.thesaur pract.lit.I num 1.p.430.* qui ita distinguendum putat; ut cui competit die hohe Jagbarkeit/ vi juris dictionis territorialis in Krafft der forstlichen und Landsobrigkeit: is etiam habeat jus capiendi feras minores:non item si præscripserit vel alio jure particulari habeat,das hohe Wildpret zu jagen.

Enimverò cùm juxta hodiernam Germaniæ consuetudinem,& experientiam notoriam, absolutissimam rerum magistram, Principes, Duces,Marchiones, &c. non soleant facilè concedere vasallis suis jus venandi cervos, apros & similes feras nobiliores: probabilius esse crediderim, si quis Dux aliquem investierit de castro cum territorio, in quo sint plures sylvæ atque feræ, & subjecerit, mit Jagts Gerechtigkeit/huic vasallo non etiam majoris, sed inferioris solummodò notæ venationem (nimirum Jagts Gerechtigkeit an Hasen/Füchsen/Aichhörner/ und kleine Weidwerck/ ut purà Vögelfangen/ Hunerverstossen/rc. de quo *Meichsnerus tom.1.libr.2.decis.1. Camer. Imperial sub num.2.fol.mihi.* 44.) reputari permissam: nisi specialiter & expressè contrarium fuerit actum, *argum. l 1.ff.de officio ejus, cui mand est jurisd.* Hujusque 245

assertionis ratio evidens est: quia omnes dispositiones & contractus, secundùm consuetudinem illius loci, in quo celebrantur,intelliguntur, extenduntur, atque terminguntur, *l.quòd si nolit.31.§ quia assidua. 20 ff. ff de adil.edicto. Iason in l certi condictio. 9.§.si nummos 8.ff. de reb. credit.si cert.pet. Schraderus in tract. feud.part. 3.cap.4.num.46 & 47.Haydenpuecherus Disput. de jure venandi, &c.thes.31. & latius Andr. Knichen in tract. de vestiturar.pactionib.cap.2.num. 19 & pluribus subsequentib.* ubi *num.38.* subdit,con- 246

cessa venatione altioris notæ, Roth unnd Schwartz Wildprett/ non venire venationem ursinam, Behrenjagt. Tum quia hæc venatio non est de genere specierum permissarum: sed separatam speciem redolet, *Noe Meurer. in tract.de jure Foresti. part.2 fol. 16. & 32.in fin..* Tum quia in genere non transit,quod Princeps vix speciatim ac in singularem faventiam concedere assolet,*arg.l. obligatione generali. 6.ff de pignorib.cap.in generali. 81. de reg.jur.in 6.Castrens cons. 336 num.2 vol.1.Surd.consil. 210.num 58 lib.2. Decian.resp.19. num.91. vol 3.* Tum quia gratia non præsumitur,nisi in gratiose concedi solitis, *argum. c. bona memoria. 4 ubi Canonista. de postulat. Prælatorum Iohan.Meichsner. d.t.1.lib.1.decis.42 num. 4.fol. 750.*Id quod hic non obtinet; cùm peculiariter Pinceps plus æquo ursinam venationem sibi vendicent. *Vide Wehner. in observationib practic.lit.F p.162. & seqq. verb.* Forstrecht/*edit.ult* 247 248 249

Nec huic obsistit constitutio Friderici Imp. *in tit. de pace tenend.& ejus violatorib.§.si quis rusticus. 5.v. nemo retia.tit.27,lib.2 feuder,* ubi permittitur cuilibet 250

bet ursorum, aprorum & luporum venatio. *Etenim* inde necessariò non sequitur, quòd contrarium tot annorum interventu induci non potuerit; alioquin etiam aprina venatio etiamnum omnibus permissa esset. Neque procedit argumentum ab eo, quod olim fuit, ad id, quod nunc viget, *argumento l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionibus D. Knichen. d. tractat. de vestiturar. pact. capit. a num. 49. & seqq.* **Newenhan** *d. discurs. 19. apud Arumaeum. vol. 1. de jur. publ. th. 132. & seqq pag. 840.*

251 Antedictis adjici potest & hæc sæpiculè agitata quæstio; ad dominus Foresti concedens alicui potestatem, **nach Füchs und Hasen zurichten / zu baisen und zu lausen** / intelligatur etiam tribuisse facultatem, **einen Fuchs oder hasen mit der büchsen zuschiessen?** Et negativa sententia mihi verior videtur, ob has potissimùm rationes I. Quia tralatitium est: à separatis ac diversis, ad separata vel diversa nihil inferri. *d. l. fin. ff de calumniatorib. d. l. Papinianus. 20 ff de minorib. & similibus praallegatis. num. 175.* Atqui potestatem **nach Füchs vnd hasen zurichten** / &c. separatam atque distinctam esse a facultate **einen Fuchs oder hasen mit büchsen zuschiessen** / plusquàm manifestum est. II. Quia modus uti servitutis, ita & venationis concessioni adjectus, strictissimè est observandus. *d. l. servitutes. 4 ff de servitutib d. l. certo generi. 13. ff. de servitutib. prad. rustic. cum concordantibus adductis suprà num 240.* Ideoque cum in isthac concessionis specie modus sit appositus, ut nimirum liceat: **nach Füchs und hasen zurichten / zubaissen vnd zu lausen**: non utique poterit ille, cui facta est talis concessio, hunc modum transilire, adeoque vulpes & lepores sclopetis ac bombardis persequi, *arg. d. l. diligenter. 5 ff. mandat.* III. Quia ubi diversa est ratio, ibi diversa quoque est juris dispositio. *arg. l. quadam. 9. §. nummularios ff. de eden & l. illud quasitum. 32 ff. ad L. Aquil.* Iam verò utriusque concessionis diversam esse rationem, inde apparet: quòd feræ ex bombardarum sonitu vehementer disturbantur, atque in fugam conversæ, sua lustra relinquere solent: id quod non similiter fit per capturã, laqueis & retibus, similibusque instrumentis institutam. IV. Quia hæc opinio communi praxi & observantiâ (à quâ in dubio non recedendum. *l. minimè. 23 & l. si de interpretatione. 37. & seq ff. de legib.*) recepta videtur. Vnde exploratum est, quod Principes ut plurimum in concessionibus ex gratiâ profectis, **in Gnaden: vnd Reversjagen / das anstellen vnd schiessen auff den höltzern außdingen vnd verbieten**: ut testatur Paulus Matthias Wehner. *in libro singulari practic. observation. lit F. in verb.* **Forstrecht.** *&c. pag 156. o dit. ult. Et hac de re paulò latiùs infra num. 273. & seq.*

252 Cæterùm, quod de modo venationis, per cõventionem alteri concessæ, observando dictum est: ad illam quoque venationem porrigi debet, quæ per præscriptionem in alienâ sylvâ fundoquè adquisita est. Nam & ista venatio ultra modum & limites præscriptos non erit extendenda. Siquidem præscriptio stricti juris est: nec de casu ad casum, de personâ ad personam, de modo ad modum extendi potest; quia tantum præscribitur, quantum possidetur. *d. l. 1. §. Julian. ff. 5. de itin, actuq. priv. Cravet. cons. 922. num. 11 & seq. aliisq. juris. & authoritatib. suprà adductis.* Proinde si quis immemorialis temporis spacio in fundo alieno certis cũ instrumentis (*putà cum retibus*) venatus fuerit, hocq; modo venandi exercitium præscripserit: eum aliis instrumentis (putà cum canibus) in eodem fundo venari minimè poterit; *prout in simili respondit. Modest. Pist cons. 10. nu. 16. vol 1* Atque hinc non usque adeo in dispanbus terminis traditur, quòd si quis dicat, se præscripsisse jus colligẽdi pedagium, intelligatur sibi quæsivisse in illis tantùm rebus, de quibus probatur exegisse pedagium, & in quibus apparet usus. Secus verò in aliis, in quibus usus non probatur. *Bartol. in l. si publicanus. 4. in fin. ff. de publican. & idem Bartol in dict. leg. 1. § si quis hoc interdicto. 4. ff. de itin. actuq. priv.* 253
eumq. citans & sequens Medestin. Pistoris. de cons. 70. nu. 15. Pedagium autem est vectigal, quod ab iis, qui pedibus iter faciunt, exigi solet: *ut ex Eguinario Barone interpretatur Borcholt. in Comment. de feud c. 4. num. 15.* Eàdem igitur ratione qui in fundo vel sylvâ alienâ præscripsit majorum ferarum venationem: non poterit vigore hujus præscriptionis minores feras occupare: & e contra. *Heig. pradict. q 15. nu. 69. part. 1.* 254

Vnde disceptatio non levis exurgit: num siquis tempore immemoriali sive longissimo, cervos tantùm in fundo alieno persecutus & venatus fuerit: jus etiam apros venandi & capiendi, vel contrà, præscriptione adquisierit? Equidem affirmativam censeo probabiliorẽ esse sententiam, *argum. textus in c. cùm in tuâ. 30. de decimis.* ubi secundum veriorem intellectum scribitur: 255
si per 40. annos triticum sit in aliquo prædio seminatum, ejusque decimas non Ecclesiæ parochialis, sed monasterium collegerit: idem quoque decimas alterius frumenti postea seminati, licèt Ecclesia pro se habeat jus commune, jure præscriptionis colligere posse. Ex quo textu Panormit. ibi infert: eum, qui in aliquo loco actus exercuit alicujus jurisdictionis, posse adimpletâ præscriptione aliis omnibus, ad eandem jurisdictionẽ pertinentibus, actib⁹ uti. Atque ita etiamsi 40. annis nõ contigisset ibi homicidium: tamen si quis punivisset alia scelera: post præscriptionem cõpletam poterit punire etiam homicidium. Sic & Cynus, Salicetus, aliique 256
in leg. 1. in fin. C. de emancip. liberor. tradunt: eum, qui utitur uno actu jurisdictionis, videri uti omnibus actibus, qui possunt sub eâ specie jurisdictionis comprehendi. Vt, si quis per tempus, ad præscriptionem sufficiens, usus fuerit quibusdam actibus simplicis jurisdictionis, nõ tantum jurisdictionem in illis actibus, quos exercuit, sed in omnibus aliis, sub eàdem specie comprehensis, quæsivisse præscriptione censetur. Item si quis unam aliquam meri imperii pœnam irrogaverit; omnium aliarum, ad merum imperium pertinentium, pœnarum infligendarum potestatem sibi comparasse judicatur, *argum. leg. una est via. 18. ff. de servit. rustic. prædior.* Qui enim pro parte utitur ejusmodi jure, is totum id usurpare intelligitur. l. *si stillicidii. 8. in fine. ff. quemadmodum servit. amitt. l. si, qui usumfruct. 20. ff. quibus modis usumfruct. amitt.* Vnius igitur actùs meri imperii exercitio, omne merum imperium putatur præscriptum; adeoque etiam in actibus majoribus,

quàm quos præscribens exercuit: quia ejusdem speciei sunt.

258 Nec potest objici: præsceiptionem, tanquam odiosã, non debere extendi ab unâ specie ad aliam, *argum. d. l.1.§.Iulianus 5 ff.de itin.actuq.privat.c auditu.15.& cap.cùm olim.18.de præscription* Nam præscribens intelligitur uti specie jurisdictionis, non jure ejus tantùm speciei, sed totius generis sub quo species continetur, *argum.dict.leg.si stillicidii. 8.in fin ff.quemadmod.*

259 *servit.amitt.* ubi qui per partem it, jure totius servitutis debitæ uti reputatur. *Latè Modest. Pistoris c. 4. nu. 42.& seqq.allegans Alexandrum consil.68. vol. 2. & alios* Pari ergo ratione si quis tempore, ad præscriptionem sufficiente, cervos in alienâ sylvâ venatus fuerit & ceperit: per hoc exercitium integram quasi servitutem majoris sive altæ venationis (deß hohen Wildbanns) usurpasse, atque adeò non jus tantùm occupandi cervos, sed apros quoque & alias feras majores præscripsisse censetur: *ut præclarè docet D.Collega Ioan.Halbritterus in sæpè allegat.tractat.de jure venand.c.4.* ubi *ex dict.leg 8 ff quemadmodum servitus amitt.* inferri autumat: si quis pluribus annis in alienâ sylvâ venatus fuerit, etsi non in omnibus & singulis, sed quibusdam tantùm illius sylvæ locis sive partibus venationem exercuerit; cum tamen post legitimum præscriptionis tempus effluxum, non iis solùm in locis, sed aliis etiam omnibus, ad istam sylvam pertinentibus, venationem

260 instituere posse. Et huc confert, quod in simili quæstione decisum est: illum, qui merum imperium quibusdã in locis territori vel civitatis alicujus exercet, animo adquirendi universalem jurisdictionẽ totius istius territorii vel civitatis: merum imperium in toto territorio seu civitate, & qualibet ejus parte præscripsisse intelligi, *per text in dict cap.cum in tuâ.30.de decimis. Cravet.de antiquit.tempor.part.4.n.58.ubi pluros allegat.*

261 Porrò extra dubitationis aleam positum est: quòd unius speciei jurisdictionis præscriptio, non contineat aliam diversam speciem, *argum.l.si prius.17. in pr.ff.de aq pluv.arcend.* Tantùm enim præscriptum, quantum

262 possessum, *ut jam sæpenumero inculcatum.* Quocirca si quis præscripserit Iurisdictionem in causis civilibus: non poterit eâ uti in causis criminalibus. *Chassenæus in consuetud.Burg.tit.des justices.in princ.n 32. Cravett. d.part.4 numer.61. D.Halbritterus, loco ante notato.* Hucque referantur, quo annotavimus *ad princip. tit. infr.de usucapionib.n.249.& seqq.*

263 Quæri à nonnullis & dubitari solet: an inter venationem seu jus venandi, & inter forestam seu jus forestæ vel foresti (utrùmq; etenim usu receptum est, & latum nemus sine clausurâ indigitatur. *Mynsing. decad. 2.resp 16.n.36.*) constituendum sit discrimen? Ego sanè constituendum esse, non valde ambigo. Primùm enim venatio vernacula nostrâ linguâ ein Wildbann / das gejägt / Wildbanns oder Jagts Gerechtigkeit appellatur: foresta verò Forst / oder Forstrecht / item Förstliche Obrigkeit oder Gerechtigkeit dicitur. Deinde venatio est jus sive facultas investigandi, prosequendi, capiendiq; feras: nec plus in se complectitur. At foresta ex receptâ totius Germaniæ consuetudine, non ferarum tantum consectationem & occupationem; sed alia etiam maximi momenti jura in se comprehendit: jus videlicet præcipiendi & prohibendi de rebus ad venationem pertinentibus, Förstlich Gebot und Verbot anzulegen: jus saltuarios (Forstmeister und Forstknecht) constituendi, jus transgressores pignorandi & mulctandi: jus omnes fructus sylvestres percipiendi, Fronen zu fordern / & similia. *Vide Hunnium & Kyllingerum d.disput.de jure venandi.th.4.ad lit.d.cum th. seq.*

Præterea differentia inter jus forestale & bannum 264
sylvestre seu ferinum ex eo quoque perspicitur: quòd in aulis Principum officia eines Jägermeisters und eines Forstmeisters distincta sunt. Der Forstmeister sylvis & nemoribus præfectus est: cujus officio præcipuè incumbit, ut curet, ne sylvæ per excissionem arborum devastentur: sed omnia illa fiant, quæ ad sylvarum utilitatẽ spectãt. Der Jägermeister / venationi præficitur: ejusq; officium est, omnia illa solicitè instruere, & ordinare, quæ venationi cõveniũt. Diversitas ergo officiorũ, arguit etiã diversitatem rei, *arg.l.lego obvenire.130. ubi Rebuff.ff.de verb signific. & notat Ioannes Meichsnerus tom.2.decisionum Cameræ Imperial.lib.2. dec.2. n 38.fol.136 quem refert & sequitur Iohan. Bidembachius in suis quæstionib.nobilib.qu.15.n.5.* Deq; istis differentiis explanatiùs disserũt *Wehner.d.libr sing.pract. observ.lit F.verb.* Forstrecht / *&c.p.152.& seq Rudinger.cent.2 sing.obser.42 Matth.Steph lib.2. de jurisd. p.1.c.7.memb.1 n.440* eosq; laudans Henricus Nieuenhan *disc.19.th.5.apud Arumæum.vol.3.de jur pub. p.819.* Quibus omninò addendus est Dn. Colleg. Besold *in thesaur.pract.lit.n.19.p. 258.*

Proinde plus habet, cui foresta, quàm cui venatio 265
concessa est. Cùm igitur jus forestæ & jus venationis, tanquam plus & minus (sive potiùs tanquam totum & pars, ita ut jus Forestæ sit totum integrale; ex banno sylvestri & aliis partibus constitutum. *Andreas Knich. in tract. de vestitur pactionib.c.2.n.53. Bidemb d quæst. 15.n.1.& 2.Meichsner.dict.dec.2.n 36 fol. mihi 136.*) inter se differant: probè perpendẽda est concessio Principis, hujusmodi jus tribuentis, & ex verborum tenore judicandum, num simplex venatio sit data, an verò foresta: quo casu (ut dictum modò) non jus solùm occupandi feras, sed & præcipiendi prohibendique (Gebot und Verbot anzulegen) circa venationem, & res à venatione dependentes, non autem circa res vel causas alias, concessum intelligitur, *argument. l ultim. Cod.de*
jurisdict omn.judic. ubi notatur, quòd jurisdictio con- 266
cessa habenti certam administrationem vel negociationem, exerceri solummodò possit in illis causis & quæstionibus, quæ ad negociationem istam pertinent. *Cynus, Baldus, Angelus, Sichard. Vultejus. in d. l. fin. C. eod.*

Atque hinc consules mercatorum, quibus jurisdictio data est, vi jurisdictionis suæ statuta facere possunt de rebus illis tantùm, quæ mercaturam & ipsos mercatores concernunt, vel de connexis, non verò de his, quæ remota sunt ab eorum professione & officiis. *Bartol. & Bald. in l. omnes populi. 9. numero octavo. ff. de justit. & jur. Latè Benvenutus Straccha in tractation. de mercatu-*

râ.ti-

rá. titul. quomodo proced. sit in causis mercatorum
267 num 8 sequent. Hûc etiam facit, quòd statuta dispo-
nentia, credendum esse liberis mercatorum, intelligen-
da sint de iis rebus, quæ ad commerciorum & negoci-
ationis materiam spectant, & non de aliis, argum. l.
& ita. 3. §. eodem modo. 2. ff naut caupon. stabul. Reland
à Valle. cons. 92. vol. 3. Iohan. Andr. in titul. de instru-
ment. edet §. nunc dicendum. Ludovic. Roman. cons. 205.
num. 3. & cons 300 circa princ. Iason. in l. ago cum Ge-
miniano. 3 num. 3. C. de transf. Cravet. cons. 3. num. 15.
Hippol. de Marsil singul. 500. Vasquius illustr contro-
vers. lib. 1. cap 35. num. 7. Dec cons. 60. num. 3. Gail. lib.
2 obs. 20. num. 8. & seqent. Stracch a d. loc. num. 40.

268 Cæterùm cui jus foresti à Principe concessum est:
merum Imperium circa res venatorias exercere, ade-
oque venatores contra prohibitionem venantes (vul-
gò Wildderer oder Wildtpretschützen) criminaliter
punire non potest: quia de jure foresti ad merum im-
perium, cum diversa & separata sint, malè infertur, per
notata Mynsingers. Dec. 2. resp. 16 num. 35. & 46. Rutg.
Ruland. de commiss. libr. 5. cap. 31. numer. 11. 12. & seq.
Hng. in suis quæstionib jur. quæst. 15. numer. 55 Meichs-
ner t. 1. libr. 1. decis 33 num. 2. fol. 467. & d. tom. 2.
libr. 2. decis. 2. numer. 29. fol. 135. Adriani Gylman. in
symphor. supplicat. Camer part. 3. vot. 23. numer. 75. &
seq fol. 118. in causa Noricâ Knichen. d. tract. de vestit.
pact. cap. 2 num. 57. & seq Bidembach. d. q. 15. num. 8.
& Georgii Mor. in tract. de jure venand. part. 2. cap. 3.
num. 8. & sequentibus.

269 Nec huic obsistit. l 2 ff. de jurisdict. ubi concesso a-
liquo, censetur omnia concessa esse, sine quibus id,
quod expressè permissum est, expediri, defendi vel
conservari nequit. Nam id non procedit, quando id,
quod expressè concessum est, sine eo, quod expressum
non est, commodè explicari & defendi potest; ut Bolo-
gnet & alii in d. l. 2. notant. Sed venatio conservari,
defendique potest auctoritate & auxilio magistratûs
ordinarii, etiamsi is, cui forestum à Principe datum
est, & per se & jure suo venatores facinorosos coërcere
nequeat.

270 Nihil item huic decerpit pronunciato: quòd, con-
suetudine attestante, Principes, Duces, Marchiones,
Comites, & similes, qui forestum habent, plerunque
eos, qui illicitè venatibus indulgent, criminaliter pu-
niant: atque adeò in eosdem merum Imperium exer-
ceant. Isthæc namque punitio non perficitur jure fore-
sti, sed vi & potestate supremæ atque ordinariæ juris-
dictionis, quæ Principibus, Ducibus, Marchionibus,
Comitibus, aliisque in suis Ducatibus, Comitatibus,
& territoriis competit. Rectè itaque statuitur: quòd
habens jus foresti, vi & virtute hujus juris, merum im-
perium in facinorosos venatores exercere neutiquam
valeat.

271 Quod tamen limitatur, ut non procedat, si antiquâ
& inveteratâ consuetudine receptum fuerit, quòd jus
forestæ habens, de criminibus venatoriis cognosce-
re, pœnamque infligere possit. Longa enim consue-
tudo jurisdictionem tribuit, etiam non habenti. l. fin.
ff de aqu. pluv. arcend. viros. 8. C. de divers. eff. & c. c.
cùm contingat. 13. de foro comp. c. 1. de pœnis. lib. 6. Rom.
d. cons. 300. num. 1. D. Halbritt. in d. tractat. de jure ve-
nand. c. 1. in fin. Vide D. Besoldum d. thesauro pract. lit.
F. num. 19. pag. 259. & seq.

Illud expeditum videtur; eum, qui jus venandi in 272
aliquâ sylvâ habet, jus quoque habere eingendi sylvam
in capturam ferarum, vulgò Die Gerechtigkeit deß
Hagens/ daß er ein Hag in das Holtz schlagen möge.
Gail. lib. 2. obs. 68. numer. 7. allegans Zasium cons. 6.
numer. 1. vol. 2. hosque sequitur Haydenpuecherus in
Disput. de jure venandi. thes. 85. Nam, ut suprà mo-
nitum, uno concesso, & reliqua concessa intelligun-
tur, sine quibus illud commodè explicari non potest. d.
l 2. ff. de jurisdict. Quod tamen non ita accipi volo,
quasi is, qui potestatem habet sepiendi vel ambi-
endi sylvam ligneis plagis, etiam possit ligna in eâ i-
psa sylvâ cædere ad usum cingendi (Deß Hagens) sed
si vult saltum sive sylvam plagis ligneis sepire, vel ein
Hagen gere: suis id lignis, sineque præjudicio alterius,
facere necesse habet: quia plagæ istæ sive Die Hagen
sunt instar retium & cassium. Is autem, qui venatione
uti desiderat, eam suis retibus & canibus exercere te-
netur: quoniam servitutes sunt stricti juris, nec ultra su-
um casum extendendæ. l. certo generi. 13 §. 1. ff. de
servitut. præd. rusticor. l. is, cui via. 11. ff quemadmod.
servitutes amittuntur. l. si mater. 11 §. si quis iter. 6. ff.
de except. rei judicat. Sed vide Petrum Frider. Min-
dan. in process. Camer. libr. 2. capit. 41. num. 1. Bidem-
bachium in quæstionibus nobilibus. quæst. 17. Iohann.
Tilmannum decision. Camer. Imper. Syntag. 1 Decad.
3. vot. 2. num. 9. & 10. Gyland. lib. 1. decis. 52. num. 35.
cum seqq. Gylnausen. part. 1. arbor. judic. civ. c. 1. num.
90. Gylman. tom. 1. Symphor. part. 2. tit. 8. vot. 5. num. 9.
& 10. fol. 141. hosq; laudantem Wehnerum. d. observa-
tionib. practic. lit F. in verb. Forstrecht / & c. pag. 155.
& seq. Adde D. Besoldum. d. thesaur. pract. lit. I. nu-
mer 1. pap. 430. & Wurmser. atque Borvvitz. exercit.
3. de jur. publ. quæst. 10. pag. 114.

Licèt porro venatione concessâ, omnia media (& 273
sic quoque sclopetorum & bombardarum usus) ad
eam pertinentia videantur concessa, argumento nota-
torum à Castrensi in l. imperium 3. num. 3. ff. de jurisd.
attamen si tum jus nostrum civile (de quo suprâ n. 251.)
pensiculatiùs consideretur: tum recepta passim con-
suetudo spectetur, uti omninò hac in re spectanda ve-
nit: bombardarum usum hic impermissum esse, non
insulsè quis dixerit. Feras siquidem bombardarum so- 274
nitu è lustris & saltibus pelli atq; disturbari, in confes-
so est. Vnde Principes in concessionibus venationum
gratuitis, plerumq; non solum bombardarum usum
prohibent: sed & eò jus forestæ extendunt: ut, si illud 275
etiam in alieno territorio habeant, incolis & accolis ibi
locorum usu bombardarum interdicant: sicuti notabi-
liter scriptum reliquit Bidembach. d. quæst. 17. nu. 6. &
seqq. Et cum his conjungenda sunt, quæ notavimus su-
prà n. 134. & seq. item n 251. & seqq.

Nodosa videtur quæstio: ad quem fructus sylvæ ve- 276
natoriæ pertineant, utrùm ad dominum sylvæ, an verò
ad eum, qui in illâ servitutem vel jus venationis possi-
det? Et quidem ante omnia videndum est: num aliquid
inter dominum sylvæ & venatorem, de fructibus nûcu-

277 patim conventum sit, nec ne. Nam si intervenerit pa-
ctio vel conventio: huic standum erit: eò quòd contra-
ctus ex conventione legem accipiant. *l. 1. l. juris genti-*
um. 7. § ait Prætor. 7. ff de pact. l. 1. §. si convenit. 6. ff.
depositi. l. contractus. 23. l. semper in stipulationibus. 34.
ff. de regul jur. c. contractus. 85. ibique Dynus. eod libr.
6. Rebuff in l. un. numer. 564. C. de senten. quæ pro eo,
quod int. Caball. in tract. evict §. 4. nu. 2. Mozzius in
tractat. de contractib. Rubr. de commod. tit. de acciden-
talib commod. num. 6. Straccha in tract. de sponsionib.
part. 4. vers. quæro igitur. num. 1. Gail. d. libr. 2 observ.
68. num. 1. & 2. Sin verò nihil in specie sit conventum,
278 nihil etiam longissimo usu observatum: putaverim,
in dubio glandes (*licèt quo ad illas Gail. allegato loco,*
Boeer. class 4 disput. 3. thes 29 edit. 1 Mor. in tractat.
de jure venand. part. 2. cap. 3. num. 23. & Haydenpue
cherus in disputat. de jure venandi. th. 83. dissentiant)
& reliquos fructus sylvestres, in usum ferarum tan-
tùm conditos, venatori pro alimentis ferarum adju-
dicandos esse. Et ratio est: quia si fructus omnes au-
ferrentur; brevi feræ quæque fame perirent, venatio-
279 nisque exitium secum traherent: cùm alimenta dene-
gans, necare videatur. *l. necare 4. ff. de liberis agnosc. l. si*
victum. 34. ff de re judicat. c. pasce. 21 distinction. 86.
Marius Salomonius in l. 1 § jus naturale. 3. num. 1. ff. de
justic. & jur. Pract. Pap. in for. libr. pro leg. res sing.
verb. coram vobis numer. 118. Ioan. Lup. in rub. §. 70.
numer. 24. ext. de donat. int. vir. & uxor. Newenhans
discurs. Academ. 19. apud Arumaum vol. 3. de jur. pub.
th. 191. cum seqq pag. 849. Cæterùm si ultra ferarum
victum, quid reliquum fuerit fructuum, eorum præ-
sertim, quibus homines communiter cum bestiis ve-
scuntur, velut sunt castaneæ, avellanæ, cerasa, pira, &
similes; id domino sylvæ seu fundi cedet, penes quem
aliàs penitus inutilis remaneret proprietas, contra *l. si*
usufructus. 8. ff. de usu, & usufruct. legat. Atque ita
mecum sentit Frider. Pruckman, *in eximio suo tract. de*
Regalib. §. venatio. c. 8. Eâdem qui de re videatur etiam
Noe Meurer. p. 2. Von den Jagten. *tit.* Ob die Eichel/
Frücht/ und ander Wildobs/ rc *fol. mihi. 25.*

280 Frequenter & hoc in quæstionem vocatur: an pro-
prietarius seu dominus sylvæ venatoriæ, quæ alteri
servitutem venandi debet, grandes & annosas arbo-
res cumulatim, & magno numero, unâ vice excidere,
atque ad quæstum suum transferre possit? Et in ne-
gantem sententiam sum proclivior: propterea quòd
hoc fraudi & damno esset alteri, venandi servitutem
281 habenti; quæ eo ipso longè deterior fieret. Nemo au-
tem propriâ auctoritate servitutem rectè constitutam
deteriorem facere potest, *l. servitutes. 20. §. si servitus.*
3. & §. sequent. ff. de servitut. urban. prædior. l. sed si
quid. 15. §. proprietatis. 6 ff. de usufruct. l. certo generi.
13. §. 1. ff. de servitut. præd. rustic. l. & si fertè. 6. § fin. ff.
si servit. vindicet. l. 1. §. Labeo putat. 27. ff. de aq. quoti-
dian. & æstiv l. in fraudem. 45. §. conductor. 13. ff. de ju-
re fisci. leg. forma. 4 §. 1. vers. si vites. ff. de censibus. l.
fructus. 7. §. si fundum. 12. ibiq. Bartol. & Bald. ff. so-
luto matrimon. Ideoque si dominus sylvæ tale quid at-
tentaverit: competentibus remediis, implorato ju-
dicis officio, prohiberi poterit. Et quoniam tali casu
de damno irrecuperabili agitur: quippe cùm annosæ 282
& sublimes arbores magno numero succisæ, in homi-
nis ætate pristinæ altitudini & utilitati restitui neque-
ant: idcircò ob periculum, quòd in morâ versatur,
mandata sine clausulâ contra dominum sylvæ, ut ab
incepto vel proposito abstineat, in Camerâ Imperiali
impetrari & decerni possunt: *ut testatur Andreas Gail.*
libr. 2. observation. 67 numer. 8. Doctor Marta tomo. 9.
digestorum. novissimorum. tit. venatio. cap. 6. fol. 118.
& D. Halbritterum in disputation. de jure venand. de
Anno 97. th. 21. Multo ergo minùs sylvæ venatoriæ 283
domino totam sylvam radicitùs evertere, aratrum in-
ducere atque ex eâ agrum novalem facere licebit: quia
hoc pacto tota mutaretur forma, totaque venandi ser-
vitus inutilis fieret: quod justitiæ & æquitati conso-
num non est. *l. inde etiam. 3. §. reficere. 15. ff. de itin. a-*
ctuq. priv leg 2. ff. si usufruct. pet. leg. præses. 6. & l se-
quent Cod. de servitut & aqua. leg. 2. Cod. de L. Aquil.
Capolla in tractat. de servit. rustic. prædior. cap. 9. nu.
40. & seq. Ligna tamen & arbores dominus ad ne-
cessitatem & utilitatem cædere non prohibetur: dum-
modo moderatè id fiat, & secundùm consuetudinem
antiquitùs observatam; ita videlicet, ut servituti venan-
di nullum detrimentum adferatur, *l. ex sylva. 10. ff de*
usufruct. Gail. d. obs 67. nu. 9. Georg. Mor. in tract. de ju-
re venand. part. 2. cap. 3. num. 16. De prædictis vide
quoque Wehnerum *dictis observ pract. lit. F. in verb.*
Forstrecht/ *& c pag 156. & seq.* Andream Knichen *p. 2.*
c. 2. de pact. vestit. num. 8 cum seqq. & Henricum Newe
enhan *discurs. Acad. 19. apud Arumaum vol. 3. de jur.*
public. th. 182 & seqq. pag. 847. & seqq. nec non Ludo-
vicum Grempium *vol. 1. cons. 15. consilior. D Besold fol.*
312. & seqq.

Discutienda hic venit & illa celebris controversia: 284
utrùm subditi à superiore vel domino suo cogi jure
possint, ad operas in venationibus exhibendas: Ubi cõ-
primis sciendum est; varias esse operas, ad venationem
pertinentes; ut notavit Noë Meurer d. part 2: Von den
Jagten/ *tit.* Was für und wie viel Beschwerdt/ rc. §.
Zum fünfften. fol. mihi. 36. ubi inquit: Daß bey dem
Forst allerhand beschwerten der Frondienst halbẽ zu
befinden: als die Häger zumachen/ Fürzusehen/ Garn
Seiler/ Hund/ Holtz/ darzu zuführen/ und dergleichen.
Unde circa propositam quæstionem concludendum:
dominum superiorem, qui de regali dignitate ab Impe-
ratore investitus est, atq; adeò regalia jura usurpat, ve-
luti Principem, Ducem, Marchionem, Comitem, &c.
subditos suos ad ejuscemodi operas in venatione præ-
standas adigere posse. Etenim sub regalium concessio- 285
ne onera quoq; comprehenduntur personalia, ad quo-
rum præstationẽ subditi tenentur: veluti exhibere plau-
stra cum equis seu bobus, vel naves pro portandis & ve-
hendis rebus domini sui de loco ad locũ, prout ipsi do-
mino utile & necessariũ est, *arg. l. neminẽ. 11. C. de sacros.*
Eccl. l. nullus. 21. C. de curs. pub. & angar. c. un. quæ sint
regal. in feud. Hinc etiã tenentur subditi ad extructionẽ 286
stabulorũ pro equis & animalib. domini sui. *l. in omnib.*
7. C. de curs. pub & ad suscipiendũ milites Imper. & su-
perioris sui, illisq; transitũ & commeatũ præstandũ, *arg.*
l. 2. § 3. & seq. C. de Epis. & Cler. & ad subministrãdũ ali-

men-

mēta domino suo, si indigeat, & ad consimilia, *de quibus Spec.in tit.de feud.§ quoniam. ver.17. Bald.in l. 1. in fin.C.de oper libert. Angel cons 224. August. Beroj. cons 81 nu.6.7.& 8.vol.1. D.Besold.d thesauro pract. lit,W nu.47.pag.857.*

287 Conclusio ista, quæ vult, subditos ad operas venatorias domino suo exhibendas jure teneri, ampliatur: ut subditi vel rustici operas illas suo victu, propriisq; expensis præstare debeant. *l.suo victu 18 ff. de oper.liberti d.l.in omnibus 7 C de Curs.pub. Bart. in l.si non sortem 26.§.si libertus 12. num 31. ff. de condict. indub. Guid Papa decis 217 num 1. Ioann. Ferrar. Montan. lib 6.de feud cap.3 Zasius lib.1.singul.responsor cap.3 num 81 in fine* Limitatur tamen hæc ampliatio primùm, ut procedat duntaxat in operis, ex obligationis necessitate præstandis: secus si subditi sponte, & benevolentiæ declarandæ causâ domino operentur. Tunc n. æquitatis ratio postulat, ut ipsis cibus & potus â domino præstetur. *l.in rebus 18. § possunt.2 ff. commod. Bald in l libert.10.C.de operis libert. Bartol.*

288 *& alii locis præallegatis.* Deinde hanc ampliationem restringi oportet, ut non teneat, si diversum ex regionis consuetudine sit introductum: vel etiam expressè conventum; quòd dominus in ejusmodi operis ad venationem exhibendis, subditis suis laborantibus victum & amictum præstare debeat, quæ consuetudo & conventio imprimis attendenda erit. *l.si fundus 6. ff.de evection l.domini prædior.5 C de agric. & censit. leg excepto.18.ubi Gloss.& Dd.C.de locat. & conduct. Speculat.in d tom. de feud. § quoniam.quæst.17. Berojus d.cons.81. num.15 & seqq. Ioan-Ferrar. d cap.3.*

289 Denique prædicta ampliatio limitatur, ut non procedat, quando rustici vel subditi operam in venatione præstantes, tam pauperes sunt; ut non habeant, unde se suosque interim, dum domino operantur, alere queant. Hoc etenim casu dominus subditos suos operantes sustentare tenetur. *dict loc.suo victu 18 ff. de operis libert. Guid. Papa.d.decis 217. Ioannes Halbritter.in tract. de jure venand cap.ult Confer cum his, quæ infrà dicentur ad titul.de assignat. libr.reor. numer.11 & seq.*

290 Præfata conclusio limitatur, ut locum sibi non vendicet, si subditi contrariâ consuetudine vel præscriptione induxerint, & obtinuerint, quòd ab operis venationum liberi & immunes esse debeant. Nam in operis exigendis antiqua consuetudo observanda est, nec ab eâ recedendum, *arg.l fin C quemad.civi mun. indicunt. Berojus d.cons 81.num 30 vol 1.*

291 Subditi autem præscriptionem immunitatis seu libertatis ab operis superiori præstandis prætendentes, quatuor potissimum probare tenentur. Primò, quòd fuerint aliquo tempore requisiti, ut operas præstarent. Secundò, quòd requisitioni contradixerint. Tertiò, quòd in bonâ fide constituti fuerint. Quartò, quòd scientia & patientia domini, contra quem præscriptio allegatur, intervenerit. *Et hæc quatuor requisita latè recenset Alexand cons 136. nu.19 & seq.libr.2. Mascard de probat.conclus 883.num.2. vol.2. Modest.Pist.cons 4. q.2 nu.33.& alii ab iis citati.*

292 Præterea supradicta conclusio, quâ diximus, superiorem magistratum subditis suis operas venatorias indicere posse, limitatur; ut non procedat, si is nimis frequentes & immoderatas operas subditis suis indicere velit; adeò, ut non suppetat eis tempus sese & suos alendi. Hujusmodi namque indictio jure nostro improbatur, *arg.l.unica.C.ne operæ à collatorib. exigant.lib.1.C.in quib caus.colon censiti dom. accus. pos.l.nec audiendus 17 & l.cùm patronus 22.§ ult.ff. de oper.libert. Zasius d.lib.1 singul. responsor. cap.3. num.82. Colerus in tract de process executivis.part.1. cap.9.num.26. Andreas Gaillus lib.1 observ.17.* ubi notat, quòd subditi insolitis & intolerabilibus operis atque servitiis à domino suo gravati, querelam hac de re ad Cameram Imperialem deferre, & mandata sine clausula contra dominum impetrare possint; quibus ei præcipitur atque injungitur sub certâ pœna; ut ab immoderatis istiusmodi gravaminibus & exactionibus desistat. *Idem etiam tradidit D.Halbritterus in præallegat. tractat.de jure venand. cap.ult. in fine. nec non Hunnius & Kyllinger in dict. disput.de jure venandi. thes 3.circa medium.* Porrò an & quatenus rustici & subditi castra dominorum custodire, & servitia vel operas ad ædificia eorum extruenda præstare teneantur, plenissimè exequitur Matthias Berlichius, *part.2.conclus.pract.conclus.64. & seq. pag.1365. & seqq.* Cæterùm de pœnâ subditorum & rusticorum, debita servitia præstare recusantium, videantur *Andream Gail libr.1 observ 17. incip si dominus num 8. Regnerus Sixtinus libr.2.de regalibus cap 13. num.64.cum seq. Colerus dict part.1. de processibus execut. cap.3 num. 156. & sequent. Ioan. Borcholt. consil.9. incipi.* Der Wolgeborne. *libr 1. eosque referens Berlichius decis. aur. 65. pagina 215.*

293 Hic autem obiter notandum: manda sine clausulâ regulariter ipso iure non valere, & prohibita esse: cùm ab executione non sit inchoandum. *l. nec quicquam 9 § 1.ff.de offic. proconsul l.si cùm nulla. 58. ff. de re judic.lib.1.Cod de execut.rei judic. Ang. in §.curare 32.nu 10 infr de action* adeò quidem, ut illis impunè non pareatur. *lib.3.§.1.ubi Barto. ff.de eo, quod met. caus l.prohibitum.5. C. de jure fisc.l.omnes judices 33 Cod. de decurionib.l.prolatum 4. C.de sentent. & interlocut.omn.judic. cap.conquerente 7. de restitut spoliat.*

294 Sunt tamen quidam casus, quibus à regulâ istâ generali receditur. Primò, si subsit justus armorum timor; vel si res spectet ad tumultum & seditionem. *l. si cujus 13.§ æquissimum 3 ff de usufruct. l.penult.in fine ff. ad l.Corn.de sicar. l.opus novum.3. ibi, materiam seditionis ff. de operib publ.l denunciamus.5.C. de his, qui ad Eccles confug.* Deinde, si casus concernat scandalum; vel utilitatem publicam, aut damnum irrecuperabile. *l.1.§.fin.l.solet.3 leg. oratione.7.ibi,& maximè si aliquid inopinatum emergat. ff. de feriis. l. Divus 4 ff.de in integrit.restit.facit tot.tit. C. quand. lic.unic.sine jud.se vind.cap.2. ibiq; latè Felin.de præbend.* Præterea si periculum sit in morâ. *l.de populo 5. §.si quis rivos.ff.de nov.oper num.l.1. ff de exerc.act. Specul.in tit.de appel §.in quibus num.10 Marant. de*

ord.jud.part.6.tit.de appellat.num.319. Denique generaliter judex à præceptis & mandatis pœnalibus sine clausulâ incipere judicium potest. quoties casus omni jure est prohibitus, vel factum tale, quod nullo jure justificari vel comprobari queat. *Sed de hac mandatorum sine clausulâ materiâ, pro pleniori ejus cognitione omnino videndus est Andreas Gail. libr.1. observ 13 & libr.de pace publica.cap 5. Petr. Frider. Mind. d mandat. judic.libr.2. cap.10.11. cum sequent & Christophor.Schvvanman.libr.4.processus Cameral. cap.16.*

295 Probatur porrò (ut ad propositum revertamur) jus in saltibus alienis venandi, nō tantùm investiturarum literis, aliisque instrumentis: sed vivis etiam testibus. Potissimùm tamen præscriptionis probatio vivis testibus, de actibus possessoriis attestantibus, rectissimè peragitur: si quis nimirum in alieno nemore vel saltu, sciente & non contradicente domino, per legitima temporum spacia ve[illegible]um se esse, demonstrare possit. *Andreas Gail.lib.2.observ.66.num.4 D.Halbrit. in disput.de jure venand.de Ann 86.thes.23.& 24 & idem in disput.de jure venand.de Ann.97.thes.15. Georg.Mor.in tract.de jure venand.part.2.cap 4.* Imò, si quis tanti temporis curriculo, cujus initium hominū memoriam excedat, jus ingrediendi alterius fundum venandi causâ sibi adquisierit: frustrà de scientiâ & patientia adversarii quæritur: cùm spacium tanti temporis, loco (uti superiùs etiam num.22.dictum) tituli legitimè constituti, viceq; privilegii atque legis, habeatur. *l.hoc jure 3. § ductus aquæ 4.ff de aq quotid.& æstiv.l.1.§ ult.ibi, vetustatem vicem legis tenere & l 2 in princ.ibi vetustas, quæ semper pro lege habetur ff de adq pluv arcend c.super quibusdam.26. §. prat.de V.S. Ioseph.Masc.de probat.concl.1214.nu.42. & seqq.vol.3. Vbi hanc doctrinam ceu communem, non tam juris textibus, quàm infinitis ferè utriusque censura Doctorum auctoritatibus plenè confirmat, at-*
296 *que declarat.* Testes autem circa illius temporis probationem sunt adhibendi seniores; qui, se id ita factum fuisse, semper & vidisse, & ex majoribus suis audivisse, nec diversum unquam cognovisse, nec ab adversa parte, ante completam præscriptionem, prohibitionem ullam interpositam fuisse, attestentur, *arg.l.si cherus 79.§ 1. ibi.& audivisse se rusticos senes ita dicentes ff.de leg.3.gloss.in cap.1.verbo, memor. de præscript.lib 6. Didac.Covarruv. in c possessor 2 part 2. §.3.nu.7.de regul.jur.in 6. Mynsing. cent.1.observ.30. Gail.d.lib.2 observ.66 nu.8.& 9.Mor.d.part.2 cap.4. num.9.& seq.*

297 Ac quanquam testes singulares regulariter idonei non censeantur. *cap licèt causam.9 vers. quanquam de probat. c bona memoria.23.vers. porrò de electione & electi potest.l.ob carmen.21.in fin.ff.de testibus.* tamen in probando venationis jure, si unus de uno actu deponat, alius verò de eo testificetur: testimonium eorum, cùm respectu ejusdem finis concordent & conveniant, non esse respuendum, verius est. *l. qui sententiam 16.ibi, in unum conspirantes, concordantesq; rei finem. Cod.de pœn gloss. in c. nihilominus 3. quæst.9.Mor.d.part.2.cap.5.num.6.& 7.* Et quidem regulariter tum testes singularem plenam faciunt fidem: cùm aliquid in genere probandum est, putà Titium esse infamem aut furiosum: quo casu licet respectu actuum singulares sint: si tamen ratione finis conveniant, integrè plenèque probant. Secùs, si super speciali actæ recepti fuerint: quia tunc disparitas singularitatem inducit: & per consequens testes, tanquam singulares, non probant. *d.cap.licèt causam 9. de prohibitionibus. Felin.in cap. licèt ex quadam.47. de testibus & attestationib Alexand.cons 141.num.2. lib 1.& cons.92 num.20.lib.5 Gail.d.observ.66.nu.10. Cravett.cons.78.num.9 & cons.267.nn.5.& 9. Mascard.in tract. de probationib. vol 3.conclus.1147. nu. 25.& conclus 1198. num 25.& 26 aliiq; complures, per hos citati.* De aliis probandi modis (veluti per terminos, finium causæ positos, vel cùm per alios modos conditionum distincta sunt veluti per montes, vias, arbores, &c.) videri poterunt Noe Meurer. *d.tract.de jure forestı.lib.2.cap.8. d.Meichsner tom.2. part.2. decis.2. & tom 3. decis.33 fol.1037. Sychard. cons 5.de contract. num.1. & seqq. fol.204. & cons. seq. hosq; referentes Hunnius & Kyllinger.d.disput.de jure venandi th.10 & d.tit.2.*

Ceterùm in constitutâ venandi facultate si quis tur- 298
betur, vel eâ uti prohibeatur: contra turbantem vel impedientem interdicto uti possidetis, vel confessoriâ actione experiundi potestatem habet *lib.1.§ fin ff.de acq.pluv.arcend l.sicut.8.§. Aristo.5 in fin. l.2 leg: si quis diuturno.10. §. ult ff si servit.vindic. §.aquè æ- ibiq; Zasius num.27.infr de actionib. Auctor consilii Argent.72 num.1. cum seqq.vol.2.fol.1252. & seqq.* Reus itaque victus, refusis actori damnis ex turbatione illatis, sufficienti præstitâ cautione, eundem securum reddere cogitur: neque se, neque successores suos deinceps venandi servitute fruentem impedituros esse. *text.in l.barnm actionum 7. & l.egi, jus 12. gloss.in d,l.2 in verb qui negat.ff si servit.vind, Bart. in l.1 §.interdict.6 num.5.& 10.cum seq.ff. uti possidetis. Panormit in d.c. licèt causam 9.num 35. & seq. de probat. Ang in § quadrupli.25.num.48 infr. de act. hosq; referens Gail. d.observ.66.num.13.lib.2. Georg. Mer.in d.tract.de jure venandi. part.2. cap.5 nu,9 & 10.& cap.9 nu.8.& seqq.*

Quandoquidem vero nostris hisce temporibus non raro accidit: ut Status Imperii, hac quasi possessione juris venandi turbati, pignorationibus, dum alterius
Stat.venatores, canes, casses, retia, &c, capiunt & aufe- 299
runt, sese defendere velint: idcirco incidenter hic observandum, hodie pignorationes omni jure esse prohibitas. *Novell 52.& Nov.134.cap.4. cap.unic.ext. de injur.in 6.* & pignoratum incontinenti, si sit Imperio immediatè subjectus, mandatum sine clausulâ in Camerâ, ad restituendam rem pignoratam cum omni suâ causa, salvo tamen jure petitorio & possessorio, coram ordinario judice obtinere posse, *per textum in l.Iulianus 17. §.1.vers idem Iulianus & l præterea. 20.ff. de rei vind.* Postea citatur pignator; ut in termino citationis compareat, causas pignorationis articulatim deducat, & in libello proponat: quòd in tali loco jus pignorandi semper habuerit, atque etiam-

iam-

jamnum habeat, talesque actus pignoratitios jam an-
tea semper exercuerit: ac proinde in quasi possessio-
ne defendi debeat; & quòd adversario nil juris eò loci
competat, *Mynsing.cent.1.observ.12 & cent.2.observ.
83.Gailius lib.sing.de pignorat.observ.21.num.3. Ber-
lich.part.2.conclusion.practicab. conclus 34. num 27.
pag 704. Colerus in tract. de process execut. part.1.
cap.2.num.292.cum seq Guilielm. Rodingus lib 3.pan.*
301 *dectar.Cameral.tit,46.* Et si quidem uterque se quasi
possidere contendat, & utrinque actus possessori de-
ducantur: is victoriam reportare debet, qui antiquio-
rem & continuatam possessionem accuratiùs proba-
verit. *d.cap.licèt causam 9. de probat. & ibidem Pa,
norm.num.35. & Felin num.8.cum seq.* Si verò non
constet de antiquiore possessione alterutrius: tunc si
unus alleget titulum, alter non, pronunciandum est
pro eo, qui titulum suæ possessionis docuerit. *Baldus
in l unic.num.10.C.uti possid. & idem in l.qui accusa-
re.4.num.4.C.de edend.d cap 9.ubi gloss in vers.titu-
lum & Felin.num.33 de probat. Bartolus in l si duo.3.
num 4.in fine.ff uti possidet. Decius consi.9.num.4 &*
302 *Paris.cons 107. num 3. vol.1.* At non probato titulo,
nec antiquiori possessione: tunc datâ paritate proba-
tionum, in dubio pro eo, cujus partes sunt favorabi-
liores, sententia feretur, *vulgata l favorabiliores 125
ff.de regul jur cap. cùm sunt partium 11.de reg.jur.in
6 l inter pari 38.ff.de re jud l Arrianus 47.ff.de oblig.
& act. cum simil. Pulchre Gailius d.lib sing.d.pi-
gnorat.observ 22.num 8 9.& seqq. D Halbritter.in
pradict.disput.de jur.venand de Anno 97 thes.27. &
seq Eâdem de re copiose Georg.Mor.d.tract.de jur. ve-
nand.part.2.cap.6.nu.5.cum multis seqq.*
303 Denique summam hîc sciendum: quatuor maxi-
mè requisita, ad obtinendos super constitutione pi-
gnorationis processus, in supplici libello esse ritè de-
ducenda. *I.* Vt uterque & pignorans & pignoratus
immediatè imperio subsint. II. Possessio ex parte pi-
gnorati, & novi juris usurpatio ex parte pignoratoris.
III. Vt res tertia, hoc est, innocens & alia capiatur,
propter rem aliam. IV. Vt causa sit civilis, & non cri-
minalis De quibus requisitis *post Andream Gailium
in d.lib.sing.de pignor.observ 3.* latissimè agit Petrus
Frider.Mind. *de Process &c. libr.1.cap.34. 35.36 37.*
Christoph.Schvvanman.*lib 1.process.Cameral cap.12
& lib.2.cap.18.* Ioan.Tilmannus *centur.2.observatio-
num supplicand observation.39.41.& seq.* Meichsner.
*tom.1.lib.1 decis 41 43 44 v.ult.& lib.2.decis 1 item
tom.2 lib.1.decis penult.& ult.* & Ioan.Georgius Spi-
tzerus *in Dissertat.de pignorationib.conclus.7.& mul-
tis subseqq.* Eorundem requisitorum declarationem
nuperrimam cognoscere licet ex Recessibus Cæsareæ
Majestatis, Electorum, Principum, &c. *Anno 1600.*
Spiræ factis. §. Weiter ist auch. §. Da aber die Ge-
rechtigkeit. *& §.seqq fol.16. cum seqq.* item & Ro-
dingo *lib.1.Pandectar.Cameralium.tit.10 pag 33 &
seqq.* Adde decisiones Gasparis Guglielmi. quas re-
fert Doct.Maria *Tom 3. Digestorum noviss cap.10. &
multis subseqq.fol,247.& seqq.*
304 Superest, ut de pœnis, quæ contra Principum; &
cæterorum Magnatum, qui venandi jus sibi ritè ha-
bent quæsitum, edicta venantibus jure infligi possunt,
brevitet edisseramus. Etsi autem hac de re diversæ di-
visorum Iurisconsultorum extant sententiæ, *ut con-
stat ex iis, quo diligenter congessit Eschineus libr.1.
controversiar.jur.cap.1. D.Besoldus d.thesaur.pract.
lit W.nu.58.pag.857 cum seq.& Andreas Knichen in
Commentar.de Saxen.non provocandi jure cap.5.nu.
205. & multis seqq.* non tamen laudamus eorum,
probamusque dogma, existimantium: duos hîc ca-
sus principales distinguendos esse. Aut enim edicto
venationis prohibitorio nulla certâ & specifica pœna
inserta est: aut ei certa & specifica pœna est adjecta.
Priori casu statuimus: in venatores sive feneidas com-
petere actionem injuriarum. *l.injuriarum 13 §.ult ff.
de injur* Quæ licèt etiam extra ordinem criminaliter
intentari queat. §. *pœna autem 7.& §.in summa 10.
infr. de injur.l.ult.ff. eod.& l.ult ff.de privat delict.*
attamen pœna ad mortem extendi hîc (Aliàs autem
pœnam arbitrariam, pro delicti atrocitate, & qualitate 305
circumstantiarum ad mortem inclusivè extendi posse,
probabilius & receptius videtur: ut, post multas, in
utramque partem adductas, rationes concludit Ro-
bertus Marant. *in Speculo aur part.4, in 1.distinct. ju-
dic num.51.& seq. & Disput.3. quest.legat.num 11.
& seqq.* & nos etiam documus fusiùs *ad dict. §. in
summâ 10.infrà tit. de injuria. num 14 & seqq.*)
non debet, *per textum optimum in l. hodie 13. ff.
de pœnis.* ubi Vlpianus in hæc verba scribit: *Hodie li-
cet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam
vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem:
ita tamen, ut utroq; modo rationem non excedat.* 306
Hinc illud Senecæ lib 2. de benefic. cap.16. *Tenendus
est ubique modus: æquè peccat, quòd excedit, quàm* 307
quod deficit. Huc quoque pertinet humanissimus te-
xtus *in l perspiciendum 11.ff. de pœnis.* ubi Marcianus
ait: *Perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius,
aut remissiùs constituatur, quàm causa deposcit. Nec
enim aut severitatis, aut clementiæ gloria affectanda
est: sed perpenso judicio, prout quaq; res expostulat,
statuendum est. Plane in levioribus causis, proniores
ad lenitatem judices esse debent; in gravioribus pœ-
nis, severitatem legum cum aliquo temperamento be-* 308
nignitatis subsequi. Cæterùm nimis durum, nimis
iniquum, nimis crudele ac inhumanum, & rationi dis-
sentaneum fuerit: pro abjectissimâ bestiâ seu belluâ a-
liquâ captâ, hominem ad Dei imaginem creatum,
preciosissimo Christi sanguine redemptum, & Sancti
Spiritûs gratiâ illuminatum atque illustratum, proti-
nus mactari, mortique plecti. *Franc.Zoann. de dupl.
venation.nu.99 & in l.2 num.192 Cod.de pact inter
empt.& vendit compos. Frider.Pruckm.de Regal. §.
venatio.num.62 & seq Wesenbec. in parat ff.de adq.
rer.dom.num.7.in fine. Henricus Newenhan discurs.
19.apud Arumaum vol 3.de jur pub thes 202.pag.850.
Forster junior. d.libr sing de dominio cap.9. num.32.
pag.251. & seqq.* Hoc igitur casu, quo pœna prohi-
bitioni expressè non est addita, concludendum: eam
pro ratione circumstantiarum, vel pecuniariam esse
debere, vel relegationem, vel fustigationem, vel aliam
similem. *d leg.ult.ff de injur. Georg.Mor. in tract.de
venat.part.1 cap.4. Eberhardus Speckhan.centur.1.
quæst 98.num,2.& 15. & noviter Henric Bocerus hic*
num

num.40.cum seqq.item class.5.disp.3.thes.31.edit.2.&
in tract.de regalib.cap.1.nu.72. Qui testantur, hanc sen-
tentiam placuisse etiam Collegio Facultatis juridicæ
Vniversitatis Wittebergensis, & Consistorio supremi
judicii Saxonici, *part.4.quæst.8.*
309 Quæ sententia & hoc fundamento confirmatur:
quòd inter pœnam & delictum debeat esse proportio.
*l.sancimus 22.C.de pœn.c. quæsivit.2.in fin.de iis,quæ
fiunt à major.part.capit.c.felicis.5. §.illud autem. de
pœn.lib 6.* At nulla planè est proportio inter occisam
bestiolam, quæ nullius est, *hoc §.nostro.l.1.§.1. & l.3.in*
310 *princ.ff.de acqu.rer.dom.* hominisque dominio subje-
cta, *Genes.cap.1.v.28.& cap.9.v.2.* & inter hominem,
qui nobilissima Dei creatura miraculum rerum crea-
tarum compendium animal divinum μικρόκοσμος, &
inæstimabilis reputatur. *l.3.ff.si quadrup.pauper.fe-
ciss.dicat l.1.§.sed cũ homo.5.& l.fin.ff.de his,qui effu-
derint,vel dejec. L.libertas 106. & l.non est singulis.
176.in fin.ff.de reg.jur. Arithmæum orat. de ἀποχει-
ρίᾳ pag.316. Levin.Lemn. de occult.rer.mirac.cap 2.
lib.1* Nec est, si dixeris, si hoc argumentum sit conclu
dens; nec ob furtum quem strangulari posse, aut ra-
ptorem interfici: cùm & in his militet hominis præ-
stantia, ut qui quavis pecuniâ & quavis re est præstã-
tior, *juribus modò allegatis.* Etenim diversissima no-
tum est ratio. Venatio quippe de jure fuit permissa.
hoc §.& d.l.3.ff.de acq.rer.dom. imò per consequen-
tiam quandam à Deo homini indulta. *d.cap.1.& 9.
Gen.& ostensum supr.num.14.* at nunquam furtum.
*Lev.cap.19.v.11.Exod.20.v.15.t.tit.ff.de furt.Consti-
tut.crimin.Carol.V.artic.160.* Deinde contra prohi-
bitionem feras capiens, aufert res, quæ nullius sunt.
hoc §.nostro.& d.l.3 ff.de acq.rer.dom. at contra, fur
illas res surripit, quæ in proximi sui dominio fuerunt.
*§.1.& §.furtum autem 6.infr.de oblìgat.quæ ex delict.
nasc. Kubach.cent.2.question.illustr.politico juridic.
decur.3 quæst.3.& seqq.*
311 Non obstat, quod pœnæ sint exacerbandæ, quoties
multis personis grassantibus exemplo opus est, *l.aut
facta.16.§.ult.ff.de pœnis.* Haud enim sequitur: pœna
exacerbanda est: ergo usque ad mortem extendenda:
cum & aliis modis exasperari, augerique possit; putà
deportatione, fustigatione, &c. Idque explanatius de-
clarat Frantzkius *exercit. juridic.4. quæst.3. num.6.
& 7.pag 89.*
312 Non item obstat *l.2.ff.de abigeis.* ex quâ sic colligi-
tur: Si capitaliter ideò in abigeos deprehensos anim-
adverti potest, quod plerunque hoc crimen commit-
tant, & ferro utantur: sequitur, quòd idem de feripe-
ris, sclopetis & aliis id genus armis incedentibus, sit as-
serendum. Sed verum est prius, *ex d.l.2.& l.1.in prin-
cip.ff.eod* Ergo & ex paritate rationis posterius. Non,
inquam, hoc obstat, quia respondetur, in abigeatu duo
committi, primò furtum. *d.l.2.ff.de abigeis.* deinde
vim publicam, quæ in abactione seu abductione con-
sistit. Vnde & abigei dicuntur deprædari, greges sci-
licet, qui sunt alicujus. *d.l.1.§.1.ff.eod.* Quod utrumq;
de feriperis dici nequit. Furtum enim non commit-
tunt, nec prædas agunt: siquidem feræ captæ sunt nul-
lius: *ut explicabitur latius infr.num.320.& seqq.* Et
tametsi armis incedunt: non tamen iis ad offensio-
nem prohibentium, ut abigei, *arg.d.l.1.§.3.ff.de abigeis*
sed ad internecionem ferarum uti præsumuntur: pro-
indeque eâdem pœnâ cum abigeis afficiendi non
sunt. *Frantzkius de exercitat.4. quæst 3.num.8. &
seqq. pag.90.*
Posteriori casu, ubi videlicet certa pœna disertè in 313
edicto prohibitorio definita est, venatoribus statuta
pœna est irroganda: dummodo ea pro venatione pri-
mâ capitalis non sit, sed vel pecuniaria, vel carceris, vel
interdictio bombardarum & armorum, aliàve non
absimilis, *Dominicus Sotus lib.4.de just.& jur.quæst.
6.art.4. Alfonsus à Castro.lib.1.de potest.legis pœnal.
cap.6.Fachin d.lib.1.controversiar.jur.cap.1. §.tertia
conclusio.&c. Haydenpuecher.in d.Disput.de jure ve-
nand.th 54.* Venationem autem iterantes, non solùm 314
in famosâ columnâ publicè poni, & ex provinciâ re-
legari, aut illi districtui, in quo deliquerunt, in perpe-
tuum mancipari: sed etiam fustigationis, aliàve cor-
porali pœnâ coerceri queunt: si ita facti, & perso-
narum qualitas exposcat. *l.nemo 3.circa fin.C.de Epi-
scopali audient.l.capitalium 28 §.solent 8 & §. grassa-
tores 10.ff.de pœnis. l.desertorem.3.§.si plures 9.ff de re
milit. l.servos 8.§.1.C.ad l.Iul.de vi publ.* In quibus
legibus clarè constitutum est: crimina repetentem ac
frequentantem graviori animadversione dignum esse.
*Knichen in d.Comment.de Saxon.non provocand.jure
cap.5 nu.242.& aliquot seqq.*
Quòd si qui verò tertiâ vice, adeòque sæpius con- 315
tra Principis, Dominive sui edictum, venatibus perti-
naciter indulserint, atque ita prorsus incorrigabiles fa-
cti fuerint: ultimo supplicio affici poterunt. *l.aut fa-
cta 16 §.ult & l.capitalium 28.§.grassatores 10.ff.de
pœnis l.unic.ibi, capitali periculo cupiditas ejus amo-
venda atq; prohibenda est, si in iisdem sceleribus per-
severet. Cod.de sup.erexactionibus. Latè Mascard.de
probat.vol.2.conclus.838.* ubi multis probat, gemina- 316
tionem & reiterationem delicti efficere: ut quis pœ-
nâ mortis mulctetur, etiamsi delictum per se non sit
capitale. In ejusdem rei fulcimentum plures etiam au-
ctoritates accersivit Prosper Farinacius, *lib.1. variar.
quæst.& opin.criminal.tit 3.quæst.23.nu.2.& Knichen
d.cap.5.nu.256.& seqq. nec non Ioan. Myling.in addi-
tionib.ad quæstiones famil.Augustini Beroii.quæst.116.
pag 380.& seq.* Hinc venatores isti sive feriperæ non 317
principaliter ratione ipsarum ferarum captarum vel
occisarum; sed ob pervicacem ac maximum contem-
ptum Principis, & extremam totiesque iteratam con-
tumaciam & protervìam insigniter malitiosam, capi-
te plectuntur. *D.Halbrecht.d.disput.de jure venandi.
de Anno 97.thes.18. Fachin.d.cap.1.§.ult. D.Bocerus d.
class 5 disput.3 thes.32.in fin.ed.2. Heig.in qq.jur.q.15.
nu.80 part.1.* Newenhan *d.discurs.19.thes.204. cum
seq.pag.851. D.Lansius & Petersdorff.in disput.de re-
galib.thes.235.pag 33.* Vnde locum hic habet, quod di- 318
citur: Qui Principi non obedierit, morte moriatur,
*Deut.17.v.12.lib 1.Reg.cap 14.& cap.2.de majorit.&
obedient.* Vide aliter sentientem Hunn.*li.2.var.resol.
jur.civ.tract 1.quæst.15.& in resol.ad Treutler.vol.
poster.disp.18.q.19.in fin.p.401.*

Illud

319 Illud autem haud inutiliter aut inconvenienter hic quæritur: utrùm necesse sit; eum qui semel contra Principis mandatum venatus est, sicq; deliquit, punitum fuisse; ut, si iterum delinquat, atq; iterùm; graviùs ac severiùs puniri possit? Et quidem Anton. Gomez. *tom 3. var. resol. cap. 3. de furto. nu 9.* Prosper Farinac. *d. lib. var. quæst. & commun. opin. crim. tit. 3. quæst. 23 nu 9. & 10.* eosq; sequens & referens Fachin. *d. cap. 1. §. caterùm illud, &c.* & Haydenpuech. *d. disput. de jure venand. thes. 57.* judicant: hanc circumstantiam, ut reus semel condemnatus & pœnâ affectus sit, non requiri ad severiorem pœnam indicendam, *Adde, quæ attigimus in § pœna 5. nu 69 & seq. infr. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Sed contrariam sententiam & benigniorem ad probabiliorem esse credo, *per text. expressum & notabilem in d. l. capitalium 28. §. solent 3 ff. de pœn.* ubi Callistratus IC. disertis verbis respondit: ita demum delinquentes graviùs esse plectendos, si aliquoties correcti & apprehensi, clementiusq; tractati, in eâdem temeritate propositi perseveraverint. Idem luculenter comprobatur per textum *in l. 1. vers si rursum causam querelæ ff. de jure patronat. cap. cùm non ab homine 10 ex de judiciis cap gravenimis. 29. ext. de prabend. Auth si quis ei. Cod. ad l. Iul. de adult. Novell. 117. cap 15. & Novell. 131. cap. 7. & utrobiq; Doctores communiter. Franc. Herculan. in tract. de caut. de non offendendo. cap 39. nu 10. allegans Decium & Cagnol. in l. bona fides 136. ff. de regul. juris. idq; tutius esse, autumat Andr. Knichen d. Comment. de non prever. jure cap 5. nu. 263.*

320 Eandem quoq; assertionem egregiè corroborat Illustrissimi, Principis Wirtembergici Ludovici constitutio; *De pœnis, contra mandatum sive edictum venantibus, infligendis.* Cujus verba in artic. 3. ubi agitur de pœnâ eorum, qui primâ vice in venationis exercitio deprehensi fuerunt, isthæc leguntur. Welcher fürohin/eins/zwey/drey/oder vier Stück Wildprets mit Büchssen/ Armbrost / oder andern Gezeug/ schiessen vnd fellen / vnd darüber zum erstenmahl betretten oder sonsten kündlich gemacht/vnd mit Recht auff jhne bewiesen würde/der solle (da nicht andere hernach vermeldte beschwerliche Vmbstände darzu kommen) ein Monatlang/ mit Wasser vnd Brod auff seinen Kosten im Thurn / folgends jhm alle Wehr/offne Zechen/Besuchung der Hochzeiten/vnd aller Ehrlichen Gesellschafften verbotten/auch in den Zehenden gebannen / darauß ohne Begnadigung nimmermehr zu kommen / gestraffe werden / vnd das zu halten vnd zu leysten/ einen leiblichen Eyd schweren. Da aber einer vber vier Stück / von fünffen biß auff zehen/ geschossen hätte/ der solle zu obbestimpter Bannung vnd Thurnstraff/ noch ferners zwantzig Pfund Heller/ Geldstraff zu erlegen schuldig seyn/ꝛc. In sequentibus hujus articuli 3. ut & articuli 4. verbis, pœna pro numero ferarum interemptarum adaugetur.

Verba autem prædictæ constitutionis in articul. 9. ubi pœna semel atque iterum, seu secundâ vice venantium, & punitorum continetur sunt illa. Solte dann einer/ so Wildpret geschossen/ auch darüber gestraffe worden (notentur probè ista verba) in gleichem Verbrechen widerumb/ vnd also zum andernmal ergriffen werden/der ist in das Halßeysen zuerkennen/ vnd mit Ruthen außzustreichen / jhme auch von wegen begangenen Meynaydes / die Finger zu spitzen / deßgleichen er nochmahls in seines Flecken Marckung zu bannen.

Verba denique ejusdem constitutionis in artic. 10. ubi exprimitur pœna eorum, qui tertiâ vice illicitè venati fuerint, ita habent: Wurde aber ein Wilderer/ der hievor Wildpretschiessens oder eines andern Forstverbrechens/ vnd Vngehorsams wegen/ dieser vnser newen Constitution gemäß / an seinem Leib mit Ruthen außstreichen/ Fingerspitzen/ oder Hände abhawen/ mit Vrtheil vnd Recht gestraffe (quæ verba rursus diligenter ponderanda) worden / auch ein geschworne Vrphed vber sich gegeben hätte/ in solche böse verruchte Boßheit gerathen / daß er dessen vnbedacht / dem Wildprett noch weiters vermeßlich nachgehen / schiessen vnd fällen würde/ derselbig/ als bey dem sich einiger Besserung im wenigsten zu getrösten / mag mit Richterlicher Erkantnuß zum Schwerd erkent werden. Hactenus verba constitutionis sive ordinationis venatoriæ (vulgò der Wilderer) inclyti Ducis Wirtembergici: quæ adhoc, ut prima & secunda venatio aggravent tertiam, eúsque pœnam reddant capitalem, apertè exigunt; ut feripeta seu fericida sive temerarius venator propter primam & secundam venationem jam fuerit condemnatus, & punitus.

Porrò illud constitutionis verbum, Mag/ id est, *potest*, in calce modò relati articuli 10. positum, notatu est dignissimum. Ex eò siquidem apparet; judicem non præcisè teneri feripetam, qui tertiâ vice contra prohibitionem venatus est, ad pœnam gladii condemnare. Quotiescunque enim affirmativè illud verbum ponitur, vel profertur, ut hic; toties, sive proferatur à lege, sive ab homine, nullam regulariter necessitatem importat: sed solùm jus seu meram facultatem in personâ: ad quam hoc verbum dirigitur, designat, *arg l 1. C. quomod. & quando judex sent. l. non quicquid. 40. ff. de judic. eleganter Molineus in consuetud. Paris. tit. 1. § 1. gloss. 3. num. 2. & Farinacius prad. tit 3. quæst. 23. num fin. citans Bartol. num. 2. §. credendum. col. 1. ff. si cert. pet.* Quamobrem Domini Collegæ mei, in Facultate Juridica almæ Vniversitatis Tubingensis consistentes, à Judicibus hinc inde consulti, in ejusmodi feripetas & venatores improbos nunquam, quod ego sciam, mortis pœnam (nisi aliæ concurrerint circumstantiæ, delictum hoc aggravantes) statuere aut decernere consueverunt. Fuerunt autem olim 322 Collegæ mei isti: D. Nicolaus Varenbulerus, D. Johan. Hochmannus, D. Mattheus Enzlinus, D. Andreas Laubmarius, D. Johan. Valentinus Neyfferus D. Johan. Halbritterus, D. Henricus Bocerus. Hoc verò tempore hi sunt. David Magirus, D. Andreas Beyerus, D. Christophorus Besoldus. Matthæus Neüfferus: Viri verâ nobilitate, pietate insigni, prudentiâ singulari, plurimo plurimarum rerum usu ac experientiâ omnique excellente virtute spectatissimi, præclarissimi,

consummatissimi: quos tum debiti honoris, tum me-
riti amoris causâ hîc nomino.

323 Prædictis non obstat, quòd leges, quæ ob frequen-
tiam & consuetudinem delinquendi, severiores pœ-
nas indicunt, hanc circumstantiam non requirunt: ut
reus semel condemnatus, pænâque affectus fuerit, *præ-
alleg. l.3. §. si plures 9. ff. de re milit l fin §. qui sæpiùs 2.
ff de abigeis. d. l 3 C. de Episc aud. d. l. servos 8 § 1. C. ad
l. Iul. de vi publ cum simil.* Nam hisce legibus deest:
id ex aliis textibus superiùs adductis (comprimis ve-
rò *ex d. l. capitalium 28. §. solent 3. ff de pœn*. ad quam
à nemine ex dissentientibus sufficienter hactenus re-
sponderi potuit) significantiùs ac pleniùs rem decla-
rantibus. petendum atque desumendum est: cùm
sit ab omnibus approbata juris regula: legem gene-
raliter loquentem, secundùm aliam, quæ magis di-
stinguit, intelligendam, adeòq; unam per aliam, ac po-
steriorem per priorem; & contrà, explicandam esse, *l.
non est novum 26. cum seqq ff. de legib. Bart. in l non
dubium. 5 num. 9 C. eod. gloss in §. sed hodie. 2. infr. de
satisdat. & gloss in Auth. offeratur C. de lit. contest.*
etiamsi lex posterior sit nova, & correctoria. *Latè Ia-
son in l. secundum. 15. n. 4. & 5. ff. qui satisd. cog. Hartm.
Pistoris lib. 1. qq. jur. quæst. 38. nu. 19. & lib. 2. parte po-
ster. quæst ult. nu. 10.*

324 Non reticenda est hoc loco & illa quæstio: ecquid
subditi, contra prohibitionem sui Magistratûs venan-
tes, ferarum furtum committant? Et licè: graviter, ipsi
peccent, atq; delinquant: & atrocem Domino siveMa-
gistratui suo injuriam inferant, *l. ... Divus 16. ff. de
servit. rust. pred. l. injuriarum 13 in fine. ff de injur* ne-
325 quaquam tamen furtum faciunt; nec ut fures puniri
possunt. Ratio satis est firma & perspicua: quia furtum
est contrectatio fraudulosa rei alienæ &c. *l. 1. §. ult ff.
de furt. Paul. lib 2 sent. t 31. & affatim, Deo propitio,
docebimus infr. § 1. de oblig. quæ ex delict nasc.* At feræ
bestiæ in alterius sylvâ vel territorio naturali libertate
vagantes & oberrantes, neq; Principis (quia cùm illæ
nondum captæ sint: facilè alterius territorium, aut lo-
cum, ubi libera relicta est venatio, ingredi, aut ab ipsa
venatione elabi possunt) vel domini sylvæ sunt, neq;
ullius privati: sed dominio nullius subjectæ censen-
tur: & lege divinâ gentium occupantis fiunt, *hoc §. n.
& l. 1. § 1 & l 3 §. item feras. 14. ff. de acqu. vel amitt.
poss. & s. l 3 leg naturalem. 5 § 1 ff de adqu. rer. dom. l. t
§ Scævola. 15. ibi, si nullus sit possessor, furtum negat fie-
ri ff si is. qui testam. liber esse jussus erit, &c. D. Boce-
rus in tract de pœn furtor criminalib. cap. 2 num. 99.*
Latè Georg. Mor. *in præd Tract de jure venand cap. 3.
part. 1* ubi pluribus rationibus evincit, in alienis sylvis
& saltibus contra dominorum prohibitionem venan-
tes, neq; furtum committere. neq; ad restitutionem
ferarum captarum obligari. Eidem subscribunt sen-
tentiæ Rittershusius *hic in fine*. Arnisæus *de jure ma-
jest. lib. 3. cap 4 nu. 1.* hosq; laudans Henricus Newen-
hand *discurs 19. apud Arum vol. 3. de jure publ. thes.
100 & seq. pag 850.* Quanquam frigidis rationibus
contrarium teneri allaborent Matthias Stephani *cent
2 quæst. 13.* & Conradus ab Einsiedel *in tract. de rega
lib. cap 3. num, 366. cum seqq pag. 805. & seqq.* Non
obstat, quod objicitur: non solùm eum committere 326
furtum, qui rem alienam contrectat; sed & qui ejus
intervertit usum. *d. §. 1. & ibi Dd. infrà, de obligat.
quæ ex delict. nasc.* illum verò, qui contra mandatum
capit feram, scire; eam ad se non pertinere. *Quando-
quidem* ubicunq; est interversio possessionis, ibi præ-
supponitur ejus acquisitio: quod non fit, nisi appre- 327
hensione actuali. *d l 3. §. 1. & l. quemadmodum 8 ff de
acq. vel amitt. poss* At fera bestia, in sylvis oberrans,
eo ipso, quòd sylva à Principe acquisita & apprehensa
sit, non possidetur: sed in naturali suâ libertate relicta
censetur. *d. l. 3 § item feras 14. in fine ff. eod.* imò, si
possessa fuerit, & dimissa; postliminio libertatem na-
turalem recepisse videtur. *hoc §. nostro, vers. cùm ve-
rò, &c. d. l 3. §. 2. ff. de acq. rer dom.* Ideoq; non potest
dici, quòd fera ista bestia à capiente intervertatur. Præ-
terea non sequitur: capiens scit, ferâ ad se non perti-
nere: ergo protinus pertinet ad alium: quia hoc sal-
tem verùm est de illis feris animalibus, quæ jam oc-
cupata sunt; non quæ in medio posita occupanti ce-
dunt. *d. l. 3. § 2. ff d. tit.* Frantzkius *suprà d. exercit. 4.
quæst 3. num. 3. & seqq. pag* 89. Hoc sanè indubitatum 328
est: illos perpetrare furtum, pœnamq; furti incurrere;
qui feras alicujus vivario seu leporario, muro vel sepi-
mento inclusas, ita ut evagari aut aliorsum excurrere
nequeant, capiunt & tollunt: quia tales feræ ab in-
cludente possidentur, ejúsq; dominio subjectæ intelli-
guntur. *d. l. naturalem. 5. §. 5. ff. d. tit. d. l. 3. § item feras
14 ff. de adq. vel amitt. poss. l. usufructuarium 62. §. 1.
ff. de usufruct. Natta cons. 375. num. 9. vol. 2. Zeannet.
de duplici venat. num. 400. cum seqq. Gail. libr. 2. ob-
serv. 68. ad finem,*

De eo quoq; frequenter, & quidem nuper quæsi- 329
tum memini: num subditus vel alius quispiam cer-
tum, aliamvé feram, quàm in eo loco, ubi omnibus
libera venandi potestas concessa est (vulgò in der frey-
en Pirsch; qualis locus est ex una parte oppidi Tu-
bingensi) investigare & venari cœperat, etiam in vici-
nam sylvam vel forestam Principis usq; persequi, ibi-
demq; capere, & occupare impunè possit? Et non
posse, manifesta suadet ratio. Etenim isthæc loci qua-
litas, ut quilibet in eo promiscuè valeat venari, tam-
diu feras omnium prædæ exponit, quamdiu in loco
illo versantur. Postquam verò excesserunt, ampliùs il-
lius loci periculo minimè subsunt: cùm (ut ex suprà
dictis patet) solo non cohæreant, nec soli naturam vel
proprietatem sequantur; sed liberè per agros & sylvas
vagentur. Consequens ergò est ut vi qualitatis isti lo- 330
co competentis non, nisi in eo ipso loco, licitè capi
queant, *argumento eorum, quæ tradit Didacus Co-
varr lib 2. variar. resol. cap. 20. num* 12. ubi inquit:
quòd fugiens ob aliquod crimen ad Ecclesiam, quem
judex aspectu & cursu insequatur, nequaquam pos-
sit aut debeat ibi capi ab ipso judice; & per vim ad
supplicium deduci. Hucque referri poterunt, quæ
latissimè de jure asylorum exposui supra *ad §. 1. tit.
de his, qui sui, vel alien jur. sunt. num. 16. &
ultim seqq.*

Deinde huc confert, quod jure communi (aliud si 331
quidem hodie singulari ratione constitutum est in la-
trones,

trones, grassatores, prædones, atq; pacis publicæ turbatores: quos quilibet Magistratus offensus in suo territorio, extra etiam territorium persequi, & eo loci, ubi apprehenduntur, juri sistere potest, *per Constitutionem Imperii Anno 1559. Augustæ promulgatam. Vide Mynsing. cent. 2. observ. 28. & Dn. Collegam Besold. in dissert. juridico-polit. de jure territorior. cap. 3. num. 3. pag. 272.*) dispositum est in delinquentium personis, qui fugientes non debent à judice loci, ubi delictum commissum est, capi in alieno territorio, sine licentiâ domini territorii, *arg. l. 3. ff. de offic. præsid. l. fin. ibiq. gl. in verb. jubere ff. de offic. præf. urb. leg. 1. ff. de off. c. Proconsul. leg. fin. ubi Zasius ff. de jurisdiction. Bart. Baldus, Angel. & comm. Dd. in l. sicut. 8. §. Aristo ff. si servit. vind. & idem Bart. in l. quid sit fugitivus 17. §. apud Labeonem. ff. de ædil. edict. Guido decis. 423. nu. 1. & 2. Gomez. lib. 3. variar. resol. cap. 9. num. 5. Clarus libr. 5. sent. §. fin. quæstion. 29. nu. ult. Hunn. in resol. ad l. Treutl.*
332 *vol. 2. disp. 31. thes. 4. quæst. 29 pag. 410. & seq.* Quod quidem communi omnium Statuum usu iam constanter observatur: ut judex, sub quo deprehensus est criminosus, requisitus à judice, sub quo delictum patratum est, non cogatur eum remittere, nisi ultro velit: idque non aliter, nisi sub antigrapho sive literis (quas vocant) reversalibus ipsius judicis sive Magistratûs, remissionem petentis: quòd videlicet hujusmodi remissio jurisdictioni remittentis præjudicare non debeat *Latè Gail. lib. 1. de pace publ. cap. 16. nu. 25.*
333 *26. 27. & seq.* Cujus rei verissima ratio hæc est: ne inter Status Imperii confusio sive violatio Iurisdictionum fiat: & inde dissensiones, pugnæ, cædes, alioque incommoda oriantur. Quam rationem etiam in venatione vel capturâ ferarum militare notius est, quàm ut probationem operosam requirat. Quotus enim quisq; non cernit; si feras loco licito vel forestâ propriâ persequi liceret in forestam alienam: magnam forestarum confusionem futuram, atq; inde ingentes motus, certamina infinita, cædesq; crebras inter eos, qui confines sylvas & forestas possiderent, esse futu-
334 ras? Cùm ergò eadem utrobiq; vigeat ratio: meritò quoq; idem jus in venationibus debet observari, quòd in facinorosorum capturâ constitutum esse diximus, *l. illud quæsitum 32. ff. ad l. Aquil. l. quodam 9. § nummularios 2. ubi Gothofred. ff. de edend. l. à Titio. 108. ff. de V. O.* Præterea hanc sententiã, rationibus modò allatis suffultam, egregius ille Practicus, Noe Meúrer, luculenter comprobat *in suo tract.* vom Jag vnd Forstrecht. *part. 2, tit.* Wie man das Wild jagen sol. ubi inter cætera ait: *si quis in eo loco, ubi jus venandi habet, bestiam vulneraverit, eaq; aufugerit in locum, ubi alius idem venandi jus competit, & ibidem adhuc viva reperiatur, quòd vulnerans ab eâ abstinere debeat, &c.* Eidem sententiæ suffragatur D. Collega Besoldus *d. thesauro pract. lit. F. num. 29 pag. 265. & seq.* Quamvis contrarium teneat clarissimus Sichard. *in consiliis, de contract. cons. 9. num. 97. & Georg. Mor. in tract. de jure venand. part. 1. cap. 8. num. 14.* Vide quoq; ea de re Dn. Collegam Bocer. *class. 5. disp. 3 thes. 28 ad 2 &* Schneidevv. *in hoc § num. 4.* nec non Weharsum *in dd. prædict. observationib. lit. F. verb.* Forst-
recht/ *&c. pag. 167.* ubi moribus seu consuetudine 335
Germaniæ receptum esse dicit inter saltuarios & venatores: uti liceat feram bombardâ, sphærâ seu globo in loco licito, auff freyer Bürsch/ ictam & vulneratam, welches schweist/ fugientem, extra proprium Domini venantis saltum aut sylvam viginti quatuor horis, uno cursu, non intermisso, persequi: sicq; in alieno saltu aut sylvâ impune capere: ita tamen, ut venator in ipso persecutionis loco signum, putâ pileum, &c. in rei testimonium deponat. Adde Henricum Newenhan *discurs. 19. apud Arum vol. 3. de jure publ. thes. 144. & seqq. pag. 842.* Andream Dinnerum & Waltherum *d. dissert. juridico-polit. de jure venationis cap. 3. conclus. 7.*

Nostræ autem assertioni non adversatur regula vul- 336
garis; quâ dicitur, cujusq; negocii originem & principium spectandum esse, eoq; omnes subsequentes actus & effectus dirigendos. *l. quid ergò 13. ff. de his, qui not. infam. l. deniq; 3. §. scio. 2. ibi, initio inspecto. ff. de minorib. l. quis id, quod. 32. ff. de donat. l. 1. C de imponend. lucrat. descript. Zas. cons. 1. num 109. volum. 2. Angel. cons. 90. Signorol. cons. 116. Cravett. cons. 9. nu. 32 lib. 1.* Atqui in casu propositæ quæstionis origo & principium venationis erat licitum & concessum. Ergo & subsequens actus persecutionis, & effectus capturæ, etiam in loco non licito, videbatur esse permissus. Non, *inquam*, adversatur. Nam regula ista (*ut & suprà num. 41. monuimus*) procedit, quando negocium est unum atque idem individuum: ut sunt conventiones, contractus, pacta, transactiones, &c. quorum substantia postquam semel perfecta est: ad eam, tanquam ad formam & normam omnes postmodum adventitiæ qualitates & circumstantiæ sunt dirigendæ. Secus & in nostra facti specie, ubi negociũ non est unum atque idem: sed diversum, & ex locorum diversitate distinctum. Alia quippe est venatio, quæ instituitur in loco licito: & alia, quæ fit in fundo alieno. Illa omnibus est permissa: hæc verò prohibita. Et quamvis illa præbuerit huic occasionem: non tamen hujus principium esse potest: sed ab ea, propter diversorum locorum differentes qualitates, planè censetur sejuncta atq. diversa: ut ita ad regulam illam hic casus trahi non possit.

Eodem modo non obsistit alia iuris regula, quæ ha- 337
bet: quod ea, quæ ab initio valida sunt, non vitientur, licèt in illum casum incidant, a quo initium capere nõ potuerunt. *l. in ambiguis. 85 §. 1. ff. de reg. jur. c. factum legitimè 73. ed. in 6.* Isthæc enim regula apertè loquitur de actibus sive negociis consummatis, perfectis, & suâ formâ absolutis; quæ non vitiantur aut destruuntur, tametsi ad eum casum devenerint, à quo inchoari non potuerunt: *ut multis ostendit Decius in d. l. in ambiguis 85. §. 1. num. 2. & Dynus ad cap. 73. de reg. jur. in 6. & D. Collega Bocerus in tractat. de regalib. cap. 2. num. 85. & 86. Eâ quoq; de re explicatiùs dicetur infra, ad princ. tit. de hereditatib. quæ ab intestato deferuntur nu. 242. & 298. cum seqq.* Diversum obtinet in venatione, quæ tamdiu imperfecta putatur, quamdiu fera, cujus gratiâ illa instituitur, non capitur, *arg. § illud quæsitum, 13. hoc tit.* Ideòq; mirum nõ

est, si venatio ante perfectionem, h. e. feræ capturam, propter supervenientem casum vitietur: adeóq; regula illa officium hîc suum perdat.

338 Similiter nihil obstat regula *in leg. nullum 109. ff de reg. jur.* ubi Paulus ait: Nullum crimen patitur is: qui non prohibet, cùm prohibere non potest. *Nam* etsi in proposito casu venator transitum feræ in alienam forestam prohibere nequeat: eo tamen ipso, quòd canibus suis transeuntem & fugientem feram sponte insequitur, criminis se participem fecit: ac proinde in pœnam prohibitæ venationem incurrit, *Reliqua, quibus hæc sententia tum corroborare, tum impugnari & illustrari poterit, ante aliquot annos ex mandato Illustriss. Principis nostri Wirtemb. Dn. Friderici, &c. doctè & eleganter explicuit D. Ioh. Valent. Neysserus, tum in Illustr. Collegio juris feud. Professor solertissimus, postea verò Collega & affinis meus exoptatissimus.*

339 Tandem pro complemento propositæ materiæ addendum: hanc facultatem vel quasi servitutem juris venandi constitutam amitti,. tum expressâ renunciatione domini, ab eâ discedentis, *arg. l. quæritur 4. §. si venditor. 9. ff de ædil edict & l. nihil tam naturale. 35. ff de reg. jur.* tum cessione & consolidatione, ut cæteræ servitutes: quoniam res tua domino amplius servire nequit. *l. usi frui. 5. in princ. ff. si usufr. pet. § finitur. 3. infr. de usufr. l. si usufr. 66. ff. de jure dot. Clariss. D. Collega Halbritt. in disp. de jure venandi de An. 97. thes ult.* tum etiam non utendo: si nimirum quis longo tempore prorsus non venatus fuerit, *l. sicut 13. & l. seq. C de servit & aq l. nam satis. § 1 & l. si communem. 10 in princ ff quemad. serv amitt.* Quod locum habet, si venari quis potuerit: secus si non potuerit, vel ob defectum instrumentorum vel alia impedimenta. *l. unus. 34. §. fin & l. seqq. 4. de servitut. prædior. restit.*

340 Quæstio movet, hîc potest de deportato, nunquid is jus venationis, quod vel ex contractu, vel præscriptione adquisierit, per deportationem amittat: Et quidem ad jus venationis, ex contractu ante deportationem quæsitum, quod attinet: certo certius est, illud per deportationem non amitti: cùm illa
341 tantùm, quæ juris sunt civilis, non verò, quæ juris gentium sunt, deportatus perdat, *leg. sunt quidam. 17. in fin. ff. de pœn. leg. inter pœnas. 6. ff. de interdict. & releg. § minor. 2. f. de cap. dem. leg. fin. ff. eod. Fortunius Garzia in d l. Gallus. 19. §. & quid*
342 *si tantùm, nu. 10. ff. de liber. & posthum. Peregr. de jur. Fisci. lib. 3. t 5. nu. 8. & seqq.* At contractus plerosq; juris gentium esse, nullum est dubium. *l ex hoc jure 5. ff. de just. & jur. l jurisgentium 7. in princip ff. de pact.*
943 Quid autem dicendum de venationis jure, quod deportatus præscriptione adquisivit: anne istud post deportationem retinebit? Et retinere, probabilius videtur: quia dominium vel jus, etiam præscriptione adquisitum, jurisgentium, non verò juris civilis esse, Doctores non exiguæ auctoritatis tradiderunt. *Iason. in l. fin nu. 2. C. si contra jus vel. util. publ. Bald. in l. 1. num. 4. C. de jur. aur. anul. Paris, cons 1. num. 108. & Decius cons 35. num. 41. vol. 1. Quos refert & amplectitur D Collega Halbritter. in tractat. m script. de jur. vend. cap. 3.*

Huic subjungenda est quæstio non dissimilis: utrùm 344
proscriptus sive bannitus ex constitutionibus Imperii jus venandi amittat; si fortè propter crimen fractæ seu violatæ pacis publicæ, à Camerâ Imperiali in bannum fuerit declaratus: Et eum jus venationis, sive contractu feudali, sive quovis alio modo comparatum, omninò perdere, & consequenter post bannum sive proscriptionem interpositam, venationem exercere amplius
non posse, eâ ratione demonstratur: quòd bannitus 345
ex constitutione pacis publicæ tam corpus & vitam, quam omnia bona & jura, quæ habuit, amittat, sive jure civili, sive gentium illa quæsiverit, *per text. expressum in Ordinatione Cameræ. part. 2. tit. 9. §.* So jemands *Vers.* So bald auch der *ibi,* Sollen deß oder derselben Leib vnd Gut / allermänniglichen erlaubt seyn / etc.. *Mynsing. cent. 5. observ 78. nu. 3. Gail. lib 2. de pace publ. cap. 1 nu. 23 & seq. Petr Frid. Minda. de processib. in Camerâ extrah. lib 1. cap. 26 nu 5.* Quoniam ergò bannitus omnia bona, omniaq; jura, *ut modò ostensum*, amittit: consequens est, eum etiam jus venationis, quod in bonis nostris consistit, perdere. Vide omninò Menochium *in commentario de diffamationib. cap. 4 nu. 147. & multis seqq.* ubi de bannitis plura notatu perdigna explicat.

Nec quicquam movet, quòd bannitus æquiparetur deportato, 346
Alexand. cons. 26. num. 1. lib. 1 & cons. 116. num. 3. lib. 2 ubi plures alios concervat: deportatus autem jus venandi, ex contractu præsertim & conventione quæsitum, non amittat: *ut quæstione præcedente dictum.* Etenim ista æquiparatio in bannito ob crimen fractæ pacis, ex constitutionibus Imperii non procedit. Talis enim bannitus propter delicti atrocitatem, multò deteriore loco & conditione est, quàm deportatus: cum non tantùm illis, quæ juris civilis sunt; sed etiam, quæ sunt jurisgentium, privetur: deportatus verò hæc retineat, *dict. l. sunt quidam. 17. in fin ff. de pœn cum concordantibus superiùs allegatis. Guil dict. libr. 2. pace publ. cap. 1. num. 24. & seq.* Videatur quoque Farinacius *libr. 1. praxis & rhetorica crimin. tit. 3. quæst. 19. num. 16. circa finem*, ubi post alios à designatos scribit: bannitos 347
nostri temporis secundum quid æquiparari deportatis, & secundùm quid æquiparari relegatis: & ideo constituere quandam tertiam speciem, à deportatis & relegatis differentem: sicque non licere arguere de deportato, vel relegato ad bannitum: sed in occurrenti casu standum esse decisionibus legum & Doctorum, loquentium non deportatis vel relegatis, sed in specie de bannitis. *Eâdem de re, post alios, quos citat, fusiùs differtat. Iulius Clarus libr. 5. recepter sentent. §. fin. quæstion. 71. num. 12. Thadæus Piso f. ad §. cùm autem, tot. tit. quibus modis jus patria potestas. solvitur. num. 8. cum seqq & Philippus Knipschildt exerc. Acad 1. quæst. 22.*

pag. 405.

§. *Apium.* 14. §. *Pavonum.* 15. & §. *Gallinarum.* 16.

§. 14. Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tuâ consederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quàm volucres, quæ in arbore tuâ nidum fecerint, Ideoque si alius eas incluserit: is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, eximere quilibet potest. Planè integrâ re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis persecutio ejus est: alioquin occupantis fit.

§. 15. Pavonum quoq; & columbarum fera natura est. Nec ad rem pertinet, quòd ex consuetudine evolare & revolare solent. Nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoq; quidam ita mansuetos habent, ut in sylvam ire, & redire soleant: quorum & ipsorum feram esse naturam, nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est: ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint: etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cùm revertendi consuetudinem deseruerint.

§. 16. Gallinarum autem & anserum nō est fera natura: idque ex eo possumus intelligere, quòd aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus: item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæ vè evolaverint: licèt conspectum tuum effugerint, quocunque tamen loco sint, tui tuæ vè esse intelliguntur: & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

SVMMARIA.

1. *Apiumne fera sint, an mansueta natura.*
2. *Examen, quod ex alveo evolaverit, cujus sit.*
3. *Examen quid.*
4. *Quod de apibus dicitur, de omnibus, tam cicuribus, quàm sylvestribus est intelligendum: & etiam ad pavones atque columbas porrigendum.*
5. *Tria animantium genera.*
6. *Animantia natura prorsus fera, nec cicurata, simul atque in naturalem libertatem se receperint, nostra esse desinunt, & occupanti conceduntur.*
7. *Animantia fera natura & cicurata tum demum occupantis fiunt, si animum revertendi habere desinant.*
8. *Animalia cicurata ab aliquo intercepta, aut saltem infidiis & inescationibus a redeundi consuetudine aversa, occupanti non solum non cedunt: sed etiam furti tenetur & n. 14.*
9. *L. si pavonem 37. ff. de furt. de quo pavone loquatur.*
10. *Revertendi consuetudo ex certis signis & conjecturis colligenda.*
11. *Sylvia Virgiliana justa querela.*
12. *Descriptio cervi Virgiliani artificiosa.*
13. *Ratio differentiæ inter animalia, vorsus fera, & mansuefacta.*
14. *Dominium possessione retinetur.*
15. *Animantia naturâ mansueta & domestica, quocunque locorum pervenerint, occupanti non acquiruntur.*
16. *Occupatio in quibus rebus locum habeat.*
17. *Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri nequit.*
18. *Animalia domestica intercipiens aut detinens, quibus actionibus conveniri possit.*
19. *De naturâ ac proprietatibus omnium avium quas ex professo tractet.*

De apibus olim disputatum fuit: num feræ essent 1
naturæ, an mansuetæ? Sed Imperator noster, *con-*
tra Plinium lib. 11. historiæ naturalis c. 5. & alios, indi-
stinctè eas feræ naturæ esse dicit, *ex l. naturalem. 5. §.*
apium. 2. ff. de acquir rer. dom. Nec ad rem pertinet,
quòd evolare & revolare solent. Nam id non faciunt
ex naturâ suâ; sed consuetudine quâdam extrinsecus
assumptâ: cùm nihilominus natura earum per se considerata
sit fera. Quare licèt apes in arbore tuâ mellificent:
tamen nec apes, nec mella tua esse intelliguntur;
priusquam eas alveo includas, & mella eximas. Itaque
si alius te præveniat: eorum dominium sibi occupando
acquirit: quamvis ingressurum fundum tuum prohibere
possis, ne ingrediatur, *hoc §. & d. leg. 5. §. apium. 2.*
ff. de acquirend rer. dom. l. si apes. 26. in princ. ff. de furt-
tis. Vide Locamerum quæstionum Iuridicar. fascic. 15.
quæst. 2. Examen quoque, quod ex alveo tuo evola- 2
verit, tamdiu intelligitur tuum esse, quamdiu in conspectu
tuo est, nec difficilis ejus est, aut deplorata persecutio:
cæteroquin occupantis, fit, *d. l. naturalem. 5. §. ex-*
amen. 4. ff. de acquir rer. dom. & hoc § nostro, in fine.
Est autem examen hic novalla apum soboles, ad in- 3
quirendas novas sedes à parentibus extrusa. *Balduinus,
Mynsingerus, Wesfius & alii in hoc §.* Quam novam
apum sobolem, eleganter Virgilius apum juventutem
vocat, quando ita canit, *lib. 4. Georgic. post principium:*

Vt cùm prima novi ducent examina reges 4
Vere suo, ludetq; favis emissa juventus.

Cæterum quod hoc loco de apibus adfertur: id indistinctè
de omnibus apibus, non de sylvestribus tantùm,
sed etiam cicoribus ac vernaculis verissimè enunciatur,
si naturam illarum per se, & jus; quod inde sequitur,
ad quæ Imperator hoc loco maximè respexit,
cosiderare velis: utcunque Hotomanous *hic enunciat.*
2. ejusque perpetuus assecla Tuningius, contrarium tueri
conantur. Sed & quod jam de apibus est dictum, 5
dem de pavonibus atque columbis affirmandum est.
§. pavonum. 15. h. t.

Planè tria animantium genera ab Imperatore nostro
in disquisitionem vocantur. Nam primò anima-

lium quædam prorsus sunt feræ: nec hominum industriâ, vel cultu mansuefacta: ut sunt leones, ursi, lupi, cèrvi, lepores, vulpes, apri, damæ, apes, columbæ, alia-
6 que innumera. Et de his traditur regula: ea occupata rursus amitti, & desinere esse nostra, simul atque in naturalem libertatem, sive pristinam laxitatem se receperint, adeòque posteà occupantibus cedere: & contra, manere nostra, quamdiu custodiâ nostrâ coërceantur, vel saltem conspectum nostrum & persecutionem nõ effugerint *§ fera. 12 f. h. t. l. 3. §. quicquid. 2. l. Pomponius. 44. ff. de acquir. rer. dom. Castren. in l. 3. §. item feras 14. num 1. ff. de acquir. vel amitt. poss. Hostiens. in summâ. nu. 4. de restit. spoliat. Vasquius in præfat. lib. 1. illust. controvers. num. 25 fol. 10.*

7 Deinde animalium quædam suâ quidem naturâ feræ sunt: sed ita contra naturam arte & industriâ hominum cicurata & condocefacta; ut consuetudinem quandam commeandi & remeandi, sive accedendi & recedendi à nobis, obtineant: cujusmodi sunt; apes, pavones, columbæ, cervi, &c. Atque in iis talis regula comprobata est: ut eousque nostra esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Unde quamdiu hunc animum retinent, qui ex redeundi consuetudine judicatur, ab alio occupari non possunt *d. §. pavonum. 15. h. t. dict. l. naturalem. 5. § pavonum. 5. ff. de acquir. rer. dom. d. l. 3. § quidam rectè. 16. ff. de acquir. vel a-*
8 *mitt. poss.* Adeò, ut si intercepta ab aliquo fuerint, aut saltem a revertendi consuetudine, inescationibus, vel arte, atque fraude aversa, in eum actio furti competat: cum nec nuda etiam spes revertendi, quam habet dominus in animalibus mansuefactis, ei interverti debeat.
9 *leg. Pomponius. 8 §. 1 ff. famil. ercifcund. leg. si pavonem 37.* (quæ lex loquitur de pavone mansueto, non naturâ, sed arte) *ff. de furt. Mynsinger. in dict. §. pavonum. num. 4. & ibidem Gilkenius num 3 h. t. Covarruv. 2. part. relect. cap. peccatum. § 8 num. 14. vers. tertio, &c. de regul. jur. in 6. Capolla, de servitut urb præd. cap. 77 Guid. Papæ decision. 218. numer. 2 Sebastian. Medic. in tractat. de venat. part. 2 quæstion. 37. Ioannes Bonifacius in tractat. de furtis. §. 6. numer. 21. allegans Navarrum cap. 17. numer. 126 & Ludovicum Carbonem in tractat. de restitut quæst 36.* Quibus addatur Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & re-*
10 *stit disput. 1. quæst 3. punct 7. numer. 4. & seq* Eamque rem exequitur plenius & explicatius Matthias Berlichius *part. 5. conclusion. practicab. conclus. 50. per tot. pag. 321. & seqq.* Cæterum isthæc revertendi consuetudo quando præsumi debeat, jure definitum non reperitur: sed in mero facto consistit: proindeque ex certis signis, pro ratione circumstantiarum, Iudicis arbitrio relinquendis, dijudicanda videtur. *l. 1 § ultim. ff. de jur. de lib. l. continuus. 137. §. cùm ita. 2. ff. de verborum obligation. leg. 1 §. 1. ff. de effractoribus Prueck-*
11 *mann. in tractat. de regalibus. §. venatio. capit 2. num. 25. Aldebrand. in d. §. fera. 12. vers quicquid. f. h. t. Grafeck. in disputat de dominio de Anno &c. 90. thes. 79. & seqq* Hinc Sylvia *apud Virgilium libr. 7. Aeneid.* justam queritandi causam habuit: quòd cervus suus, qui morem revertendi non deposuerat, ab Asca-
12 nio sagittâ confixus esset, *prout refert Mascard. in tractat. de probationibus, conclusion 157. num. 8. volum. 1* Cujus casum, qui belli inter Trojanos & Latinos exitialis occasionem præbuit, Poeta graphicè & artificiosè his depingit versibus:

Cervus erat formâ præstanti, & cornibus ingens:
Tyrrhidæ pueri quem matris ab ubere raptum
Nutribant, Tyrrheusq; Pater: cui regia parent
Armenta, & latè custodia credita campi.
Assuetum imperiis soror omni Sylvia curâ
Mollibus intexens ornabat cornua sertis:
Pectebatq; ferum, puroq; in fonte lavabat.
Ille manum patiens, mensæq; assuetus herile,
Errabat sylvis, rursusq; ad limina nota,
Ipse domum sera quamvis se nocte ferebat.
Hunc procul errantem rapidi venantis Iuli
Commovêre canes: fluvio cùm fortè secundo
Deflueret, ripaq; æstus viridante levaret.
Ipse etiam eximiæ laudis succensus amore
Ascanius, curvo direxit spicula cornu:
Nec dextræ erranti Deus abfuit, actaq; multo
Perq; uterum sonitu perq; ilia venit arundo.
Saucius at quadrupes nota intra tecta refugit:
Successitq; gemens stabulis, questuq; cruentus,
Atq; imploranti similis, tectum omne replevit.
Sylvia prima soror palmis percussa lacertos
Auxilium vocat, & duros conclamat agrestes. 13

Ratio porrò differentiæ inter animantia omnino fera & mansuefacta, reddi hæc potest: qui illa ipso momento, quo è conspectu nostro se subducunt, naturalem libertatem recipiunt, atque adeò nostra esse desinunt: hæc verò nihilominus in potestate nostrâ intelliguntur: quamvis in conspectu nostro non sint: cùm 14
propter animum revertendi, quem habent, constricta adhuc quasi teneantur, & possideri videantur. *d. l. 3 §. quidam. 16. ff. de acquir. vel amitt. poss.* Manente autem possessione eorum, manet & dominium, quod possessione nititur, *l. 1. §. 1. ff eod. & s in § fera. 12. dictum.* Quapropter qui ejusmodi animalia, dum pastum quærunt, occidunt, aut per inescationem intercipiunt; vel ex insidiis capiunt: non solùm domini non 15
fiunt: sed etiam furti tenentur; *ut & legum & Interpretum allegationibus jam antè probavimus.*

Postremò, animalia quædam sunt naturâ mansueta & domestica: ut gallinæ, anseres, anates, canes, pecudes, & similia. De his regula adfertur: ea apprehensio- 16
ne non acquiri: sed primi domini permanere, quocunque locorum veniant: etiamsi illius conspectum penitus evaserint; nec animum redeundi habuerint. *§. gallinarum. 16. h. t. d. l. naturalem. 5. §. gallinarum. 6 ff de* 17
acquir. rer. dom. Ratio est, quia occupatio in iis duntaxat locum habet, quæ nullius sunt. *d. § fera f. h. t.* Quod 18
autem jam alicujus est; sine facto suo ad alium transferri non potest, nec debet. *l. id quod nostrum. 11. ff. de reg jur.* Unde fit; quod, qui animalia ista invito domino intercipit, aut tantùm detinet sciens, aliena esse, actione ad exhibendum, & rei vindicatione; vel, si lucrandi animo id facit, etiam furti conveniri possit. *d. §. gallinarum. 16. hoc tit. dict. leg. Pompon. 8. §. 1. ff fam. ercisc. l. Pomponius. 44. in fine. ff. de acquir. rer domin. d. l. si pavonem. 37. ff. de furt. Se-* 19
bastian.

bastian. Medic. in praallegat. tractat. de venat. pagin. 2. quast. 39. Et plenius hac de re exponetur *in §. 1. infr. de obligat. qua ex delict. nascunt. numer. 35. & sequentib.* Cæterùm de naturâ, moribus ac proprietatibus pavonum, columbarum, gallinarum, anserum, anatum, reliquarumque avium amplissimè & accuratissimè disseruit Vlysses Aldrovandus *lib. 13. Ornithologia. cap. 1. lib. 14. cap. 1. lib. 15. cap. 1. lib. 19. cap. 17. lib. 19. cap. 24. cum seqq. & passim.*

§. *Item ea, qua ex hostibus. 17.*

Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeò quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur. Qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint: pristinum statum recipiunt.

SVMMARIA.

1. *Iure legitimi belli capta, fiunt occupantium: & quod bellum legitimum.*
2. *Ratio hujus secundi jure gentium dominii acquirendi modi & num. 15.*
3. *Duplex circa res hostiles adhibenda distinctio.*
4. *Immobilia hostium bona, fisco applicantur.*
5. *Res mobiles hostium vulgares, efficiuntur militum capientium: pretiosa non semper.*
6. *Qua interpretatio in dubio admittenda.*
7. *Res immobiles proprie non dicitur surripi, sed invadi.*
8. *Res mobil. speciosa aquiparantur rei immobilibus.*
9. *Liberi homines fiunt servi capientium.*
10. *Ius captivitatis inter Christianos cessat.*
11. *An Christiani a Turcis, & similibus gentibus capti, servi capientium fiant.*
12. *Hostes qui censendi.*
13. *Appellatione populi Romani, hodie omnes Christiani continentur.*
14. *In bello capti sine ullo discrimine personarum, capientium servi efficiuntur.*
15. *A piratis & latronibus captus, non fit ipsorum servus.*
16. *Pirata, pradones, & latrones non sunt in numero hostium: adeoq. horum jure uti nequeunt.*
17. *Indictio belli ad quid prosit.*
18. *Publica utilitatis causa, jus in bello occupata acquirendi, ultrò citroq. ab hostibus constitutum est.*
19. *Iuris postliminii effectus.*
20. *Tempore Vlpiani, Germani Romana Reipubl. hostes erant.*
21. *Vtrùm ab hostibus capta prioribus dominis vertant restituenda, si virtute bellica hostibus denuò auferantur.*
22. *An possimus ab hostibus emere vili pretio, qua ab adversariis injuste sunt extorta.*

1 HActenus de occupatione ferorum animalium hoc loco secundus modus, quo jure gentium dominia rerum acquiruntur, occurrit: nimirum *pradatio bellica sive spolia hostium.* Quæ enim ex hostibus justo & legitimo bello (quod est, si ex justâ fuerit causa initum, & ritè indictum. *Theod. Reinkingk. de regium secul. & eccles. libr. 2. clas. 3. cap. 2. Balthasar Ayla libro primo de jure & offic. bellic. capit. 2. num. 10. & 11. D. Becer. class. 3 Disput. 3. th. 31. e distin. 2. & lib. 1. de bello & duello. cap. 4. & seq. ed. 3. D. Theodorus Thummius in tractat. theologic. de bello & c. conclus. 9. pag. 20. item conclus. 30. pagin. 91. Adamus Contzen. lib. 10. Politicor. cap. 5. & seqq. Christophor. Binder. in Dissertat. Theolog. de bello publico th. 27. & 29.* Eáque de re videantur *Petrus Gregorius Tholos. libr. 11. de Republi. cap. 1. num. 6. & 11. cum seqq. D. Lansius & Winand. à Petersdorff. in Disput. de Regalib. th. 121. & seqq. Althusius libr. 1. Dicaeolog. cap. 36. num. 32. pag. 141. Dn. Besold. class. 1. Collegii Polit. disput. 3. thes. 27 item lib. 1. polit. cap. 4. nu. 24 & in Dissertat. Philologicâ. de arte jureq. belli. cap. 5. nec non Iacobus Fabricius in libello,* ein und dreissig Kriegsfragen *quast. 2. pagin. 23. & seqq.* Eodem quoque respicit illud distichon, quod refert D. Lutherus *in suis colloquiis convivialibus libr. 62.* von Kriegen. *circa finem. pagin. mihi 388. ex Propertio:*

Frangit & attollit vires in milite causa:
Qua nisi justa subest, excutit arma pudor.)

capiuntur: statim capientium fiunt. *hoc § leg. naturalem 5. in fin. l. transfugam. 51. ff. de acquir. rer. dom. Num. cap. 21. ver. 24. 25. 26. 35 cap. 31. v. 53. Genes. c. 14 v. 16. & seqq. c. 48. v. 22. Deuter. c 3. v. 7. c. 20. v. 14. Iud. c. 11. v. 21. 24 & seqq. Ios. c. 22. v 18. 1. Samuel. c. 30 v. 25.* Ratio hujus modi, jure gentium cum bellis introducti, hæc esse videtur: ut homines scelerati coërceantur; & ut milites spe prædæ alacriores reddantur; quemadmodum indicant *Thucydides lib. 5. Xenophon. lib. 3. Dionysius Halicarn. lib. 1. Georg. Obrecht. disp. de dominio, & c. th. 86. Giphanius hic, & Ioh. Casus. lib. 1. Sphara civ. cap. 4.*

Non obstat *l. Divus. 31. ff. de jure fisc.* ubi dicitur, ca- 2
ptivorum bona in fiscum esse redigenda. *& l. si captivus. 20. §. 1. ff. de captiv. & postlim. rev.* ubi habetur, agrum ex hostibus captum publicari. & *l. 13. qui pradam 13. ff. ad leg. Iul. pecul.* ubi respondetur, lege peculatus in quadruplum teneri, qui prædam ab hostibus captam
surripuit. Non obstant, *inquam*, hæ leges. Nam duplex 3
circa res hostiles distinctio adhibenda est. Primò enim vel sunt res mobiles: vel immobiles sive soli: ut agri, fundi, prædia, arces, urbes, oppida, &c. Et hæ non efficiuntur occupantium seu singulorum militum: sed publicantur, hoc est, Principi & Reip. acquiruntur. *d. l. divus 31 ff. de jur. fisc. & d. l. si captivus 20. § 1 ff. de captiv.*
& postlim. &c. Idq; meritò: quia agri non à singulis sed 4
ab universis tantum occupari possunt: eoq; meritò Reipublicæ aut Principi cedunt, cujus auspiciis universi militant quiq; adeò per illos ut administros possessionem occupare censetur. *Timaus Fab. disp. 12. ad instit. Imp. th. 9 D. Bes. in delib. jur. ex lib 41 ff. qu. 5. p. 144.* Deinde mobiles vel sunt magnæ & pretiosæ: vel sunt
vulgares. Et hæ quidem fiunt militum sive singu- 5
lorum, in pugnæ ardore eas capientium. *hoc §. num l. si quid bello. 28 ff. de captiv. & postlim. revers. & d. l. 5. §. fin. d. l. transfugam. 51. ff. de acquirat. rerum. domin.* illæ verò non item. *d. l. 13. ff. ad l. Iul. peculat.* nisi tota præda, ut fieri interdum assolet, à Duce exercitûs inter milites pro merito cujusque dividatur. *l. si quis pro redemptione. 36. §. 1. Codic. de donationibus.* Atque ita consueverunt non solùm Græci olim, *teste Homero Iliad. 10.* sed & Romani prædam inter milites dispertiri. Exempla prædæ

dæ vel publicatæ, vel militibus concessæ, sunt infinita apud Livium *libr.3.cap.31.lib. 4.ca.49 & 53. lib.5. c.19.& seqq.lib 6 c.2,lib.10.c.17.& c. 44 lib 21.c 11. lib 37.c.32.in fin.& alibi passim.* Ac sane quòd & olim, ante Iustiniani Imperatoris tempora, prædæ divisio in arbitrio victorum fuerit, clarescit ex Virgil.*lib.9. Æneid.* quando Poeta ita canit:

Si verò capere Italiam, sceptrisq; potiri
Contigerit victori, & prædæ ducere sortem:
Vidisti, quo Turnus equo, quibus ibat in armis
Aureus: ipsum illum clypeum, cristasq; rubentes
Excipiam sorti, jam nunc tua præmia Nise.
Præterea bis sex genitor lectissima matrum
Corpora, captivosq; dabit: suaq; omnibus arma.
Insuper id campi, quod Rex habet ipse Latinus.

Quanquam aliter isthæc explicare videntur Donellus *libr.4.Commentar.de jur.civil cap.21.* ibique Hilliger *in suis notat.lit.E.& F* & aliter Cujac. *lib. observation.19 cap.7* & Bronchorst. *cent.3. ἐναντιοφανῶν. assertion.77.*& aliter etiam Gœddæus *in l.3 § fin ff.de V.S.num.10. & seqq.* aliter item Antonius Merenda, *lib.2.controvers.jur.cap.22.num.10.cum seqq.pag.107. & seq.* & alii aliter Quibus adjiciendi sunt *Arumæus exercitat. Iustin.4. thes.12.Forster.Disput. 6. thes.14. & 15. Andreas Gerhardi Decad. 4 quæst.5. D. Becer. d.lib.1.de jure belli cap.15.ed.3. Hænonius Disput. 4.ad Instit.controvers.7.Vaçonius à Vacuna libr. 2. declarat 35. Robertus Disputat.7 thes.5 Forster. junior. libr. singul de dominio.cap.9 num.166 cum seq.pag 309.& seq.D.Besold.d.dissertat. Philolog. de arte jureq; belli. cap 8.num 3 & 5 Ranitz. Dodecad. conclusionum juridicar.conclus.4.Matthias Stephani cent.2. quæst. 15. Georgius Martinius in contrar. non contra. Disput.2. th. 7. Hugo Grotius lib. 3. de jure belli ac pacis.cap 6. num.11 cum seqq.pag.617. Bernhard. Sutholt. Dissert. ad Instit. 4 aphor. 37. p 88. Vogtpaur. exerc Iustin 5. quæst.5. pag 216.cum seq ed.ult & Hunnius l 2. var. resol.jur.civ,tract.1.quæst.10.& in resolut.ad volum. poster. Treutleri disp 18.th 2.quæst. 12.pag.370.* ubi distinctionem nostram *suprà num 3. & seqq.* traditam propterea carpit: tum quod *in hoc §. nostro, & in d.l. naturalem 5.§ fin.& d.l transfugam. 51. ff. de acquir. rer domin* indistinctè res ex hostibus captas occupantibus acquiri asseratur; tum quod distinctio illa planè sit divinatoria, nec ullum in legibus nostris habeat fù-
6 damentum. Verum cum in dubio eam admittere interpretationem jubeamur, quæ vitio caret, aliisque legibus non repugnat. *l. benignius,19 & l. in ambiguâ. 20.ff de legib.* Pomponius autem disertè respondeat; agrum, qui ex hostibus captus est, adeòque rem immobilem publicandam sive in fiscum redigendam esse, *d. l.si captivus.20.§.1.ff de captiv. & postlim. revers.* aliæ vero leges simpliciter disponant; res ex hostibus captas, militum capientium fieri. *d l.5.§ ult & d l 51. ff de acquir.rer.dom & hic § noster.* Ideòque haud immeritò, ad contrarietatem legum evitandam, statuimus: has leges de rebus mobilibus minus preciosis accipiendas: dictam autem *legem.13.ff. ad l. Iul peculat.* etiam de re quidem mobili (Apertè siquidem Modestinus ibi tractat de eo, qui prædam seu rem mobilem ab hostibus captam subripuit. Res quippe immobilis 7
propriè non dicitur surripi, sed invadi vel occupari. §. *1. vers.quod non solùm.infr.de vi honor.raptor.l. invasor 5 l si quis in tantam.7.& l. si quando.9.C.unde vi)* at pretiosâ publicatâ intelligendam esse: præsertim 8
cùm & aliàs in jure res mobiles preciosæ rebus immobilibus æquiparentur. *l.ex,quæ tutores.22.C. de administrat.tutor. vel curat.* Quæ cùm ita sint: debuisset sanè Clarissimus Hunnius prius suam distinctionem (qua res ex hostibus devictis in bello captas separat ab iis, quæ excursionibus eripiuntur hostibus) utpote divinationis morbo maximoperè laborantem, nulloque jure (siquidem jura ab eo adducta ne verbulo quidem istius distinctionis suæ meminerunt) fundatam confirmasse; & postmodum nostram, legum adminiculis (*uti ostensum*) satis suffultam, reprehendisse. Nam juxta illud Catonis:

Turpe est Doctori, cum culpa redarguit ipsum.

Porrò distinctio nostra, *suprà num 3* posita, rationem quoque habet satis manifestam & probabilem. Etenim res mobiles non spectant ad amplificationem vel confirmationem finium, aut ad constituendum terræ principatum: res verò immobiles omninò amplificant, confirmantque limites ac fines Imperiorum. Atqui bella pro amplificandis, tuendis ac conservandis imperii finibus plerunque adversus hostes publicè suscipiuntur. Res igitur mobiles, præsertim vulgares, cuique Civi occupanti cedunt utpote quæ nullius sunt: immobiles verò (ut & valde pretiosæ), cedunt juri publico, & populi ærario ac Imperio, utpote, pro quibus acquirendis publicè bellum suscipiebatur. *Iohan. Bruning. discursu Palæstra Imperialis V.th.3 sub lit.B.*

In tantum autem ex hostibus capta fiunt capienti- 9
um: ut & liberi homines servituti capientium subjugentur *hoc § & l.adeò.7 in pr ff.de acquir. rer. dom l. cum loca.36.ff.de religios.& sumpt fun.§. penult.supr. de jure personar. & dicitimus f. in §.jus autem civile. 1.tit.de jur.nat.gent. & civil.* Qui tamen, si evaserint, sive vi, sive fallaciâ potestatem hostium, & ad suos reversi fuerint: postliminii jure libertatem pristinam recipiunt. *juribus modò allegatis, & leg.nihil interest.26. ff de captiv. & postlimin.revers. Balthazar Ayla d lib. 1.de jure & offic.bellicu.cap.5.num.20.* Enimverò ho- 10
diè inter Christianos, propter charitatem Christianam, & quos magis fratres invicem, quam servos esse decet, jus captivitatis & postliminii cessat: ac proinde etiam justissimo bello capti, de consuetudine generali, capientium servi non fiunt. *Bartolus in leg. hostes. 24.in fine. ff. de capt. & postlimin.revers. Angel.hic.num. 2. & 3. Mynsingerus num.4.Schneidevvin num.2. Gilkenius num.6. Hussan.in tract.de hominibus prop.cap. 5.num. 40. Dan Nebel. Disput.25 thes.1.ad lit. a. Gregor. LopeZ lib. singul animadvers jur.civ cap.18. num. 7.* sed duntaxat ad certam quodammodo speciem homagii seu fidelitatis, secundùm diversos gentis cujusque mores, obligantur: aut capienti λύτρον, quod barbari ransonem seu finantiam indigitant, solvere coguntur: *Nic. Boer.decision.178.num.2 & 3.Grotius d. lib. 3. de iure belli ac pacis.cap.7.num.9.pag.645. Iod. Damhoud in praxi rer.crim.cap.82.num.7.& 8.Didac.Covar.in c.*

pecca-

ratum. 4. de reg. jur. in 6. ſecunda p. releſt. §. 11. *num.* 6. *& ea attigimus ad* §. *ſi ab hoſtibus.* 5. *num.* 6 *ſupr. quib. med. jus patr. pot. ſolvit.* Vide tamen aliter ſententiem D. Bocerum *d. lib.* 1. *de bello. cap.* 15. *num.* 5. *edit.* 5.

11 An autem Chriſtiani capti à Turcis, Perſis, Sarracenis, & ſimilibus gentibus; capientium ſervi efficiantur, in dubio poſitum eſt? Sed cum Alciato & Rebuffo *in l. hoſtes.* 118. *ff. de verb. ſignif.* concludendum: Chriſtianos à Turcis vel Sarracenis captos in ſervitutem ipſorum redigi, ejuſque conditionis eſſe, cujus juxta jus civile capti ab hoſtibus Romanæ Reipubl. cenſebantur: & ideo opus eſſe fictionibus legis Corneliæ, & poſtlimii. Ratio hujus concluſionis hæc eſt: quia ſervi hoſtium fiunt, quicunque ab hoſtibus capiuntur, *ut hic & dict. leg. adeò.* 7. *ff. de acquirend. rer. domin.* Atqui Turcæ, Sarraceni, & ſimi-
12 les gentes ſunt hoſtes. Nam quibuſcunque populus Romanus (cujus appellatione hodie omnes Chriſti-
13 ani continentur) publicè bellum decrevit, vel ipſi populo Romano indixêre, hoſtes ſunt cenſendi. *l. hoſtes.* 24. *ff. de capt. & poſtlim. reverſ. dict. leg. hoſtes.* 118. *ff. de verborum ſignificat.* Tales autem ſunt Turcæ, Sarraceni, & cæteri, qui perpetuum populo Romano indixerunt bellum: quamvis ad tempus cum eodem inducias interdum conſtitutas habeant. Sequitur ergo, Chriſtianos ab illis captos, eorum fieri ſervos,
14 Et ſanè non ſolùm jus gentium conſtituit: verùm etiam jus civile conſtitutionem juris gentium approbavit: ut in bello capti, ſine ullo diſcrimine perſonarum, quæ & quales, ſint, capientium ſervi efficiantur: non etiam adhibitâ diſtinctione, qualibus & quibus, num à Chriſtianis vel Turcis, bello capiantur. *hoc* §. *noſt. &* §. *ſed jus quidem civile.* 2. *verſ. jus autem gentium. ſ. de jur. nat. gent. & civ.* §. *ſervitus.* 2. *ſ. de jure perſonar. d. l. naturalem.* 5 §. *ſi. & d l. adeò.* 7. *in princip. ff. de acquir. rer. domin. l. eos, qui* 4. *ff. de capt. & poſtlim. reverſ. cum ſimilibus.*

15 Non adverſatur *l. poſtliminium.* 19. § *à piratis. & d. l. hoſtes.* 24. *& l. latrones.* 27 *ff. d. t. captiv. & poſtlim. reverſ. & l. quià latronibus* 13 *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ex quibus liquidò conſtat: à piratis & latronibus captum, eorum ſervum non effici. Quare dicendum videbatur: ne à Turcis quidem captos, in ſervitutem eorum deduci: cùm Turcæ propter crudelitatem immanitatemque, quæ major in ipſis eſt, quàm in piratis vel latronibus, majori odio ſint digni: nec his, utpote longè deterioribus, permiſſum eſſe debeat, quod latronibus & piratis, paulò mitioribus, denegatur. Nihil, *inquam*, hoc adverſatur. Etenim poteſtas acquirendi occupata, jure quodam belli hoſtibus tantùm populi Romani conceſſa eſt: & viciſſim popu-
16 lo Romano adverſus hoſtes ſuos. In quorum numero cùm piratæ, prædones, & latrones non ſint, quippe qui bellum populo Romano publicè non denunciarunt; jure, quod inter hoſtes ultrò citroque conſtitutum eſt, uti non poſſunt. Et rectè. Si enim ſpes recepta acquirendi illis æquè propoſita eſſet: nihil tam diligenter cuſtodiri, aut muniri poſſet: quod ab iis non eriperetur.

Nec movet, ſi dixerit quiſpiam: eos, qui animum prædandi vel latrocinandi habeat, bellum indicendo hoſtes fieri, ſicque in acquirendo hoſtium iure uti poſſe: atque adeò unumquemque in diſcrimine rerum ſuarum non minori verſaturum, quam ſi bellum iſti non indixiſſent: ſed latrones, vel piratæ manſiſſent. *Nam* bello ab hoſtibus ritè indicto, periculum 17
amittendi poſſeſſiones & fortunas, vel omninò ceſſat, vel ſaltem diminuitur. At quo modo? populus ſiquidem, cui bellum publicè eſt indictum, maturè ad id ſe parando hoſtem vel profligare & fundere, vel ita ſe ei opponere poteſt: ut tantum non immineat periculum, quantum immineret, ſi ex improviſo à privatis hominibus, qui per indictionem belli hoſtes non facti, bello peteretur. *Vide D. D. Thummium d. tract. Theolog. de bello concluſ.* 30 *pag.* 91. *& ſeq. itemq. D. D. Beſoldum d. Diſſertat. de arte jureque belli. c.* 5. *num.* 4. *pag* 78 *& ſeqq.*

Nec deniquè reſiſtit, quòd indignum ſit? Turcis, & aliis immanioribus gentibus beneficium illud acquirendi communicari: & iniquum etiam, Chriſtianos ab iis captos, eâ inſuper calamitate & miſeriâ affici, ut durisſimæ ſervituti mancipentur. *Publica* namque 18
utilitatis cauſâ hoc jus occupata acquirendi, & in ſuam poteſtatem redigendi, ultrò citroque ab hoſtibus conſtitutum eſt: ut ſcilicet milites, cùm ſcirent, ſua eſſe, tam ex conſenſu & voluntate hoſtium, quàm ſui Ducis, quæ bello cepiſſent, propter iſtam ſpem acquirendi faciliores eſſent, & alacriores ad propugnandam Rempublicam. Neque verò abſurdum eſt: hoſtibus aliquid concedi: ut inde majus ad Rempub. militarem redundet commodum: ſicut hoc in caſu fieri liquet. Prætereà à Turcis, vel ſævioribus hoſtibus capti, ex eo, quòd in ſervitutem rediguntur, majorem accipere calamitatem non videntur: cùm fictionibus L. Corneliæ, & poſtliminii uti poſſint: quo poſtlimi- 19
nii jure libertatem, ſi ad ſuos revertantur, non ſecus recipiunt, ac ſi capti nunquam fuiſſent. Hic enim illius juris effectus eſt: ut per captivitatem hoſtium ſervi facti, ſi redierint, priſtino juri, adeòque etiam libertati naturali reſtituantur, *ut abundè patet ex d. l. hoſtes.* 24. *& tot. tit. ff. de captiv. & poſtlim. reverſ. Ab hoſtibus* inquit in: b: Vlpianus) *captus, utputà à Germanis & Parthis, & ſervus eſt hoſtium, & poſtliminio ſtatum priſtinum recuperat.* Vbi notandum: 20
illud, quod de Germanis interjicitur, ſecundùm tempora Vlpiani accipiendum eſſe. Tum enim temporis Germani Romano Imperio hoſtes erant, pro libertate pugnantes: donec Caroli magni auſpiciis Germania Romanæ Reipubl acceſſerit, ejuſque tutelam ſuſceperit: ut Alciatus, huncque referens Gœddæus, innuit *in præfatâ l. hoſtes* 118. *ff. de verb. ſignif.*

Elegans quoque quæſtio eſt: ecquid ab hoſtibus capta prioribus dominis veniant reſtituenda, ſi virtute 21
bellicâ hoſtibus denuò auferantur? Ac ſanè res immobiles, hoſtibus devictis receptas, in prædâ non eſſe, ſed poſtliminio ad ſuos dominos redire liquidò conſtat *ex d. l. ſi captivus.* 20. §. 1. *ff. de captivis, & poſtlim. reverſ.* Quin & ſervos, ex hoſtibus receptos, jure poſtliminii ad ſuos dominos reverti, evincitur *ex l. poſtliminium.* 19 §. *ſi ve-*

si verò servus.5.& d.l.latrones.27.ff.d tit. Cæteras verò res privatas mobiles, bello ab hostibus receptas, jure postliminii ad pristinos suos dominos non reverti, sed in prædâ esse, sicque ad milites recipientes pertinere, probatur *ex l.si quid bello.28 ff.eod.tit.* Quam sęgem de re mobili accipiendam esse, rectè *post glos ibid. & in d. l.si captivus.20.in verb.ager.ff.de captiv.& postlim.reverf.& in l.Divus.31.in verb.captivorum. ff. de jure fisci & Iacobum Cujacium lib.19.observat.cap.7* sentit D.Collega Bocerus *d.lib.1. de bello.cap 15.num. 7. pag.148.edit.3.* Eâdem de quæstione videantur Didacus Covarruv.*in c peccatum.4.de reg.jur.in 6 secundâ part.relect §.11.n.7.& seq.* Balthasar Ayala *lib. 1.de jure & offic.bellicis c.5.* Petrus Augustin. Morla *in emporio jure tit.ult.n.7.* Hœnon.*disp.ff.10.th.6.* & Bruningius *d.discurs.palastra Imperialis V.th.3.sub lit.B.* Et Ludovicus Carbo *in tract.de omnium rerum restitutis quæst.*
22 *63 pag.443 & seqq.* Eandemque quæstionem attigimus etiam *in §.jus autem civile.1.nu.14.supr. de jur. nat.gent.& civili.* similis controversiæ est; an possimus ab hostibus emere vili pretio ea, quæ ab adversariis injustè extorta sunt? Respondendum est negativè per se loquendo: quia priores domini non amiserũt dominium per injustam hostium ablationem & rapinam. Idque verum est, etiamsi priores domini nunquã recuperaturi essent talia bona. Non enim ob id amittent dominium rerum suarum. Si autem verisimile sit, illa nunquam perventura ad priores dominos, ut ordinariè evenit: possumus illa emere etiam vili precio, hoc animo ut comparente domino, huic bona eadem restituamus pro eodem pretio: sin minus eadem nobis retineamus. Sic enim utiliter gerimus negotium dominorum, qui nõ censerũr rationabiliter inviti. Ha post *Vasquez de restit.c.9.§.2.dub.3.n.8.* & alios tradit. *Martin.Bonacina in tr.de contract.& restit. disp. 2. qu.ult. sect.1.punct.ult.§.3.n.24 p.313.*

§. *Item lapilli.18.*

Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

SVMMARIA.

1. *Invente in litore statim occupantium fiunt jure naturali.*
2. *In privatis locis, vel in publicis inventa non fiunt inventoris.*
3. *Omnes scire debent, quod suum non est, hoc ad alios pertinere.*
4. *In litore inventa, quando inventori non conceduntur.*
5. *Verùm inventor solo visu sive aspectu rem inventam acquirat.*

1 TErtius acquirendi dominii modus Iuris gentium, est *inventio rerum literalium.* Lapilli namque, gemmæ, margaritæ, conchæ, succinum, & cætera, in litore maris nata & inventa, jure naturali statim inventoris fiunt, *ut hic, & l. 3.ff. de rer divis. & l 1 §.1.ff. de acquirat. vel amitt. poss.* Estque ratio: quia hujusmodi res sunt nullius, sive communes, ut ipsum litus: & ideò invenienti sive occupanti meritò ceduntur, *per regulam f in §.fera.12. hoc tit. propositam.*

Observandum autem, quod ait hîc Imperator, *quæ in litore maris.* Nam quæ vel in privatis locis, vel in viis & itineribus publicis reperiuntur, inventoris 2 non fiunt: sed pristini domini manent: & etiam per publicum præconium ei reddenda sunt: alioqui furtum committitur. *l. falsus.43.§. qui alienum. 4. & §. proind.8.ff. de furt can. si quid invenisti 14.quæst.5.* Ratio est: quia omnes scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: *ut eleganter ait Iustinianus in l. ultim. Codic. unde vi.* Quò 3 spectat vetus lex: Quæ non posueris, ne tollas, *de quâ Plato initio libr. 1. de legibus. & Aelianus, hosque citans hic in fine Giphanius.* Quin etiam interdum in litoribus, aut ipso mari reperta, inventori 4 repertorivè non conceduntur: si videlicet casu fortè amissa, aut obortâ tempestate, levandæ navis causa, in mare ejecta fuerint. *l.qua ratione. 9. in fin. ff. de acquirend. rerum domin. §. ultim. infr. h. t. ubi de hac re latiùs.* Porrò ad hoc; ut inventione quis efficiatur dominus, non solus rei sufficit visus vel nudus 5 conspectus: sed apprehensio quoque & occupatio, cum animo habendi requiritur. Vnde si unus rem prius vidit, & occulis notavit: alter verò posteriùs quidem vidit, sed citiùs apprehendit, & possessionem nactus est: dominium ejus rei non is, qui primus vidit, sed qui prior apprehendit sive occupavit, acquiret; ut *post gloss. hic* Faber, Mynsingerus, Gilkenius, Thadæus Piso, Angelus, Heigigius, & plerique Interpretes tradiderunt, *per d. l. 1. & l. 3. §. Neratius. ubi Alexander, Socinus, & Gothefred. in lit. b.ff.de acquirat. vel amittend. possess. l. si Barsatoram. 13. Cod. de fideiussoribus.* Quibus addatur *Donellus libr. 4.Commentar.de jur. civil. capit.10. in fin. & Treutler. Disputat. 20. thes. 2. ad liter. h. volum. 2. ibique videatur Bachovius in suis not. & animadvers. pagina 192. Itemque in hoc §. nostro pagina. 259.*

§. *Item ea, quæ ex animalibus.19.*

Item ea, quæ ex animalibus domino tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi adquiruntur.

SVMMARIA.

1. *Natum ex animalibus nostris, nostrum est.*
2. *Fœtus est quadam pars ventris.*
3. *Pars toto continetur.*
4. *Puer ex ancilla prægnante vendita natus, cujus sit.*

QVartus modus, acquirendi dominii, est *fœtura sive procreatio animalium.* Quicquid enim ex 1 animalibus dominio nostro subjectis nascitur, jure naturali sive gentium nobis acquiritur, *hoc §. & l. item quæ. 6. ff. de acquir. rer. domin.* Cujus hæc est ratio: quia fœtus sive partus est veluti pars ventris, ac viscerum. *l.1.§.1.ff.de inspic. ventre.l ult.C.de liberal.caus. l.partum.7.C.de rei vindicat.* Non potest autem alio jure pars esse, quàm totum: sed cujus totum est; 2

ejus-

ejusdem necesse est esse & partem: quoniam pars totocontinetur. *l. si quis cùm totum. 7. in princ ff. de except. res judic.* Hinc si equus tuus aquam meam prægnantem fecerit; placet, equuleum inde natum, non tuum, sed meum esse. *l. item Pomponius. 5. §. 2. ff. de rei vindicat.* Tametsi ille, qui equum vel asinum alienum, invito domino, in equas suas immiserit, ei in factum actione teneatur. *l. si quis uxori. 52. § si quis asinum 20. in fin. ff. de furt.* Hinc quoque à Venulejo responsum est: puerum ex ancilla prægnante venditâ natum, emptoris esse, non venditoris: quamvis ancilla apud venditorem conceperit *l. ult ff. de acquir rer. dom.*
4 Verùm de hoc acquirendi modo egregiè Hugo. Donell. *libr. 4. Comment. de jure civ. cap. 23.*

§. Præterea quod per alluvionem. 20.

Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur.

SVMMARIA.

1. *Alluvione rerum dominium acquiritur.*
2. *Alluvio quid, & unde.*
3. *Accessorium sequitur principale, & pars naturam totius.*
4. *Aequitas acquisitionis per alluvionem.*
5. *Augmentum per alluvionem fundo fructuario, vel emphyteuticario vel feudastico adjectum, cui acquiratur.*
6. *Ius alluvionis in agris limitatis, ut & in lacubus sive stagnis, locum non habet.*
7. *Agri limitati qui dicantur.*

1 QVintus acquirendi rerum dominii modus, est *jus alluvionis.* Nam quod per alluvionem agro meo flumen adjecit; jure gentium mihi acquiritur: & contrà, quod per alluvionem agro meo flumen detrahit,
2 id admittitur. Est autem alluvio (ab alluo deducta, verbo composito ex *ad* & *luo*; quod est ejusdem significationis cum verbo *lavo*, *Baptista Aymus, Parmensis in tractat. de alluvionib. cap. 4. numer. 1 Lib. 1. Doringius in bibliotheca Iurisconsultor. tom. 1. verb. alluvio, num. 4. fol. 1583.*) incrementum latens: cùm quid ita paulatim prædio nostro adjicitur motu fluminis; ut intelligere non possimus, quantum quoquo momento temporis adjiciatur, *hoc § & l. adeo 7. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. 1. Cod. de alluvionib. &c.* Cujus quidem acquisitionis ratio hæc est: quia accessorium sequitur principale *l. cùm principalis. 178.*
3 *ff. de R. I.* & pars sequitur naturam totius: ita ut, cujus est totum, illius meritò sit & pars, quæ toti accrescit. *l. in rem. 23 §. item quæcunque 5. ff. de rei vind. l. quicquid. 27. ff. de acquir. rer. domin. § si tamen. 26.*
4 *infr. h. t.* Æquitas vero acquisitionis hujus ex eo augetur: quod quæ alluvione accrescunt, ita latenter & obscurè aliis detrahuntur locis, ut non intelligatur, quorum prius fuerint, & quibus sint detracta: proindeq; si quis maximè vellet prioribus dominis illa restituere; non tamen posset: eùm, qui domini fuerint, ignoretur, *Arnold. Vinnius lib. 1. Iurispr. contract. c. 23. lit K. p. 60.*

Cæterùm quæri hic potest: cuinam augmentum per 5 alluvionem fundo fructuario adjectum acquiratur: utrùm proprietario, an usufructuario? Hanc quæstionē decidit Vlpian. *in l. item si fundi. 9 § huic vicinus. 4. ff. de usufruct.* ubi indicat: id, quod alluvione accessit fundo, cujus quis solùm habet usumfructum, ratione ususfructûs ad usufructuarium; ratione verò proprietatis, ad dominum fundi pertinere. Sic quoque alluvionis augmentum, quod fundo emphyteutico vel feudatario accrevit, quoad directum (*ut ajunt*) dominiū, directo domino, quoad utile dominium, emphyteutæ vel vasallo acquiritur. De vasallo textus est expressus *in §. si quis de manso 5. & §. rursus. 6. si de investiturâ feudi controv. fuer tit. 4. lib. 1. F. ubi latè Iacob. Alvarott. & reliqui Feudistæ.* De emphyteutâ extat *gloss. fin. in l. 1 ibiq; omnes D. C. de jure emphyteut* ubi addunt, propter istud incrementum non esse emphyteutæ canonem, vel aliud onus, aut servitium augendum. Idem cōsuluit Philippus Corneus *cons 15 incip. licèt clarum. lib.*
4 quem refert, & sequitur Molineus *in consuetud Parisiens. tit. 1. §. 1 glos. 5. num. 117.* Verùm hæc de re eò notatiùs dissertur ad §. *adeò. 3. infrà, de locat. & conduct. nu. 292. & seqq.* Id autem circa hunc §. nostrum notandum: jus alluvionis locum non habere in agris li- 6 mitatis: quoniam hi certâ mensurâ continentur. *l. in agris. 16. ff. de acquir. rer. dom.* Quare etiam in lacubus & stagnis, idem jus alluvionis non agnoscitur. Nam li- 7 cèt hæc interdum crescant, interdum decrescant; suos tamen terminos retinent; *l. lacus. 12. ff. d. l. 1 vicinus. 24 §. ultim. ff. de aquâ, & aquæ pluv. arcend.* Constat portò *ex d. l. in agris. 16. ff de acquir. rer. domin.* agros limitatos dici, qui ex hostibus capti, partim militibus, aliisve civibus pauperibus assignabantur, partim publico adjudicabantur: eòque limites illis adjiciebantur, ut quantum assignatum, quantum in publico relictum esset, constaret. Quod cum perspicuam satis habeat rationem: nihil prorsus necesse est, ut *in d. l. 16.* pro verbis, *quid in publico relictum esset*, legamus, *quod veteri possessori relictum esset*, cum Cujacio *lib. 2. observation. cap. 9.* ut rectè notavit Bachovius *in suis not. & animadvers. ad Treutler. vol 2. disp. 20. th. 5 lit. E p. 212.* Sed & hodiè, quando ager à Principe in feudum conceditur infra certos limites ac fines præscriptos, jus alluvionis (quod Principes sibi vendicant, tamen res videatur controversa) cessare putat Arnoldus Vinnius *d. lib. 1. c. 23. ad lit. L.*

§. Quòd si vis fluminis. 21.

Quòd si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit: palàm est, eam tuam permanere. Planè, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque, quas secum traxit, in

in eum fundum radices egerint: ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ esse.

SVMMARIA.

1 Differentia inter alluvionem. & vim seu impetum fluminis duplex observanda est. I. Quod alluvione lętè & paulatim: vi fluminis subitò & statim adjiciatur. II Quod alluvione & acquiratur, & amittatur: vi fluminis non item. Ideoque si vis fluminis partem aliquam de tuo prædio detraxerit, & vicini prædio attulerit: palàm est, eam tuam permanere, *hec §. & l. adeò. 7. §. 2. ff. de acquir. rer. dom.* Ratio est; quia pars fluminis impetu de tuo prædio detracta, quamvis ad alterius prædium delata sit: separata tamen manet, nec pars ejus esse intelligitur: unde tu, utpotè adhuc dominus, partem istam vindicare potes: dummodò caveas vicino de damno infecto, *l. hoc amplius. 9. §. Alfenus. 2. ff. de dam infect.* Excipitur tamen casus,
2 quo vi sive impetu fluminis etiam acquiritur: si nimirum pars detracta diu adhæserit fundo vicini, & ei coaluerit, *hec §. nostro, in fin. & d. §. Alfenus.* Ratio exceptionis est: tum quia prior dominus sibi imputare debet, quòd tanto temporis spacio ablatam terræ suæ partem seu crustam non repetierit: tum quia coalitione jam pars facta esse ipsius fundi vicini censetur. *Ioachim. Cluten. lib. 1. diatrib. novo-Iustin. 18 quæst. 4.* Atque de isthoc *coalitionis jure explicabitur in § si Titius. 31. infrà hoc tit.*

3 Sed valde obstat *l. idem Pomponius. 5. §. de arbore. 3. ff. de rei vindicat.* ubi ita scriptum est: *De arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit; Varus & Nerva utilem in rem actionem dabant.* Quòd si eâ specie actionem prior dominus habet in rem utilem: utique dominium ejus non amisit, sed retinuit. Etenim actio in rem, sive vindicatio nemini, præterquam domino, conceditur. *l in rem actio. 23. ff. de rei vindicat.* Ad quorum
4 locorum explicationem multa quidem comminiscũtur Interpretes: sed nihil ferè, quod jure subsistere possit, adferunt. Bulgarus & Iohannes, & post hos Accursius & Bartolus & Donellus *lib. 4. Comment. de jure civ. c. 27. & c. 34.* Gilkenius *in §. præterea quod. 20. f. h. t. num. 12.* & novissimè Dn. Collega Bocer. *in §. si Titius alienam. 31. num. 9. infr. hoc tit. pag. 80.* & plerique alii censent ac respondent: terram nostram, & arbores, quę per vim fluminis translatæ, radices in alieno agro egerunt, amitti, dominoque fundi, in quem invectæ sunt, acquiri, *per hunc §. & per d. l. hoc amplius 9. §. Alfenus. 2 ff. de dam. infect.* nec quicquam cum his locis pugnare opposita *l. 5. § de arbore. ff. de rei vind.* ibi enim Vlpianum historicè referre tantùm sententiam veterum Iurisconsultorum, non etiam approbare. Verùm cùm compilatores juris, qui eam ex mandato Iustin. Imp. in Digesta retulerunt, eo ipso approbârint: debilis profectò ista, & minùs sufficiens responsio videtur. Eâ si quidem admissa, fatendum erit: in jure no- 5
stro antinomias reperiri: cùm tamen ipse Imp. disertè affirmet, non esse in legibus ullam tantam contrarietatem, quæ non subtili animo conciliari possit, & complacari. *l. 1. § nulla 8. C. de veteri jur. enucl. & l. 2. § contrarium. 15. C. eod. tit.*

Multò minùs audiendi sunt illi, qui distinguunt, utrùm facto hominis in alienum agrum arbores translatæ sint: quo casu priori domino utilem rei vindicationem tribuunt, *ex d. l. item Pomponius. 5. §. de arbore: ff. de rei vind.* an verò fato & vi fluminis in alienum agrum translatæ, coaluerint: ubi actionem denegant. *hoc §. nostro. & d. l. hoc amplius. 9. §. Alfenus. ff. de dam. infect. Marcilius & Wesenbec. in d. § præterea. 20. f. h t n. 6. Angel. nu. 1. & Mynsinger. num. 4. Brenchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 77. edit. 2. Olemannus ad lib. 2. Disputationum juris civ. Giphanii. Disp 9. num. 14 &*
15. Nam propter quas rationes, arbores vi tempestatis 6
& fluminis in alienum fundum translatæ, priori domino auferuntur, & fundi domino adjudicantur (propter eas scilicet, quòd negligentia antiqui domini, qui non citiùs vindicavit arbores, sit punienda, & quòd coalitione videantur jam partes esse factæ ipsius fundi, in quẽ translatæ sunt) eædem rationes etiam tum militant, ubi facto hominis arbores in fundum alienum translatæ fuerint. Vtroq; igitur casu dominiũ amitti necesse est.

Quamobrem, ut omnis amoveatur difficultas, ali- 7
ter est respondendum videlicet arbores sive impetu fluminis, sive facto hominis ablatas, si alieno in fundo radices egerint, à priori domino amitti, atque ei, cujus in fundo positæ sunt, acquiri: in tantum, ut is utilem actionem, si fortè alius istas occupaverit, habeat. *d. l. 5. §. de arbore. 3. ff. de rei vindicat.*
Vtilis autem actio ibi dicitur, non quæ directæ op- 8
ponitur: sed quæ ad agendum utilis est, & efficax. Cùm enim fundi illius, in quo arbores sunt positæ, dominus plenum acquisierit dominium: necessariò sequitur, ut ei non utilis, sed directa actio (quæ utilis vocatur, quòd ad agendum efficax sit, nullâque exceptione removeri queat) accommodetur, *argum. l. si fidejussores. 41. in fine principii. ff de fidejussorib. l. si quis diuturno. 10. ibi, utilem habet actionem. ff. si servitus vindicetur. l. ultim. in fin. C. quod cum eo, qui in alienâ potestate est, negoc gest. esse dicetur Donellus. in leg. legem. 10. numer. 4. C. de pactu. hunoque referens Robertus Disputat. 9. sub. thes. 12. ad finem.* Et ab hac responsione non alienus est Osualdus Hilliger. *in Donello enucleato. libr. 4. capit. 34. lit. E.*

Atque hanc ipsam etiam responsionem (missis & 9
seq-

rejectis aliorum conciliationibus) non invitus secutus est D Hunnius *disp. 4. ad Instit. thes. 16.* ita ut mirum sit, cur sibi contrarius illam, modò adducta legum fundamentis abundè innixam, divinationis accusare ausit: cum tamen ipse meliorem haud attulerit. *lic. 2. & ar resolut. jur. civ tract. 1. quæst. 17. circa finem. & in resolut. ad volum. poster. Treutlers. disput. 18. thes. 5. quæst. 25. pag. 407.* Quod enim ibi asserit, in casu *d. l. 5. § 3. ff. de rei vind.* priori domino dari utilem in rem actionem de arboris æstimatione, quam ipsi à domino agri præstari æquissimum sit: id falsum videtur. Tum quia rei vindicatio non datur ad æstimationem, adeoque rem incorporalem. *§. 1. vers veluti si rem corporalem. infr. de actionib. l. venditor. 21. in fin. ubi res & æstimatio invicem opponuntur. ff. de heredit. vel act. vend.* Tum quia prioris domini, arborem ipsam tanto temporis spacio non repetentis, negligentia pœnam potiùs, quàm actionem ullam meretur: cum damnum, quod suâ culpâ quis sentit, sentire
10 non censeatur, *l. quod quis 203. ff. de reg. jur.* Eodem responso quoq; facilè removeri possunt illa, quæ contra nostram verissimâ sententiam attulit Valentinus Guil Forsterus *lib 1. de interpretat. jur. cap. 5. nu 27. & seq item libro sing. de dominio. cap. 9. num. 203. pag. 335. nec non Bachovium in not & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disput. 20. thes. 5 lit. D. vers. illud autem pag. 211.* Quibus adde Erasm. Vngepaur *exercit. Iustin. 5. quæst. 6. pag. 221. ed. ult.* Et de prædictis omnibus videatur Baptista Aymus *in tract. de alluvionib. libr 1. cap. 6. cum seq* & Döringius *in bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. verb. alluvio num. 52. cum seqq. folio 1598. & seqq.*

§. *Insula. 22.*

Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit. Nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata (quod frequenter accidit) siquidem mediam partem fluminis tenet: communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident; pro modo scilicet latitudinis cujusque fundi, quæ prope ripam sit. Quòd si alteri parti proximior sit: eorum est tantùm, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quòd si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infrà unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit: ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat.

SVMMARIA.

1 *Insula quid, & unde sit dicta, & quotuplex, & cui acquiratur.*
2 *Mare* [illegible] *arena & litora nullius sunt.*
3 *Iurisdic* [illegible] *in insula in mari nata ad quem spectet.*
4 *Insula in* [illegible] *nascitur tribus modis.*
5 *In primo* [illegible] *de insula quid observandum.*
6 *Ins* [illegible] *communis, & quando non, censeatur.*
7 *Insula in flumine publico exorta, fit privatorum, tam quoad usum, quam quoad proprietatem.*
8 *Intellectus l. penult. §. ult. ff de acq. rer. dom.*
9 *Diversa ratio fluminis & insulæ.*
10 *De altero insulæ modo.*

SExtus modus acquirendi dominii, est *insula.* Quæ nihil aliud est, quàm terra aquis circumflua, ob spiritum eo loci erumpere non valentem, enata, *auctore Plinio lib. 2. cap. 85.* inde sic dicta, quòd sit in salo, hoc est, in mari, *tradente Sexto Festo Pompejo lib. 9. eumq; referente Bercholten hic num* 1. Enimverò ea duplex perhibetur: maris, & fluminis. Insula in mari nata (quod raro accidit, tum propter altitudinem, sive profunditatem maris; tum propter fluxum & refluxum nimis violentum, magnasque undas seu procellas, quæ coalescere & exaggerari terram vix patiuntur: terræ tamen motu interdum id accidere, scribit Plinius *d. lib. 2 cap. 85.*) occupantis fit. Et ratio est, quia nul- 1
lius esse creditur, *hoc §. & l. adeò 7. §. insula. 3. ff. de adq. rer. dom.* Ratio rationis: quia & ipsum mare, 2
& quæ subest mari arena, & litora, ex quibus insula velut enasci videtur, nullius sunt, ac proinde occupanti cedunt. *l. ergò 30. § ult. ff. eod.* Sed illud intelligendum est, quoad dominium tantùm, quod acquirit sibi, qui ejusmodi insulam occupavit: non quoad jurisdictionem & imperium. Namque superioritas & 3
jurisdictio talis insulæ spectat ad eum, qui habet imperium in mare. Is autem habet, qui in continenti proximo imperium sive provinciam habet, *arg. l. insula 9. ubi Castrens. ff. de judiciis. & l. qui ex vico. 30. ff. ad municipal. Capoll. de servit. rustic præd. cap. 26. num. 14. D, Besoldus in Dissertat. juridico polit de jure & divis. rer. cap. 1. num. 8. pag. 7. Angel Mynsing. Vultej. & Wesenbec. hic, Aliiq; per hunc citati.* Porro tantum in insula occupare quis, & suum facere censetur, quantum vel ædificio subjecerit, vel terminis positis incluserit. *Donell. lib 4. Comment. de jur. civ. cap. 10. pag. 247. Forster. junior libr. sing. de dominio. cap. 9. num. 67. pag. 259.*

Cæterùm in flumine insula fit & nascitur tribus 4
modis. Vno, cùm flumen paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit, *ut hic in vers. at insula, &c.* Altero, cùm flumen cursum quidem suum & alveum retinens, sed aliquâ sui parte se dirimens, agrum alicujus circumfluit, & ex eo insulam facit; *ut hic in vers. quòd si aliquâ parte, &c.* Tertiò, cùm flumen alveo naturali plane derelicto; aliâ parte fluere, & simul terræ particulam circumfluere cœpit; *ut infr. §. quòd si naturali. 23. hoc tit. dict. l. ergo. 30. §. tribus 2. ff. de acquir. rer. domin.*

In primo genere insulæ hæc distinctio diligenter 5
observanda est: sitnè insula in medio flumine, an proximior alteri ripæ. Nam ex hac distinctione judicandum est, de dominio hujus insulæ. Si igitur insula 6
mediam fluminis partem tenet: communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident; pro modo scilicet latitudinis, id est; frontis seu longitudinis agri cujusq; juxta ripam, hoc est, quantum unusquisque spacii vel longitudinis ha-

betjuxta ripam; tantum quoque spacii habet in ipsa insulâ. *hoc § d.l.adeò 7 §.insula.3.l.inter eos.29 d.l.ergò.30 §.tribus.l.insula.56.ff.de acq.rer.dom.l.1 §.si insula 6 ff.de fluminibus.* Et de isto latitudinis modo rectè dimetiendo, egregiè differunt *Iohannes Puteo in lib.sing.de fluviaticis insulis. Hieronym.Magius lib.4. Miscellan.cap.2. & Iohan Baptista Aymus libr.3. de alluvion.* post Bartolum *in tract.Tyberiadis, quem illi in multis reprehendunt.* Ratio hujus juris est, quia insula illa videtur decerpta sive exorta ex ripis utrinque vicinis, & proinde ad agros proximos pertinet, *arg. §.riparum.4.vers.sed proprietas.s.hoc tit. Sed videatur Heigius hic num.11.* Quod si alteri parti vel ripæ proximior sit insula: eorum est tantùm, qui ab eâ parte prope ripam prædia possident. *hic, & d l.insula.56 §.1.& l.penult.§.2 ff de acq.rer.dom.* Est que ratio: quia pars ejus duntaxat fundi esse videtur, cui est proxima, & ab eo velut decerpta, *docente Giphanio hic in vers quòd si alteri parti,&c.*

7 Et quidem insula ita in flumine publico nata, fit privatorum, non solùm quoad proprietatem (ut existimant *Cujac.lib.14.observ cap.11 in fin.Robert lib 1. recept.jur.lect.cap.11.Pac.cent.6.quæst 93. Giphan.ad l.penult.num.4.ff.de acq.rer.dom. Heigius quæst 40. dum.134.part.2. & Hænenius Disput.4.ad Institut controvers.8.*) sed etiam, quantum ad usum: Tum quia aliàs proprietas insularum inutilis esset; semper scilicet abscedente usufructu, *contra §.1.vers.ne tamen in universum,&c.1. supr. de usufruct.* Tum quia textus *hujus §.& d.l.7.§.3 ff.de acq.rer.dom.* generaliter loquitur. Quæ autem generaliter dicuntur, generaliter etiam debent accipi, *per jura vulgata.* Tum etiam quia æquum est, ut quod dominus de suo prædio perdidit, illud in insulâ enatâ recuperet, etiam quoad usum, *arg.l.1.§ ult.ff de aquâ, & aqua pluv. arcend* Et ita sentiunt. *Anton.Matth.hic in suis notis. Valent.Guilielm Forster. tract. Iustin.lib.2.disput.6. thes.18. & d.lib sing. de dominio. cap.9. num 206. pag.336 Cluten lib.1.diatrib novo-justin.18 quæst.5. Hetem lib.1.observ cap.ult. Hunnius disput.1.thes.17.& lib 2.var resolut jur.civ. tract 1.quæst.18. Gerhard. decad.4.quæst.6. Donell d.libr.4. Comment cap.2.6 pag.303.* ubi legem penult. *§ ult ff. de acq. rer.dom.*

8 quæ contraria videtur, pulchrè explicat: nimirum eam accipiendam esse de insulâ mobili sive fluitante, hoc est, eâ, quæ terræ, sive ipsi alveo fluminis non cohæreat, sed virgultis, aliâve qualibet levi materiâ ita sustineatur in flumine; ut solum ejus non tangat, sed ipsa moveatur, & supernatans huc & illuc impellatur. Hæcque publicâ, atque ipsius fluminis est insula, afferente Paulo *in d.l.penult.§.2 ff.de acq.rer.dom* idque ex sententiâ Labeonis, *cujus verba in prædicto §.ult. referuntur.* Cæterùm in §.nostro insula, quæ nascitur in alveo fluminis, eique cohæret, in publico non nascitur, sed in privato: quoniam alveus, quatenus non tegitur flumine, privatus intelligitur. *d.l ergo.36 §.1. & 2.ff.de acq.rer.dom.* Atque hanc expositionem etiam amplectuntur Arumæum *Exercit.Iustin.4.thes. 14.* Georg Martinius *non contrar.in contrar.Disp.2. thes 9. & Forster.junior.d.lib.sing. de dominio.cap.9. num.72.pag.261.item num.207.pag.336.* Vide quoque D Besoldum *d.dissertat.de jure & divis.rer cap.2. num.6. ubi & alios citat.* Vide item aliter sentientem Erasmum Vngepaur *exercitat. Iustin.5. quæst.7. pag 224.& seq.edit.ult.*

Similiter non obstat, quòd cùm flumen sit quoad usum, publicum juris gentium. *d.l adeò.7.§.quòd si toto 5.ff.de acq.rer.dom l fluminum 24.in princip.ff.de damn.infect.* idcirco insula quoque in flumine publico nata, sit publica, quoad usum. *Nam* diversa planè est fluminis & insulæ ratio. Cur enim insula non sit usu publica, sicut flumen, ratio jam *supra num.7*, fuit indicata: quòd videlicet non solum flumen in utramque partem exuudet, & ex utrâque parte agrorum quid occupet: & ideo æquum sit, ut fiat compensatio ripæ amissæ cum insula enatâ, ut quantum quisque de suo perdiderit, tantùm in insulâ recuperet, *arg. d l.1.§.fin.ff.de aquâ & aqua pl arc.* sed etiam, quia possessores prædiorum multis sæpe impensis ripas muniant, & privatim non levia damna à flumine sustineant. *Hunn.in resol. ad vel.pesser. Treutler. disp.18. thes 5 quæst.27 pag 409. & d lib.2. tract.1. quæst.18, ubi fusius hoc explicat.* Adde Bachovium *in not. & animadvers. ad Treutler. vol.2. disput.20. thes.5. lit.H. pag 217.& seq.* 9

Porrò aliter insulæ modus circa finem hujus §. exponitur: *de quo & in dict.leg.7.§. quòd si unc. 4. d l. ergò.30 §.2.in princ & fine.ff.eod.& d.l.1 § item si amnu 10. ff de fluminib.* Et de hujus insulæ dominio pronunciat Imperator: eam permanere ejus, cujus fuerat ager, ex quo insula facta est. Idem ait Pomponius *in modo allegatâ l.30. § 2. in fine. ff.de acqu.rer. dom.* & Vlpianus *in jam citatâ l 1. § item si amnis.ff. de fluminibus* Ratio assignari hæc potest: quia agri illius facies non penitus mutata censetur, ut benè notavit Giphanius *hic in vers. quòd si aliquâ parte,&c.* Plura de Insulis qui cognoscere avet, is adeat consulatque Iohannem Gryphiandrum, qui de iis absolutissimum conscripsit tractatum: itemque D. Besoldum *in thesauro practic.liter.I. num.18.pag.448. & seqq.* 10

§. *Quòd si naturali. 23. cum §.seq. alia sanè causa.24.*

Quòd si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident: pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam sit. Novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quòd si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen: rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.

§. 24. Alia sanè causa est, si cujus totus ager

ager inundatus fuerit. Neque enim inundatio fundi speciem commutat: & ob id, si recesserit aqua: palàm est, eum fundum ejus manere, cujus & fuit.

SVMMARIA.

1 Quis tertius insulæ modus.
2 Alveus quid significet, & unde dicatur.
3 In[su]la cujus fiat.
4 [Al]veus tam vetus, quàm novus cujus sit juris.
5 Mutatâ formâ, interit & rei substantia.
6 Inundatione agri, dominium non amittitur:
7 Ius inundationis differt à jure alvei.
8 Quæ sit differentia istius ratio.
9 Diversa de novi alvei dominio sententia.

1 HOc loco non quidem fit mentio insulæ, sed agitur tantùm de alveo fluminis, ad quem illius dominium pertineat: tertius tamen insulæ modus efficitur, cùm flumen naturali alveo derelicto, aliâ parte fluere, & (quod hic addendum) circumfluere cœperit, hoc est, insulam quoque in novo alveo fecerit. De utroque, id est, & de insulæ, & alvei do-
2 minio breviter videndum. Alveus a. hoc loci fossam significat, per quam flumen delabitur: quam Dd. ventrem & cubile seu lectum fluminis nuncupant: quòd ibi flumen cubat. *Bartolus in tractat. de alveo. Baldus in rubr. de rerum divis. Schneidevvin. hic num. 1. Bruningius discurs. palestra Imperial. 5. thes. 5. ad lit. G.* Et dicitur ab alluo: quòd continuè alluatur à flumine. Totum ergò eum locum, qui inter ripas fluminis continetur, rectè alveum dicemus *Baptista Aymus in tractat. de jure alluvionis. cap. 12. num. 2. Doringius in bibliotheca Iurisconsultorum tom. 1. verb.*
3 *alveus. num. 8 fol. 1630.* Ad insulam quod attinet, ait Pomponius *in l. ergo. 30 §. tribus 2. ff. de acquir. rer. domin.* eorum illam fieri: quorum agri utrinque sint
4 proximi: *ut & s. §. praeced. de primo modo insulæ dictum.* De alveo Justinianus hic distinguit. Siquidem priorem sive veterem alveum, id est, relictum asserit ejusdem esse juris, cujus & insulam esse ostendimus: novum verò alveum fieri publicum. Ratio illius, quia alveus videtur quodammodo pars agri proximi: hujus autem ratio est: quia alveus quamdiu subest flumini, ejus pars est, & idcirco ejusdem juris cum flumine, id est, publicus juris gentium. *leg. adeò. 7. §. quòd si toto. 5. ff. de acquir. rerum domin. Giphan. hic in §. quòd si naturali, &c. in fine.* Sanè si post aliquod tempus, ad priorem alveum reversum fuerit flumen, hoc est, si novum istum alveum flumen deseruerit: rursus novus alveus eorum fiet, qui proximos agros possident: non verò redderur iis, quorum agros absumpserat, *hoc §. nostro. vers. quòd si post.*
5 *&c.* Ratio hæc est: quia mutatâ formâ, rei substantia interire dicitur. *leg. Iulianus. 9. § sed si quis. 3. in fine ff. ad exhibend. l. Seja. 6. §. 1 ff. de aur. & arg. leg.* At horum agri veterem formam & speciem mutaverant: adeoque ad pristinos dominos non revertuntur. *l. si ager 23. & l. seq. ff. quibus modis ususfruct. am. l. qui-*

res. 98. §. aream. 8. ff. de solut. leg. Attius. 38 ff. de acquir. rerum domin. Giphan. hic in vers. quòd si, post aliquod, &c. Hergius hic num. 7. aliique per eum relati.

Cæterùm fluminis impetu ager inundatus, ejus neutiquam esse desinit, cujus & antè fuit, *§. alia sanè causa. 24. hoc tit. & d. l. 7. §. aliud sanè. 9. & d. l. ergò. 30. §. alluvio. 3. ff. de acquir. rer. domin. Cujac hic in suis notis posterioribus & Borcholten in fin.* Ex quo ap- 6
paret: hoc inundationis jus valde differre à jure alvei. 7
Nam (*ut modò dictum*) ager in alveum redactus sive conversus, desinit esse noster, & fit fluminis, & quamvis à flumine deseratur, non tamen rursus noster fit, sed vicinorum est. Ast ager inundatus, si flumen recedat, non fit vicinorum, sed noster manet. Ratio dif- 8
ferentiæ *in d. §. alia sanè.* indicatur: quia alveus mutat agri seu fundi speciem: inundatio non mutat. Quid ita? quoniam inundatio est subita & brevis sive exigui temporis: sed alvei occupatio est lenta, atque diuturna: *ut docent Rittershusius hic in §. alia sanè causa. pag. 161. & Hotomanus enunciat. 4. & 5. Adde Doringium dict. verb. alveus. num. 32. folio 1633. & seqq.*

Paulò aliter id, quod de novi alvei dominio est di- 9
ctum, explicare videtur D. Georgius Obrechtus *in disput. de dom. & med. acq. nat. thes. 162. & aliquot seqq.* aliter quoque Balduinus, Marcilius & Baro, *in hoc §. n.* Angel. *ibid. num. 1.* Mynsing. *num. 6.* Schneidevvin. *num. 4* Nicas. *num. 6.* & eos secutus Bocerus *class. 5. disput. 5. thes. 9. ed. 2.* nec non Bronchorst. *cent. 2 Miscellan. controvers. assert 40.* qui distinguendum existimant inter strictam rationem, & æquitatem sive jus benignum, *argum. prædict. l. adeò. 7. §. quòd si toto. 5. in fin. ibi, sed vix est, ut id obtineat. ibiq. gloss. ff. de acquir. rer. dom. contrà.* Quibus adjiciatur Martinus Bonacina *in tract. de contract. & restit. disput. 2. penult. 7. nu. 30.* Quàm sententiam cùm novè confutarit Petrus Gilken. *in hoc §. num. 10. & aliquot seqq.* diutius hic immorari nihil attinet. Eâdem tamen de re etiam videri poterunt Georg. Martinius *in contrar. non contrar. Disp. 2. thes. 10.* Timæus Faber *disput. 12. ad Instit. Imperiales. thes. 12.* Lystama *libr. ult. membram. t. 47.* D. Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 41. ff. quæst 4. pag. 144.* itemque Bachovius *hic & in notis & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disput. 20. thes. 5. lit. G pag. 213. & seqq.* Hunnius *in resolut. ad volum poster. Treutleri. disput. 18. thes 5 lit. F quæst. 26 pag. 408.* & Locamer. *quæstion jurid. fascic. 16. q. 3.*

§. *Cùm ex aliena. 25.*

Cùm ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo: quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrùm is, qui fecerit, an potiùs ille, qui materiæ dominus fuerit? ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit: vel ex alieno auro, vel argento, vel ære

ære vas aliquod fecerit : vel ex alieno vino & melle nullum miscuerit : vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit : vel ex aliena lana vestimentum fecerit : vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem, placuit media sententia existimantium; si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit: eum videri dominium esse, qui materiæ dominus fuerit: si non possit reduci; eum potiùs intelligi dominum, qui fecerit. Vt ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest. At ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quòd si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis: veluti ex suo vino & alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis vel alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit : dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: cùm non solùm operam suam dederit; sed & partem ejusdem materiæ præstiterit.

SVMMARIA.

1 *De specie, ex materia aliena facta, dissensio, inter Proculianos & Sabinianos.*
2 *Forma potentior materiâ.*
3 *Accidens cedit substantiæ.*
4 *Res sua nemini auferenda.*
5 *Nemo cum alterius damno debet locupletari.*
6 *Dominium novæ speciei quando ad ejus auctorem, & quando ad materiæ dominum pertineat.*
7 *Pars potior & dominans trahit ad se minorem.*
8 *Specificatione ut alicui acquiratur, quæ sint necessaria.*
9 *Frumentum ex alienis spicis excussum, ad quem spectet.*
10 *Hic §. explicandus & supplendus ex l. adeò. 7. §. cùm quis. ff. de acq. rer. dom.*
11 *Possessionem eorum possidere volentis, acquirere possumus: & per eam dominium.*
12 *Malâ fide specificans, dominium speciei non acquirit.*
13 *Intellectus & conciliatio l. sed si meis. 26. ff. de acq. rer. dom. cum l. Mucianus. 61. ff. de rei vindicat.*
14 *Species ex materia communi confecta, cujus sit.*

SEptimus modus, quo jure naturali sive gentium rerum acquiritur dominium, est *specificatio, seu nova speciei ex aliena materia confirmatio & effe-*
1 *ctio.* Cujus autem isthæc esset, olim Iurisconsulti valdè dissentiebant. Nam Proculiani dominium speciei, ad auctorem speciei : contrà Sabiniani ad dominum materiæ pertinere existimabant. Illorum ratio fuit : quia quod factum est, anteà nullius fuerat : ac ideò 2
occupanti concedi debet. §. *fera* 12. *s. hoc tit.* & quia potentior est forma (quæ dat esse rei. *leg. Iulianus.* 9. §. *sed si quis.* 2. *in fin ff. ad exhib. l. Seja.* 6. §. 1. *ff de aur.* & *arg leg. l. mulieris.* 13 §. 1. *ff de verb. signif. l. si is qui.* 80. § 1. *ff ad l. Falcid.*) quàm materia, quæ per illam extincta videtur, *argum. l. qui usumfructum.* 36. *ff. de usufruct. l. quid tamen* 10 § *agri.* 2 & § *si massa.* 5. *ff. quib. modis ususfruct. amitt.* & res semel extincta instaurari nequit. *l. Mævius* 66. § 1 *in fin. ff. de legat.* 2. Qui igitur formam rei dedit, is meritò ejus dominus efficitur. Horum (*Sabinianorum*) ratio fuit: quod sine materiâ nulla species effici possit: & accidens cedat substantiæ, vel rei, sine qua esse nequeat. *l in rem.* 23. §. *sed & idem* 3 *ff de rei vindict.* & quia nulli de- 3
beat res sua auferri. *l. id. quod nostrum.* 11 *ff. de reg jur.* item quòd meum sit, quod ex meo fiat. *l. solum* 49. 4
§. 1 *ff. de rei vindicat. l. de eo* 12. §. *si quis* 3 *ff ad exhibend* & denique quòd nemo eum alterius detrimen- 5
to locupletari debeat. *leg. nam hoc natura.* 14. *ff. de condict indeb. leg. jure natura.* 206. *ff. de regul jur. c. locupletari.* 48 *eodem in* 6. Atque ita Sabiniani materiam præferebant, Proculiani formam. *leg. adeò.* 7. §. *cùm quis ex alienâ*, 7 *ff. de acquir. rerum dominior. pulchrè Arumæus Exercitat. Iustin.* 4. *thes.* 15.

Verùm neutra obtinuit sententia: sed media quæ- 6
dam. Media sententia hæc est : ut dominium novæ speciei nunc ad auctorem ejus, nunc ad dominum materiæ pertineat : ad illum quidem, si species ad priorem materiam reduci non possit, ut vinum ad uvas. &c. ad hunc verò, si reduci possit, ut poculum conflatum reduci potest in aurum vel argentum, &c. *per hunc §. nostrum. vers. Et post multam, &c. dict. l. adeò,* 7. §. 7. *vers. rectè tamen etiam. ff. de acquir. rerum domin.* Ratio hujus mediæ sententiæ est elegans: 7
quia hoc casu perspicuè dominatur materia : ut illo casu forma; adeóq; ex trita & vulgata regula, pars potior, ac dominans trahit ad se minorem. *l. Seja.* 6. *ff. de aur. & arg. leg l quæsitum.* 78. §. *illud.* 4. *ff de leg* 3. *Giphan. hic in verò placuit media sententia, &c. Rittershus. pag.* 162.

Planè ut species ex aliena materia facta, specificanti 8
acquiratur, quatuor potissimùm necessaria videntur: de quibus breviter agendum. Primum est, ut nova species constituatur. Veteris namque specie manente, & figurâ tantum externâ mutatâ, res prioris domini manet. Itaque si quis lanam alienam purpurâ, aliòve colore tingat, aut tingendam curet : quoniam novum duntaxat colorem, & non novam speciem huic lanæ inducit; nihil suum facit, sed manet lana ejus, cujus antè fuerat. *l. sed si meis* 26. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin. l. pediculis.* 32. §. *Labeo.* 6. *ff. de auro & argento legat.* Similiter si quis ex alienis spicis frumen- 9
tum excutiat : frumentum non excutienti acquiritur : sed manet illius, cujus & spicæ fuerant : quoniam excutiens non nova grana fecit : sed ea, quæ cortice occultabantur, & perfecta jam erant, detexit. *dict. l. adeò.* 7. §. *cùm quis.* 7. *in fin. ff. de acquir. rer.*

rer. domin. D. *Beseld. in delibatis juris ex libr. 4. ff. quæst. 1. pag. 142. exclama. libr. ultim. membranor. cap. 3.*

Nec refragatur *hic §. noster.* in quo Justinianus velle videtur: frumentum ex alienis spicis excussum, 10 quia non possit ad spicas reverti, fieri excutiantis. Etenim cùm hic § desumptus sit *ex d. l. 7. §. cùm quis 7. ff. de acquir. rer. domin.* inde explicari ac perfici debet. Nam in illâ ipsâ l eadem, quæ hic, sententia proponitur: videlicet, grana alienis spinis excussa fieri ejus, qui excussit. Sed ea sententia mox in fine *alleg. §. cùm quis*, corrigitur, statuiturque; frumentum excussum ex alienis spicis, ejus esse, cujus spicæ fuerunt. Quare correctio hæc in pandectis posita, in hisce Institutionibus, quæ ut plurimùm ex Digestis, tanquam perfectioribus universi juris commentariis, sunt concinnatæ atque descriptæ, supplenda est. *l. non est novum. 26. cum seq ff. de legibus. Ludovic. Charendas, Hotomanus, Becerus num. 12. cum seqq. pag. 97. & Heigius ad hunc § num. 15. Pacius centur. 6. ἐναντιοφανῶν, q. 89. Bachovius in not. & animadverſ. ad Treutler. vol. 2. disput. 20. thes. 7. lit. A. & B. pag. 243. itemq; ad hunc §. pag. 268.*

Alterum, quod in hac acquisitione desideratur, est is, qui novam speciem induxit, suo nomine id fecerit. Si quis enim speciem fecerit, alterius nomine: species ejus erit, cujus nomine facta est. *d. l. adeò. 7 §. cùm quis* 11 *ibi, suo nomine, & c. l. nisi voluntate. 25. & l. quicquid 27. §. 1. ff. de acquir rer. domin.* quoniam cuivis possidere volenti, possessionem acquirere possumus, & per hanc dominium. *l traditio. 20. §. ultim. ff. dict. tit. §. ex his f. per quas person. cuique acquir. l. 1. Cod. eod. l. 3. §. 1. in fine. ff. de acquirat. vel amitt. possess.*

12 Tertium (*secundùm opinionem communiorem*) est, ut bona fides, hoc est, illæsa conscientia accesserit: quia materiam suam esse putaverit, errore ductus. Nam si malâ quis fide ex aliena materia, quam scivit alienam esse, novam speciem fecerit; dominium ejus speciei non consequitur: sed illius erit, cui materiæ dominus fuerat. *l. de eo. 12. §. si quis ex uvu. ff ad exhibend.* Et ita, *post gloss.* tradunt hic *Schneidevvinus num. 5. & Mynsingerus num. 14. aliiq;. Donell. libr. 4. Commentar. de jure civ. cap. 12 pag. 249. Timæus Fab. disput. 13. thes 1. lit. C. Lecamer. quæstionum. jurid. fascic. 16. quæst. 4. & Forster junior. lib. sing. de dominio, cap. 9. num. 85 pag. 267.* Tametsi hoc requisitum bonæ fidei probabili ratione commoti non agnoscant *Iulius Capra Vicentin. in d. l. adeò. 7. § cùm quis ex alienâ ff. de acquir. rer. dom. Wesenbecius hic num. 3. & Heigius num. 12. Bachov. loco praallegato, & Franzkius exercitat. juridic. 4. quæst. 4. num 15. & seq. pag. 93.*

Quartum est: ut species ad antiquam rudem materiam reverti non possit. Etenim si reverti possit: placet, speciei dominum eum esse, qui & materiæ dominus fuit. *Exempli gratiâ*: vinum, vel oleum ad uvas aut olivas reverti nequit: atque ideò vini ac olei is, qui hæc fecit, dominus erit: licèt ex alienis uvis vel olivis fecerit, *hoc §. & d. l. adeò 7. §. cùm quis. 7. ff. de acquir. rer. domin.* E converso vas aut poculum conflatum, aut statua facta ex auro vel argento, vel ære, ad rudem auri, vel argenti, vel æris massam reduci potest: & proinde non ille, qui fecit, sed is potius speciei erit dominus, qui & materiæ fuit, *juribus modò allegatis.* Eâdem ratione si quis ex alienis tabulis navem 13 fabricaverit: manifestum est, eum dominum esse navis, non qui fecerit, sed cujus tabulæ fuerunt: quoniam potest navis ad tabulas reverti, si dissolvatur, *l. Minic. 61. ff. de rei vind.*

Nec huic adversatur *l. sed si ex meis. 26. ff. de acquir. rer. domin.* ubi dicitur, navem pertinere ad illum, qui fecerit. *Nam* hoc ideo ita est: quia ille ex alienâ cupresso, & sic arbore rudi tabulas, & porrò ex ipsis tabulis navem confecit: quæ cùm ad priorem speciem arboris redire nequeant, conficientis factæ sunt: & consequenter navis quoque iisdem ex tabulis confecta ad eundem spectat. Quòd autem in specie istius l navis non immediatè ex tabulis, sed tabulæ priùs ex arbore alienâ factæ fuerint, hoc evincitur ex illis verbis: *quia cupressus non maneret, & c.* Ast in casu dictæ *l. Minicius. 61. ff. de rei vindict.* navis extructa fuit non ex alienâ arbore, sed ex alterius tabulis jam confectis & præparatis: quæ quidem navis cùm per dissolutionem ad easdem tabulas reduci possit: non ad fabrum, qui extruxerit, sed ad eum, cujus fuerunt tabulæ, pertinet. Et ita, *post gloss. & Alberic. in d. l. 91.* sentiunt, *Balduinus hic num. 7. in verb. placuit. Gilken. in §. m in fuo selo 29. num 15. & seq. infr. hoc tit. & Bachovius in dictis not. ad Treutler. volu. 2 disput. 20. thes. 7. lit A. & B. vers. ex his quoq. pag 244.* Eâdem de lege videndi sunt *Anton. Faber. lib. 6. conjectur. jur. civ. cap. 15. Bronchorst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν. assert. 97. ad finem. Martinius in contrar non contrar. Disput 2. thes. 11. D. Becerus hic num. 7. & 8. pag. 95. Olemannus ad libr. 2. Disput jur. Giphanii, Disput. 9. nu. 21. Connan. lib. 3. Comment. jur. civ. cap. 6. num. 2. & 3. Donell d. lib. 4. Comment. cap. 12. & ibidem Hilliger. in suis not. Lyclama lib. 7 membr. ecl. 3 & 5. D. Beseld. in delibat. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 1. nu. 3. pag. 491. cum seq. Reifenberg. disput. innovat. 1. thes. 14 itemq. Vugepaur. exercit. Iustinus 5. quæst. 8. pag. 227. & seq. edit. ultim.*

Atque hæc quidem de specie ex materiâ prorsus alienâ factâ. Si verò species ex materiâ mixta sive communi, id est, partim suâ, partim alienâ, sit composita: de eâ ait Imperator circa finem præsentis §. istam speciem sine dubio esse ejus, qui effecit. Rationem adjungit: quia & operam seu formam, & partem materiæ præstiterit. Quod tamen ita demum verum est: si nova illa species ad priorem materiam atque causam reduci non possit: ut omnia exempla, quæ hic proferuntur, ostendunt. Nam si reduci possit: probabilius est, unumquemque suæ materiæ dominum manere. *l. lacus. 12. §. 1. l. in omnibus 24.* (*ubi negativam dispungendam esse, hic monet Wesenbecius*) *ff. de acquir. rer. domin.* eòque nec speciem communicari, sed suam quemque materiam vindicare. *l. idem Pomponius. 5. §. 1. l. in rem. 23. §. 4 ff. de rei vindict Tuningius & Rittershusius hic 2a vers. quòd si partim, & c. pag.*

pag.163. Adde de prædictis omnibus latè disserentem Timæum Fabrum disput.13. ad Institut. Imperial. thes.1. & seqq.

§. *Si tamen alienam.26.*

Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit: licèt pretiosior sit purpura; tamen accessionis vice cedit vestimento: & qui dominus fuit purpuræ; tamen accessionis vice cedit vestimento: & qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui subripuit, habet furti actionem, & condictionem: sive ipse sit, qui vestimentum fecit; sive alius. Nam extinctæ res, licèt vindicari non possint: condici tamen à furibus, & quibusque aliis possessoribus possunt.

SVMMARIA.

1 *De accessione quæ regula observanda.*
2 *Purpura vestimento intexta, ei cedit.*
3 *Accessio fit vel bonâ, vel malâ fide: & quid utrobiq; juris.*
4 *Res extinctæ licèt vindicari nequeant: condici tamen possunt.*
5 *Ratio diversitatis.*
6 *Condictionibus quid petatur.*

1 ADfertur hîc exemplum singulare, de purpurâ alienâ vesti intextâ, pertinens ad superiorem disputationem de materiâ partim suâ, partim alienâ. Sed propriè ad tractatum de accessione pertinet: *de quo inf. § cùm in suo solo.29. hoc tit.* Etenim de accessione est hæc juris regula: Si species est jam confecta, sive res, quæ propriam qualitatem & formam suam habet, quod ei additur, toti cedit: velut statuæ pes, aut manus: scypho ansa: annulo gemma: lecto fulcrum: navi tabulà. &c. *l. in rem.23 §. si quis rei.2. cum aliquot §§ seq ff. de rei vindicat. l. sed si meis.26.§.1.ff. de acquir. rer. domin. l. cum aurum.19. §. pervenia-*
2 *mus 13. ff de aur. & arg. leg.* Ita & in hoc de purpurâ exemplo, cedit ea vestimento, tanquam accessio principali, seu pars toti: quamvis ipsa forte toto sit preciosior. Neque enim precium hîc spectatur, sed quid cui accedat. *l. si in exemptione.34. in princip ff. de contrah empt c. accessorium.42. de reg. jur. in 6. Giphanius hîc, & Schneidewvinus num.1. & 2. & eâ de*
3 *re etiam infr. §. litera quoque 33 hoc tit.* Fieri autem potest hæc accessio, vel bonâ fide, vel malâ & utroque casu prior dominus amittit quidem dominium purpuræ, *per hunc §. nostrum ibi, & qui dominus fuit, &c.* ei tamen ex æquitate succurritur. Habet enim adversus eum, qui bonâ fide purpuram alienam suo vestimento intexuit, conditionem sine causa, vel actionem ad exhibendum, *leg.1.§. fin ff. de condict. sine causa. l. gemma,6 & l seq.§.1. & 2. ff. ad exhibend. Schneidewvin. hic num.3. Bachovius num.5. pag.274. & Rittershusius pag.164.* Videatur quoque *Iulius Capra in l. adeò.7.§. cùm quis aliena 7. ff. de acquir. rer. dom. & Heigius ad hunc §. num.9.* Si verò intextus sit in malâ fide: datur illi actio furti, vel condictio furtiva: contra surripientem, sive alius sit, sive ipse, qui vestimentum fecit, *hoc § nostro.* Nam res mutatione for- 4
mæ extinctæ, licèt vindicari non possint: condici tamen à furibus, & quibusq; aliis malæ fidei possessoribus possunt. *hic, & §. nunc admonendi.2 infr. quibus alienare licet, vel non. l. si non pignore 22. § si prædo. ff. de pignorat. act. l. si ego.9. §. si cæterùm. ff. de jur. dot. l. non omnis.19.§.1.ff. de rebus cred. l. rerum 25. ff. de act rer. amotar. l si procuratori 14. ff de condict. caus dat. l. quòd si forte.14.§. ult. ff. de solutionib. l. ult. C. de noxalib. act. leg. mala fide.3. Cod. de condict. ex lege &c.* Ratio hujus insignis regulæ est: quia id, 5
quod vindicatur, de facto demonstrari debet, hoc modo: hunc fundum Tusculanum, sive hanc rem, meam esse ajo. *§.1. ibique Dd. infr. de actionibus.* Ast ea 6
formula in rem extinctam, quæque non extat ampliùs, aut quæ ampliùs demonstrari nequit, non cadit. In condictionibus autem non est opus corporali demonstratione: quoniam in personam sunt, hoc est, non res illis petitur, sed id, quod debetur. *§. appellamus.15. infr. d. tit. & notat Giphanius hic in vers. nam extincta, &c. itemque Bachovius pag. 275. & seq.*

§. *Si duorum materia.27.*

Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint: totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit: forte ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum; idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem, non dubitatur. Quòd si fortuitu, & non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ, vel diversæ: idem juris esse placuit.

SVMMARIA.

1 *Materia vel separabilis est, vel inseparabilis.*
2 *De materia inseparabili quæ regula notanda.*
3 *Ratio regulæ.*
4 *Nemo alterius jacturâ debet locupletari.*
5 *Inter specificationem & confusionem differentia.*

DE *confusione & commixtione*, qui octavus est 1
modus acquisitionis, hîc & *in §. sequente* exponitur. Ut autem iste modus faciliùs intelligatur, in duas partes est distinguendus, pro distinctione materiæ. Nam materia vel separari & discerni potest: vel non potest. De eâ, quæ separari non potest, agi- 2
tur priùs, de altera posterius, *in §. quòd si frumentum.28.* De materia inseparabili hæc notanda est regula.

gula : Corpus conflatum ex confusione talis mate-
riæ, sive ejusdem, sive diversi generis, sive voluntate
dominorum, sive non, id est, casu & fortuitò, est com-
mune, *ut hic, & l. adeò. 7. §. volunta. 8. l. lacus. 12. § 1. l.
quidquid. 27 in fine. ff de acquir. rer dom. l Marcell. 3.*
3 *§. fin. & l seq ff. de rei vindict.* Cujus ratio est : quia
cùm materiæ coufusæ ampliùs separari aut interno-
sci nequeant, & utriusque adsit materia ; non est æ-
4 quum, ut unius sit corpus conflatum totum: ac pro-
inde necessariò pro ratâ cujusque parte fit commune :
ne alter alterius jactura locupletetur. *contra l. nam hoc
natura. 14 ff de condict. indeb. l. jure natura. 206. ff. de
regul jur. c. locupletari 48 de reg. jur. in 6. Arumæus*
5 *Exercitat. Iustin. 4. thes. 16.* Nec adversatur, quòd vi-
detur specificatio esse, cùm species ex confusione, non
voluntate dominorum factâ, nascitur : puta cum ex
melle meo, & vino tuo fit mulsum ; cujus dominium
non communicatur, sed ejus est, qui fecit. *§. cùm ex
aliena. 25 vers. quòd si partim. J. hoc tit. l. idem Pom-
ponius 5. §. 1. ff. de rei vindict.* Etenim specificatio, de
qua agitur in citatis locis, unius duntaxat voluntate
& consilio contingit. Confusio autem, de qua hic
sermo est, fit fortuitò, casu aliquo, vel utriusque vo-
luntate seu consilio. *Sed eâ de re videantur Wesen-
bec. num 5. Ant. Matth. in suis notis ad hunc §. & ibid.
Thadæus Pise, in fin. Forster junior. libr singulari, de
dominio. cap. 9. num 208. pag. 337. Bachovius hic & in
not. & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disput 20. thes.
7. lit. A & B. vers. ampliùs in seqq. pag. 245. & seq. I-
temq. Althusius libr. 1. Dicæologia. cap. 39. num. 16. &
seq. pag. 147.*

§. *Quòd si frumentum. 28.*

Quòd si frumentum Titii frumento tuo mistum fuerit : si quidem ex voluntate vestra, commune est : quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quòd si casu id mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse : quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quàm grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint. Sed si ab alterutro vestrûm totum id frumentum retineatur : in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit : arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.

S V M M A R I A.

1 *Corpora dejuncta, distinguenda à continuatis, & compositis.*
2 *Corpora dejuncta quæ dicantur.*
3 *Corpora continuata quæ.*
4 *Corpora composita quæ.*
5 *De materia dejunctæ quantitatis, quæ regula sit tenenda.*
6 *Regulæ istius ratio.*
7 *Frumentum duorum casu confusum, non fit commune : ac ideo singulis rei vindicatio competit.*
8 *Iudex circa restitutionem frumenti, & mensuræ, & bonitatis rationem habere debet.*
9 *Pecunia duorum confusa ecquid fiat communis.*
10 *Mens & intellectus l. si alieni. 78. ff. de solutionib.*

HOc loco, de materia, quæ separari potest, & de- 1
junctæ est quantitatis, disseritur. Est enim in ju-
re hujus rei non exiguus usus, ut corpora dejuncta, di 2
stinguantur à continuatis & compositis. Dejuncta
sunt, quæ ex discretis seu distantibus partibus con-
stant : ut frumenti acervus, populus, legio, familia,
grex, senatus, &c. Continuata sive unita sunt, quæ unâ 3
specie, vel quantitate continuâ, & (*ut Pomponius ait*)
uno spiritu continentur : veluti, homo, tignum, lapis,
aurum, &c. Composita denique, concreta, seu con- 4
nexa dicuntur, quæ ea pluribus cohærentibus, & ferè
diversis speciebus componuntur: veluti sunt, domus,
navis, armarium, bibliotheca, & similia, *l. rerum mix-
tura 30. ff. de usur. & usucap. l in rem. 23. §. item quæ-
cunq. 5. ff de rei vindict Hotoman. hic enunciat. 2. &
Plutarch. in preceptis connub.* Itaque de materia de- 5
junctæ quantitatis hæc traditur regula : Si ea mixta
fuerit, siquidem voluntate dominorum, erit commu-
nis: sin casu, non erit. Vnde si fortuitò duorum fru-
mentum, vel pecora commixta fuerint: nec frumen-
tum, nec grex communicabitur, *hoc §. & l. idem Pom-
ponius. 5. ff. de R. V.* Ratio istius regulæ est hæc : quia 6
singula corpora suam propriam speciem retinent, sive
in sua substantia durant; & proinde à dominis agno-
sci, & iis reddi possunt. *hîc & d l. in rem 23 §. item quæ-
cunq. 5 ff eod. d. l. rer. 30 ff. de usurp. & usucap.* Quòd 7
autem modò dictum est : frumentum duorum, non
voluntate eorum, sed casu confusum, non fieri com-
mune: ex eo efficitur, singulis in rem actionem, id
est, rei vindicationem, ad suum cujusque frumentum
repetendum, competere. Quandoquidem verò hæc 8
in re non tantùm mensura, sed bonitas etiam specta-
tur: judicis officio incumbit, ut rationem & mensu-
ræ & bonitatis habeat. *Exempli gratiâ*: duorum fru-
menta sunt confusa, utriusque quidem modii viceni:
sed alterius frumentum melius est. Hîc si simpliciter
utrique restituantur modii viceni: injuriâ afficietur is,
cujus frumentum fuerit melius & preciosius. Qua-
propter non mensura solùm sive quantitas, verùm et-
iam bonitas æstimabitur. *hoc § nostro. in fin. ibiq. D.
Giphanius. Angel. Aretin. & cæteri Interpp. l. 4. & l.
seq ff. de rei vindicat. Iacob. Menoch. lib. 2. de arbitrar.
judic. centur. 3 cas 252. Bruningius discursu palæstræ
Imperial. 5. thes. 6. ad liter. C. Vide quoq. Timæum
Fabrum. disput. 13. ad Institut. Imperial. thes. 5.
& seqq.*

Porrò quod de frumento & grege duorum confu- 9
so sive commixto hic traditur: idem quoque in duo-
rum pecuniâ vel nummis, qui misti sunt, obtinere vi-
detur, eos nimirum non communicari, sed priorum
dominorum manere. Nec huic refragatur *l. si alie-*

ni.78.ff.de solutionib. ubi nummi alieni, cum creditoris nummis ita mixti, ut à se invicem discerni nequeant, creditori accipienti acquiruntur, etiam domino invito. *Nam* lex ista eo de casu exaudiri debet, ubi creditor bonâ fide nummos alienos accepit, & eum suis miscuit & confudit. Hic verò agitur de eo, qui frumentum alienum sciens suo miscuit, *in vers. vel Titius id miscuerit, &c.* Vt tamen priori domino consulatur; dabitur ei actio adversus eum, qui malâ fide dedit. Si consequi inde nihil poterit: conceditur ei actio in factum adversus illum, sive creditorem, sive alium, qui bonâ fide miscuit. *d.l.in rem.23.§.item quæcunq. 5 ff.de rei vindic.* Verum de intellectu *dictæ l.si alieni. 78.ff.de solutionib.* inspiciantur Accursius *ibid in verb. accepit* Tuningius *hic in verb non videtur commune* & Borcholt *num.5.* item Olemannus *ad lib.2. disputation.jur.civil.Giphan.disput.9.num.29.pag.137. & novissimè* Forster junior *lib.sing.de dominio.cap.9. num.169 cum seqq.pag 312.& seq.*

§. Cùm in suo solo.29.

Cùm in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne, quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim Tabularum, quâ cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, quæ vocatur de tigno juncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quòd si aliquâ ex causa dirutum sit ædificium: poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.

S V M M A R I A.

1 *Quod solo inædificatur, solo cedit.*
2 *Accessio cedit principali, & pars toti.*
3 *Quodnam ædificium domino soli cedat.*
4 *Quod in solo publico ædificatur, solo non cedit.*
5 *En aliena materia in suo solo ædificans, an materiæ dominus fiat.*
6 *Materiæ dominus, constante ædificio, eam neq; vindicare, neq; ad exhibendum actione petere potest.*
7 *Tignum alienum ædibus junctum, non est eximendum.*
8 *Publicus urbis aspectus, non est ruinis deformandus.*
9 *Adversus malæ fidei possessorem quatenus detur actio ad exhibendum: & ad quid.*
10 *Sensus l.qui res.98.ff.de solutionib. & num. 21.*
11 *Domino tigni, competit actio de tigno juncto, & quidem in duplum.*
12 *Inter esse plerumq; duplo taxari solet.*
13 *An is, qui tignum ædibus junxit, teneatur actione in duplum, sive bonâ sive malâ fide junxerit.*
14 *Consideratio l.in rem 23 §.tignum 6.ff.de rei vindicat.*
15 *Consideratio l gemma 6.ff.ad exhibendum.*
16 *Consideratio hujus §. & l adeo 7.§.cum in suo 10. ff. de acquir.rer. domin.*
17 *Domino materiæ interesse præstari, æquum est.*
18 *Intellectus l.de eo 63.ff.de donat.inter vir.& uxor*
19 *Consideratio l.1.ff.de tigno juncto.*
20 *Argumentum a contrario sensu quando procedat.*
21 *Consideratio d.l.qui res 98.in fin.ff.de solutionib.*
22 *Delicto carens non est puniendus.*
23 *Culpa quævis punibilis.*
24 *In quo malæ fidei ædificator deterioris sit conditionis, quàm bonæ fidei.*
25 *Nunquid dominus soli si malit tignum eximere, & domino restituere, quàm duplum præstare, a dupli præstatione liberetur.*
26 *Non debet alter per alterum iniqua conditio inferri.*
27 *Bona fides tantundem præstat, quantum res veritas.*
28 *Declaratio d.l.1.ff.de tigno juncto.*
29 *Quo tignum solvere dicatur.*
30 *Legare non licet ea, quæ ædibus sunt juncta.*
31 *Necessitatis evitandæ causa multa conceduntur, quæ ex voluntate profecta prohibentur.*

NOnus acquirendi dominii modus, est *superficies*: 1
sive ex alienâ materiâ solo proprio, sive ex propriâ materia solo alieno imposita. De priori casu hîc: de altero in §.seq. Si quis igitur in suo solo ex alienâ materia aliquod ædificium extruxerit: ipse ædificii Dominus fiet: quia omne (*ut regula generalis habet*) quod solo ædificatur, id est, superficies, solo tanquam fundamento cedit, solique domino acquiritur. *hoc §. & l.adeò.7.§ cùm in suo.10 ff. de acquir.rer.domin.l. qui domum 50.ff. ad l. Aquil.l. qui res suas 98.§.fin.ff. de solutionib.l.eum, qui.23.l.nunquam.26.l.si solum. 39.ff. de usurp. & usucap.l.2. C.de rei vind.l.si iu.5.C. de ædific.privat.* Cujus regulæ ratio satis manifesta est: 2
quòd nimirum accessio cedat principali, id est, minus majori, & pars toti: id quod & naturalis & civilis ratio postulat. *d.l.qui res suas 98.in fin.ff.de solut. l 2 ff. de superficieb. l.1.ff.de pecul.legat.l cum aurum 19 §. perveniamus.13 ff.de aur.& argent.legat.l cum principalis.178.ff.de reg.jur.* Loquimur autem de eo ædificio, quod fixum est, & immobile, soloque cohæret. Nam quòd facilè tolli & auferri potest, adeoque solo non cohæret: domino solo non cedit: ut mensâ, prælum, torculas, granaria, &c. *l.Titius.60.ff.de acquir.rer.dom.l.granaria.18.ff.de actionib.empt.* Illud sanè nihil refert: utrùm ædificium immediatè solo impositum fuerit, an super aliud ædificium extructũ. Etenim quod ædificio jam extructo impositum est, æquè solo cedit, ac si ipsum solum tangere. Ideòque si supra parietem meum vicinus ædificaverit: quod ædificavit, meum erit. *l si supra.28.ff de acquir.rer.domin.* Atque hæc de solo privato accipi debent. Quod 4
enim ædificatur in solo omnib.communi, aut publico: id nequaquam solo cedit: sed contrà potiùs solum cedit ædificio. *l.in tantum.6.ff.de rer.divis.& diximus in §.& quidem naturali, 1.s hoc tit.* 3
Verùm enimverò quando ex aliena quis materiâ in 5
solo ædificat: materia ipse considerata, non ad ipsũ spectat, sed ejus remanet, cujus & ante ædificationem fuit: quãvis constante ædificio, materiæ dominus eam neq; 6
vindicare, neq; ad exhibendũ actione petere possit. *h.§ nostr.& d.l.Adeò 7.§.cũ in suo 10.ff.de acq.rer.dom.* Neq;
id

id cum jure pugnat, & domino rei duas istas actiones, vindicationē, & ad exhibendum, concedit. *l. in rem 23.*
7 *ff. de rei vindicat. l. 1 & l. 6. ff. ad exhib.* Nam hoc casu exceptio introducta est L. 12. tabularum: quæ tignum ædibus junctum eximi aut vindicari vetat: idque propter utilitatem publicam: ne scilicet ædificia diruantur: & publicus urbis aspectus ruinis deformetur,
8 *ut hic in verſ. quod ideò proviſum, & d. l. 1 ff. de tigno juncto. l. Prætor ait. 20. §. hoc interdictum 10. ff. de operis nov. nunt. l. 2. § ſi quis nemine. 17. & l. ult. ff. ne quid in loc. publ. l. 2. C. de ædif. privat. l. praſcriptio. 6. C. de operib. public.* Quæ ratio tam generalis est: ut efficiat, ne quidem adversus malæ fidei possessorem, vel furem, qui tignum furto sublatum ædibus suis injunxit, rei vindicationem institui posse. Quod verissimum esse, evincitur *ex d. l. 1 ff. de tigno junct.* quæ disertè negat, tignum furtivum à domino, cui ablatum fuit, posse vindicari.

9 Nec obstat *dict. lex. in rem. 23. § tignum 6 ff. de rei vindicat.* ubi expressum est, adversus malæ fidei possessorem, id est, eum, qui sciens tignum alienum suis ædibus junxit, ad exhibendum agi posse. Est enim parata responsio *ex d. l. 1. §. ult. ff. de tig. juncto.* ubi Ulpianus ait: contra malæ fidei possessorem ad exhibendum dari actionem, non quasi possideat, sed quasi dolo malo fecerit, quò minùs possideat. Quo perspicuè satis ostendit; actionem ad exhibendum concedi, non ad tignum sive rem ipsam; sed ad æstimationem tigni ablati recipiendam: nec tanquam adversus possessorem, sed illum, qui dolo fecerit, quò minùs possideret. Is siquidem, qui condemnatur eo nomine, quòd dolo desierit possidere, non ad rem ipsam exhibendam, vel restituendam, sed pretium vel æstimationem rei condemnatur. Eodem modo explicanda est suprà
10 allegata *l. qui [illegible]. 98. in fin. ff. de solution.* ubi in hæc verba Paulus respondit: *Denique Lex. XII. tabular. tignum ædibus junctum vindicari posse scit: sed interim id fieri prohibuit, pretiumque ejus dari voluit.* Quòd dicit: vindicari posse tignum, sic accipi debet: ut vindicari quidem possit adversus furem: non tamen istam vidicationem cō tendere. ut ædificium dissolvatur, tignumque restituatur: sed ut pretium à fure, tanquam ab eo, qui dolo desiit possidere, extorqueatur. *Vide Bachovium hic num. 3. 4. & 5. p. 278.*

11 Sed & alio remedio consultum est domino materiæ sive tigni, quod alterius ædibus impositum est. Nam ex eâdem L. XII. tabul. actio ei data est de tigno juncto ad tigni æstimationem, in eum, qui convictus est junxisse: & data est in duplum: ut, si tignum sive materia valeat 50. ædificator condemnetur in centum, *hoc §. nostro, & præcitatâ l. adeò. 7. §. cùm in ſuo. 10. ff. de acquir. rer. dom.* Hujusque ratio est: ut domino compen-
12 setur id, quod interest ipsius, tigno eum suo sive materiâ suâ. citra suum factum, carere. Siquidem & aliàs id, quod interest, duplo taxari solet, *l. Titius. 43. & l. ſequent. ff. de actionib. empt. l. ſi tibi. 25. C. de evictionibus.*

13 Quæstio autem hic ventilatur de eo, qui ædibus tignum junxit, an teneatur istâ actione in duplum, sive bonâ, aut malâ fide; sive voluntate domini, aut eo invito junxerit? Et de posteriore certum est eum non teneri, qui domini voluntate junxit. *l. de eo. 63. ff. de donat. inter vir. & uxor.* De priori ingens est inter Interpretes controversia? At probabilius est, & verius: illum teneri, quacunque fide junxerit; sive bonâ fide, id est, putans tignum suum esse, sive malâ, hoc est, sciens esse alienum. Quæ sententia primùm luculenter proba- 14
tur *ex d. l. in rem. 23 § tignum. 6. ff. de rei vind.* ubi legimus: tignum alienum ædibus junctum nec vindicari, nec eo nomine ad exhibendum agi posse, nisi adversus malæ fidei possessorem, sed dupli actionem, de tigno juncto, competere. Quibus verbis non obscurè hoc significatur: licèt aversus malæ fidei possessorem tantùm, non autem adversus bonæ fidei possessorem, rei vindicationem, & ad exhibendum actionem intentare valeamus: dupli tamen actione contra hunc nos experiri posse.

Accedit secundò *l. gemma. 6. ff. ad exhibend.* ubi etsi 15
in tigno juncto actio ad exhibendum locum non habet: actio tamen in duplum ex L. XII. tab. institui potest. Loqui autem ICtum ibidem de eo, qui bonâ fide junxit tignum, non dubitandum est. Etenim actionem in duplum dat contra eum, qui ad exhibendum actione conveniri nequit. Est verò is, qui bonâ fide tignum junxit. Nam qui sciens id fecit, & furandi animo, actione ad exhibendum tenetur, *tradita l. 1. §. ult. ff. de tigno juncto.*

Tertiò suffragatur *præſens § noster, & alleg. l. adeò. 7.* 16
§. cùm in ſuo. 10 ff. de acquir. rer. dom. ubi indistinctè & generaliter de tigno tam bonâ, quàm malâ fide juncto dicitur, vindicari id durante ædificio non posse: & postea additur, sed posse actione in duplum agi adversus ædificantem. Utroque igitur casu actioni illi locus erit, propter particulam adversativam, *ſed*, quæ quod posterius dicitur, superioribus omnibus annectit. Idem multò magis finalia *hujus §* verba convincunt: scilicet hac actione in duplum eum quoque, qui bonâ fide junxit, teneri. Indicat enim Imperator istis verbis: dominum materiæ, diruto ædificio, posse materiam sive tig[n]um suum vindicare, si duplum nondum fuerit consecutus: & contrà; non posse vindicare, si consecutus jam duplum fuerit: quod in bonâ tantum fide locum habet. In malâ namque fide potest dominus 17
utrumque, hoc est, potest, licèt duplum consecutus, adhuc tignum vindicare: si, inquam, tignum malâ fide sit junctum, quod in jure furtivum dicitur; *d. l. 1. & l. ſeq. ff. de tigno juncto.* Denique semper æquum est: ut domino materiæ id, quod interest, præstetur: quod (*ut antè num. 12. dictum*) plerumque duplo æstimatur. *d. l. Titius. 43. & l. ſeq. ff. de actionibus empt. & ſimilibus. D. Giphanius hic adverſ. propter legem 12. tabular. & e Cluten. lib. 1. Diatrib. novo-juſtin. 18. quæſt. 8.*

Huic veriori ita confirmatæ sententiæ non obstat *d.* 18
l. de eo. 63. ff. de donat. int vir & uxor. ex cujus fine colligi posse videtur: neminem hac actione in duplum teneri; præter quam furem. Nam IC. in propositâ illius L. specie ex eo, quòd tignum non fuerit furtivum, infulit: actionem in duplum locum non habere, non quòd actio hæc adversus neminem, nisi furem competeret: sed quòd in casu illius l. constaret, & certum es-

isset, hanc actionem contra maritum, tanquam contra bonæ fidei possessorem, institui non posse. Neque enim simplex bonæ fidei possessor erat; sed ejusmodi, qui ex voluntate domini possidebat. Quare si quis adversum illum actionem dupli concedere volebat: eum hac solummodò ratione niti oportebat: quòd in fures ea actio daretur. Igitur JC. intelligens maritum, qui ex voluntate uxoris tignum junxisset, furem non esse, rectè respondit: actionem istam cessare, quia non sit furtivum tignum. Hinc argumentationem ejus hanc fuisse animadvertimus: si quis dantem adversus maritum actionem in duplum defendere velit: eum oportet evincere, tignum illud furtivum esse. Etenim tanquam contra bonæ fidei possessorem intendi ista actio nequit: cùm ex voluntate uxoris possideat. Atqui furtivum non est. Ergo actio in duplum hic omninò quiescit. Sed & breviùs respondetur, quòd *in d. l. de eo 63. ff. de donat. int. vir. & uxor.* proponatur casus, quo maritus ex voluntate uxoris tignum ejus ædibus suis junxit. Hic vero agitur de eo, qui inscio domino, bonâ tamen fide, tignum ejus ædibus suis junxit. *D. Bocer. hic num. 21. pag. 75.*

19 Deinde nihil movet *sæpè citata l. 1. ff. de tig. junct.* ubi dum Vlpianus, sententiam Legis XII. tab exponens, de tigno furtivo constitutum esse ait: ut dupli actio in furem illius nomine accommodetur: innuere videtur, secus esse in tigno non furtivo. *Hoc enim* argumentum à contrario sensu est desumptum: quod licèt in jure nostro frequentissimum fit, & fortissimum, maximique momenti, *l. 1. in princ. ubi Bart num 4. & 7. Bald. nu. 2 Alex. num 9. Castrens. num. 10 Fulgos. num. 10. Ias. num. 36. Decius num. 38. Paul. de Ortano num. 73. Iacob. de Nigris. num. 41 ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. l. inter socerum 26 §. cùm inter. ff. de pact. dotalibus. l. apud antiquos. 21. C. de furtis, cum multis similibus:* tamen contra manifestos juris textus inductum
20 minimè procedit, *ut docet Nicolaus Everhard. in suis locis legalib. loco, à contrario sensu. num. 4 gloss. & DD. in l. 2. C. de conditionibus insert. & in l. conventicula. 15. C. de Episcop. & Cleric. Hartman. Pistoris part. 1. lib. 2. quæst. 13 num. 55.* Quin & illud haud ineptè dici potest: Vlpianum in ea l. tigni furtivi fecisse mentionem, propter majorem casus illius frequentiã: quoniã tignũ alienum ædibus suis injungens, ut plurimum scit, id esse alienum. Non igitur, quod à Icto propter majorem facti contingentiam de tigno furtivo scriptum est, sic exaudiri debet, quasi neutiquàm voluerit, id locum sibi vindicare in tigno non furtivo.

21 Præterea non obstat superius *alleg. l. qui rei 98. In fin. ff. de solution.* ubi asseritur, stante ædificio non posse tignum vindicari, sed precium tantùm domino dandum esse. At pretium simplam, & non duplam rei æstimationem significat: & quod de pretio dando sive exolvendo dicitur; bonæ fidei possessori, non autem furi convenit: cùm fur non ad pretium tantùm, sed ad duplum etiam teneatur. *d. l. 1 ff. de tig. junct. & d. l. de eo 63. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Non, inquam, lex illa obstat. In eâ namque de malæ fidei possessore agi, inde plus q[uàm] manifestum est: quòd rei vindicatio, quæ ibi adversus possessorem datur, durante ædificio, contra bonæ fidei possessorem locum non habet. Loquitur ergò de fure seu malæ fidei possessore: adversus quem rei vindicatio ita conceditur: ut per eam non tignum ipsum, sed ejus æstimatio duntaxat exigatur. Interim verò non negat, contra furem, & eum etiam, qui bonâ fide tignum possidet, in duplum actionem competere. Adhæc quod *in opposita l. 98. in fin. ff. de solutionibus* de precio tigni simpliciter dicitur, id de duplo pretio accipi commodè poterit. Nam Paulus ibi expressè legis duodecim tabularum, de tigno alieno ædibus juncto, meminit. Ex istâ autem lege de tigno alieno ædibus juncto, competere actionem in duplum adversus ædificatorem, quamdiu ædificium manet, apparet *ex hoc §. nostro. & d. l. adeò. 7 §. cùm in suo. 10. ff de acquirend. rerum domin. d. l. in rem. 23 §. tignum. 6. ff. de rei vindicat. & nonnullis aliis,* ex quibus *d. l. 98. in fin. ff. de solution,* interpretationem suam atque declarationem capere debet, *arg. l. incivile 24 ff. de legibus.*

Insuper nihil hùc facit ratio illa; quòd delictio cares, non sit puniendus. *l. aliud fraus. 131. ff. de verbor. signif. argum. d. 3. C. de Episcop. aud.* Nam bonæ fidei ædificator in duplum condemnatus non punitur: imò mitiùs cum eo agitur, quàm summo jure agi potuisset. Etenim jure potuisset ad tignum domino vindicanti restituendum condemnari: quâ condemnatione facta totum ædificium cum gravissimo suo & penè intollerabili damno rescindere fuisset coactus: cum alioqui condemnationi satisfacere nequivisset. Quando igitur duplum exolvendo, illud incommodum evitat: non modo non mulctatur: sed beneficio etiam summo afficitur. Adde, quòd is, qui ex alienâ materia ædificium extruit, quamvis doli sit expers, non tamen culpâ careat: cùm debuerit id haud temerè facere, sed diligenter inquirendo, suáne, an aliena esset materia, experiri. Quòd cùm prætermiserit: in culpa eum hærere, facile intellectu est. Culpam autem quatenus puniri, non ambigitur, *l. idem juris. 8. l. in lege. 44. l. si ex plagis. 52 § 1 ff. ad l. Aqu. l. 2. § 1 ff. de in lit. jur. l. contractus. 13. ff. de reg. jur. & similibus.* Quare quando culpâ istâ commissa, convenitur in duplum: nihil contra juris rationem committitur: quâ dicitur; eum, qui nihil deliquit, non esse penâ aliqua afficiendum. 22 23

Denique nihil urget, quod objicitur; bonæ fidei ædificatorem debere aliquanto melioris esse conditionis, quàm malæ fidei; adeoque utrumque non esse conveniendum in duplum. *In hoc* enim malæ fidei ædificator deterioris conditionis est, quòd præter actionem de tigno juncto, etiam ad exhibendum actione, vel rei vindicatione tenetur: ut rem præstet in eadem causa, in qua fuit, cùm judicium acciperetur; quasi dolo possidere desierit. *l. Iulianus. 9. §. quantum. 5. ff. ad exhibend. d. l. in rem. 23 §. tignum. 6. ff de rei vind. d. l. 1 §. ult. ff. de tig. junct.* Atque ita sentiunt. *D. Bocer. class. 5. disputat. 5 th. 16. 17. & 18. edit. 2. & in hoc §. nostro numer. 17. cum seqq. pag. 74. & seq. Schegk. disputat. 5. th. 81. Elenus in Diatrib. lib. 2. fol. 74. Bronchorst cent. 2. assert. 97. edit. 1. Hunnius libr. 2. var. resolut. jur. civ. tr. 1. quæst. 19. & in resolut. ad volum. poster.* 24

Treutleri disputat. 18. th. 6. quæst. 35. pagin. 430. cum
seq. Cujac. hic in notis suis prioribus. Vultejus, Ant.
Matthæus, Borcholt, Rittershusius, ShneidelWin. num.
6 Heigius num. 9. & Gilkenius num. 23. & seq ubi in
utramque partem accersit complures. Videri tamen
poterunt, tanquam diversum statuentes, Wesenbecius ad hunc §. num. 5. Hænonius Disput. 4. ad Instit.
sub controvers. 10. & Gœddæus in l. tigni. 62 num 8.
ff de verbor significat. Ex quibus omnibus sic explanatis, perspicuum evadit: bonæ etiam fidei ædificatorem actione de tigno juncto in duplum teneri. Vide
quoque Bachovium hic num. 6. & 7. itemq; in notis
& animadvers ad Treutler vol. 2. disput. 20. th. 6. tit.
A. pag. 222. & Timæum Fabrum disput. 13. ad Instit.
Imperial. th. 9 nec non Petrum Theodoricum disp 2.
Collegii criminal. th 9 ad lit. a.

25 Quid autem, si dominus soli malit eximere tignum,
& domino restituere, quàm duplum præstare: annè ipsius tigni restitutione liberabitur à dupli condemnatione & præstatione? Et liberari, omninò concludendum est, utcunque temerè repugnent Gilkenius in hoc
§. num. 29 & seq. eumque secutus Hunnius disput 4.
th. 21. & d lib. 2. tr 1. quæst. 21. & d. resolut. ad volum.
poster. Treutl. disp. 18. q 37. pag. 433. item Hilliger. in Donell enucleat. libr. 4 cap. 33. lit. C. Primò enim tum in
hoc §. nostro, tum in præalleg. l. adeò. 7 §. cùm in suo, 10.
ff. de acquir. rer domin. expressè scriptum extat: Lege
XII. tabular. caveri, ne quis tignum alienum ædibus
suis junctum eximere cogatur. Quibus verbis dilucidè
significatur: eum, qui ex alienâ materia sive tigno ædificavit in suo solo, eximere posse tignum, si velit; invitum non cogi; ut cùm dicitur, aliquem non compelli
hoc vel illud facere, id dici intelligitur, posse quidem eum facere: at non necesse habere. l. 1. C. quom. & quãd.
judex, &c Deinde idem confirmat ratio Legis XII tabul in hoc §. posita: ubi Justinianus ait: illud ideò provisum esse: ne ædificia rescindi necesse sit. Quæ quidem
ratio permissionem habet, non prohibitionem. d. l. 1.
26 C. quom. & quando Iud. Accedit quoque pervulgaris
regula juris: quòd non debeat alteri per alterum iniqua conditio inferri, leg. non debet. 74. ff. de regulis juris. Item, quòd bona fides tantundem possidenti præ-
27 stet, quantum rei veritas, l. bona fides 136 ff eod tit. Denique pro eadem opinione videtur textus esse expressus in l. Iulianus 37. l. in fundo. 38. & l. habitator. 59.
ff. de rei vindicat.

28 Nec hanc infringit sententiam præfata l. 1. ff. de tig.
junct ubi apparet, non permitti, ne tignum eximi necesse sit, sed eximi prohiberi. Etenim verba istius legis,
quibus prohibetur tignum solvi, non ad reum conventum, qui ex aliena materia in suo solo ædificium extruxit, sed ad actorem solummodo, id est, ad dominum materiæ, referenda sunt: Is prohibetur tignum
suum alienis ædibus junctum, vel propria auctoritate
solvere, vel agendo ad exhibendum efficere, ut solva-
29 tur judicis auctoritate. Rectè enim, & ex usu juris dicitur tignum solvere; non tantùm qui solvit ipse, verùm etiã qui agendo imperrat, ut à judice solvatur, argu. l furti 6. §. mandati. 5. ff. de his, qui notant. infam.
ubi actor dicitur condemnare reum, non quòd actor
propriè condemnet; sed quòd efficiat, ut reus à judice
condemnetur. Atque hæc interpretatio dicta l. 1. ff. de
tig. junct juvatur aliis verbis subjunctis Nam scribit Vlpianus: legem XII. tabul. neq; solvere, permittere, neque
vindicare tignum. Hic vindicandi verbum non potest
neque debet referri ad alium, quàm ad actorem sive
dominum materiæ, cui soli competit vindicatio. Ergo
& verbum solvendi, quod eodem contextu est positũ,
ad dominium materiæ referendum est. Neque quicquã
movet, quòd legislatores magis publici decoris & utilitatis rationem habuerint, quàm illi, qui tignum junxit, consultum voluerint. arg. d. l. 2. § si quis. 17. & l. ult.
ff ne quid in loc. publ similiumq; allegatarum supr. n. 8.
Quasi verò is, qui tignum alienum ędibus suis, liberandi sui gratiâ eximit, ejusque domino reddit, aliud tignũ
substituere; sicque decoram urbis vel civitatis faciem
restaurare ac conservare nõ possit. Quid? quod pleraq;
citra deformitatem possunt removeri: in quibus proinde deficere isthanc rationem, haud obscurè innuit
Ioh. Faber hic n. 2.

Similiter minime resistit l. cætera 41. §. 1. ff. de leg. 1. 30
ubi habetur, Senatusconsulto esse cautum, ne ea, quæ
ædibus juncta sunt, legare liceat. Multùm enim interest,
utrùm tignum ædibus suis junctum quis leget, & hoc
modo necessitatem ædes dissolvendi induеat, an conventus de alieno tigno ædibus suis injuncto, id liberandi sui causa ædibus eximat. Prius voluntaris est: posterius necessitatis. Legare quippe cujusq; arbitrio & voluntati committitur. Multa autem evitandæ necessitatis 31
causâ conceduntur: quæ ex voluntate profecta prohibẽtur. l. si fidejussor 7. § 1. ff qui satisd. cogãtur. l. alienationes 13. ff. famil. ercisciund. l. 1. ff de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt, &c. Itaque non valet hæc argumẽtatio: propter legatum alicui relinquendum, non potest testator ædificium rescindere, vel efficere, ut per heredem rescindatur. Ergo nec poterit quispiam sui liberandi gratiâ tignum alienum restituere, &, ut restituere
queat, ædificium dissolvere. Sed hac de re latè & eleganter suo more Donell. lib. 4. Comment. de jur. civ. c 33. p.
311. & seq. Gualiel. Förster. tract: Inst. lib. 2. disp 6. thes.
21. D. Bocer. d class 5. Disp. 5. th. 19. ed. 2 & in hoc §. nostro. n. 35. p. 78. Wesenb ibidem, n. 6. ad finem. Bachovius
hic nu. 8. & in dictis not & animadvers. ad Treutler.
vol. 2. disp. 20 th 6. lit. A v. nec ædificans. p. 224: & seq.
Timæus Faber d. disp. 13. ad Inst Imper th 10. Bruningius
discurs. palæstra Imperial. 5 th. 8. sub. lit A. Cluten. d. diatrib. novo Iustinian 18. qu. 9. itemq; Locamer. qu. juridic. fasc. 17. q. 2.

§. *Ex diverso. 30.*

Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materiâ domũ ædificaverit; illius fit domus, cujus
& solũ est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatẽ ejus amittit quia voluntate ejus intelligitur esse alienata; utiq; si nõ ignorabat, se in
alieno solo ædificare: & ideò licet diruta sit domus; materiã tamẽ vindicare nõ potest. Certè
illud cõstat, si in possessione cõstituto ædificatore, soli dominus petat domũ suã esse, nec sol-

vat

vat pretium materiæ, & mercedes fabrorum: posse eum per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa, quòd ædificaverit temerè in eo solo, quod intelligebat alienum esse.

SVMMARIA.

1. *Scienter in alieno solo ædificans, materiam perdit: & cur.*
2. *Quo vult antecedens: vult & consequens.*
3. *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur: & numero 23*
4. *Intellectus l. 2. C. de rei vind.*
5. *Impensæ triplices.*
6. *Impensa quid.*
7. *Quæ sint impensæ necessariæ.*
8. *Utiles impensæ quæ.*
9. *Voluptariæ impensæ quæ sint.*
10. *Bonæ fidei possessor necessarias impensas recipit.*
11. *Alter per alterum non debet iniqua conditio inferri.*
12. *Officium suum debet esse nemini damnosum.*
13. *Nemo cum alterius incommodo locupletandus.*
14. *An bonæ fidei possessor sumptus necessarios consequatur, si res, in quam facti sunt, perierit.*
15. *Objectio diluitur.*
16. *Damnum casu fortuito contingens, cui nocere debeat.*
17. *Alia objectio removetur.*
18. *Bonæ fidei possessor impensas necessarias servat, sive ab eo ipso, sive ejus intuitu ab amico, item sive sciente, sive ignorante & invito domino, impensæ factæ sint.*
19. *Protestatio nihil valet, in his, quæ ab arbitrio protestantis non dependent*
20. *An emptor, qui rem fideicommisso obnoxiam ab hærede emit, & in eam impensas necessarias fecit, eas consequi possit.*
21. *Scienti & volenti non fit injuria.*
22. *Intellectus l. fin. §. emptor. C. communia de legat.*
23. *Malæ fidei possessor similiter impensas necessarias deducit.*
24. *Sensus l. 1. C. de infantib. exposit. & l. 13. ff. de condict. furt.*
25. *Sententia l. si servus. 27. §. si olivam. 25. ff. ad leg. Aquil.*
26. *Utrùm malæ fidei possessori, necessarias impensas deducere cupienti, culpa objici possit.*
27. *Donandi voluntas in quem cadat.*
28. *Nulla culpa ei potest imputari, qui rem alioqui perituram servat.*
29. *In necessitatibus nemo existit liberalis.*
30. *Utiles impensas quando bonæ fidei possessor deducat*
31. *Utrùm malæ fidei possessori, utiles impensas deducere liceat*
32. *Distinctio inter jus strictum & æquitatem rejicitur:*
33. *Jus est ars æqui & boni:*
34. *Æquitas maximè in jure spectanda*
35. *Exceptio doli mali denegatur malæ fidei possessori*
36. *Ad objectionem respondetur*
37. *Damnum, quod sua quis culpa sentit, sentire non videtur*
38. *L. plane. 38. ff. de petit. hered: de quo malæ fidei possessore loquatur*
39. *Nemo plus juris alii relinquere potest: quàm ipse habet*
40. *Successor alio jure uti nequit, quam ejus, cui successit*
41. *Malæ fidei possessor quatenus utiles impensas tollere possit*
42. *Deducere & tollere differunt*
43. *Objectio refutatur*
44. *Mens & sententia hujus §.*
45. *Quicquid in una lege specialiter non est expressum: id aliarum legum regulis censetur relictum*
46. *Voluptariæ impensæ quatenus serventur, vel tollantur*
47. *Quibus remediis impensæ servari possint.*

DVo sunt casus contrarii: priore quis ædificat in suo solo ex alienâ materiâ: hoc posteriore quis ædificat in alieno solo ex suâ materiâ: & uterque casus in ædificio quidem convenit: in materiâ verò differt. Nam 1 utroq; casu ædificiū cedit solo: sed materia in illo manet prioris domini: in hoc non item. Ratio, cur hoc casu non maneat, est: quia is, qui sciens ex materiâ suâ in alieno ædificat, eam donare intelligitur, *hoc §. & l. adeò. 7. §. ex diverso. 12. ff. de acquirend. rer. domin. l. cujus. 53. ff. de regul. jur. Pegner. decis. 97. D. Besold. in delibat. jur ex lib. 41. ff. quæst. 3. pag 143.* Et hic donandi animus ex duplici malæ fidei ædificatoris scientiâ colligitur. Is namque scit: & solum esse alienum, & naturali 4 ratione materiam, alieno solo impositam, cedere domino soli. Unde cùm nihilominus materiam suam alieno solo conjungat: utique donandi animo id facere judicatur. Qui enim vult antecedens, idem & vult ne 2 cessarium consequens, *argum l. 1. §. 1. ff. si usufruct. pet. l. 3. §. qui habet. 3. ff. de servit. præd. rustic. l. illud. 77. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Vult autem malæ fidei ædificator in alieno solo domum extruere. Ergo etiam vult & consentit in necessarium consequens, ut videlicet materia domino soli acquiratur: maximè cùm nullo jure cogente ædificet. Nam quod nullo jure cogen- 3 te in alium transfertur, donatio est. *l. donari. 29. ff. de donationib. & l. donari. 82. ff. de R. I.* Hinc & illud non immeritò placuit: eum, qui scienter in alieno ædificavit, nec ante, nec post dissolutum ædificium, materiam vindicare posset, *hic & d. l. adeò. 7. §. ex diverso. 12. ff. de acquir. rer. domin. Vide Iacobum Camerium part. 3. var. resolut jur. cap. 6. num. 2. & seqq. fol. 147. item, Davide D. Döringium in bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. verb. ades. num. 262. & seqq. fol. 872.*

Nec refragatur *l. 2. C. de rei vindic.* ubi scriptum est; 4 cùm quid in alieno ædificatum est, si fuerit dissolutum, ejus materiam ad pristinum dominum reverti, sive bona fide, sive malâ ædificium extructum sit. *Etenim* loquitur ibi Antonius Imper. de eo malæ fidei ædificatore, qui non ex propriâ, sed alienâ materiâ in solo alieno ædificavit. Quod inde evincitur: quia ait, materiam redire ad pristinum dominum: si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint. Quæ conditio ei tantùm, qui in alieno solo ex materia aliena sciens ædificavit, convenire potest. Is certè cùm nequeat, quod alienum est, donare: non voluisse quidem intelligitur. *l. nemo plus. 54 & l. non videtur rem. 83. ff. de regul. jur.* At is, qui ex sua materiâ in alieno ædificat malâ fide, hoc citra donandi animum facere nequit, *per rationes paulò antè adductas.* Proinde *dict. l. 2. C. de rei vind.* de eo duntaxat, qui ex alienâ materiâ, malâ fide ædificavit, accipienda est. Noster verò §. *cum juribus concordantibus.* de illo agit, qui ex propriâ materiâ in alieno sciens ædificavit; de quo rectè dicitur, cum suâ voluntate proprietatem materiæ amisisse, hucusque nomine nullam unquam actionem habere. Et ita dicta jura, primo intuitu pugnantia, atque implacabilia, intelligunt & conciliant *Glossa, Castrens. Salicet. in d. l. 2. Balduin. hic num. 7. Angel. num. 2. Nicas. num. 11. Schneidevvinus num. 9. Garsias in tractat. de expens. c. 5. num. 22. Donellus lib. 4. Commentar. de jure civil. cap. 33. fol. 315. numer. 10. & Arumæus Exercitat. Iustin. 4. thes. 17.*

Quæ

Quæ interpretatio, quam ego & probabiliorem & receptiorem existimo, si cui minùs fortassis arrideat: inspiciat is Fachineum *lib. 1. Controversiar. iur. cap. 55.* Gilkenium *in tractat. de impens. part. 1. cap. 1. num. 14. cum seqq & in d. l. 1. C. de rei vind. numer. 3. 7 & seqq.* Julium Capram *ad l. adeò. 7. §. ex diverso. ff. de acquir. rer. domin.* Heigium hic *n. 6. cum seqq. &* Nicolaum de passerib. à Genoa *in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. pagin. 276. edit. 1.* Qui tum plurium aliorum solutiones diligenter referunt: tum, iis rejectis, novas suas cogitationes subjiciunt; atque exponunt. Quibus omnibus adjiciatur Bachovius *hic n. 2 p 282. & in not & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disp. 20. th. 6. lit B. p. 227. & seq.* nec non Timæus Faber *disp. 13. ad Inst. Imper. th. 11.*

Porro haud obscurum est: soli, in quo ædificium extructum est, domino rei vindicationem adversus ædificantem si possideat, concedi. Hac autem actione institutâ, de impensis disputari solet. Quæritur enim: an, & quatenus soli, ædificiique dominus eas refundere ædi-
5 ficanti compellatur. Nos igitur, ut hanc impensarum materiam usu frequentissimam, & latissime patentē, breviter expliceemus: inter impensas necessarias, utiles, & voluptuarias; item inter bonæ & malæ fidei possessorem, distinguemus. *l. impensa. 79. ff. de V. l. utiles. 39 ff. de petit heredit. tot. t. ff de impens. in res. dot. factis.*

6 Imprimis verò sciendum est: impensas esse sumptus, in rem aliquam factos, sive collatos: qui & impendia dicuntur. *l. in hoc judicium. 14. §. 1 ff. communi divid. l. neq. stipendium. 13. l. quod dicitur. 15 in fin. ff. de impens. in res dot. fact. leg. in fundo. 38. & l. sumptus. 48. ff. de rei vind. l. sicut stipendia 45. ff de usufruct l in rebus. 18 §. possunt. 2. in fine. ff. commodati. l. quibus. 40. §. 1 ff. de condic. & demonst. D Becer. hic nu 1. pag. 107 &* vulgò meliorationes, quando iis res melior est facta. *Mascard in tract. de probat. conclus. 1040. Menoch. de recuper. poss. remed. 15. q 39. hosq. referens Ioban. Althusius lib. 1. Dicaolog c. 2. num 21* Necessariæ impensæ sunt, quæ
7 propter necessitatem fiunt: ut quibus omissis, res aut periret, aut deterior fieret. *d. l. impensa. 79. ff. de verb. signif. l. interdum. 5. & l idēq. 7. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. habeant l. 1. §. 1 ff. de impens. in res dotal. fact.* veluti sunt ædium vetustate laborantium, & ruinam minantium refectio. *d l. 1. §. 3. ff. eod. l. utiles. 39 ff. de pet hered. l. domus. 58. ff. de legat. 1.* aggerum structura *d l. 1 §. 3. & l. impensa. 14 ff. de impens. in res dotal fact.* arborum cura, vitium propagatio, seminaria. *l. 3 d. l. impens. 14 ff. de titul § sed si gregis. 38. inf. h. t.* & quicquid impunè omitti non poterat. *l. & in totum 4 ff. de impens. in res dot. fact. Rosenthal. in tract. feud. cap. 10.*
8 *conclus. 43. num. 94. vel 2.* Utiles sunt; quæ absque necessitate, ad solam utilitatem fiunt: ita ut his factis, res melior & fructuosior aut utilior efficiatur: cujusmodi sunt, pastinatio ultrà, quàm necesse fuerat, facta: doctrina servorum: ædificatio in areâ alienâ; pistrinum & horreum insulæ adjectum, & similia. *d. l. impensa. 79. §. 1 ibiq. eruditè Gœdd. ff. de V. S l. quod dicitur, necessarias. 5 § fin. & l seq ff de impens. in res. dot fact. d. l. utiles 39 ff. de petit heredit. l fructus 7 §. si vir. 13. ff. solut*
9 *matrim.* Voluptuariæ sunt, quæ fiunt citra necessitatem & utilitatem, ad solam voluptatem: ut quæ factæ speciem rei ornant, fructum non augent: ut sunt viridaria, aquæ salientes, incrustationes parietum, loricationes, picturæ, *dictâ l impensa. 79. §. 2. ff. de verborum signif & l. voluptuaria. 7. ff. de impens. in res dot fact.* Istorum autem exemplorum significationem & explanationem videre est apud Gilken, *in d. tractat. de impens part. 4 cap. unic. num. 3. & seqq.*

Necessarias impensas bonæ fidei possessor, vel qui 10
non possidens bonâ fide illas impendit, sine ulla hæsitatione servat & consequitur: easque dominus, rei vindicatione utens, restituere cogitur. *l. planè 38. ff. de heredit. pet. arg. l. domum. 5. C. de rei vindicat.* Ratio hu- 11
jus manifesta est: Tum quia non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l non debet. 74 ff. de regul. jur.* Tum quia officium suum nemini debet esse 12
damnosum. *l sed si quis. 7. ff. quemad. testam. aperiant. l. si servus. 61. §. quod verò 5. vers. multò tamen aquius ff de furt. l. cùm quadam. 26. C. de administr. tutor.* Tum quia natura hoc est æquum: neminem cum 13
alterius incommodo & jactura locupletari, vel lucrum facere. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. dict. leg. planè 38 ff. de heredit. petit. l. cum hic 8. §. si quis. 22 in fin. ff. de transactionibus. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur.* Atqui petitor lucrum faceret: si ei possessor, non deductis impensis, nullâque meliorationum æstimatione sibi exhibita, rem reddere teneretur. Et hoc quidem verissimum est, si res, in quam sumptus necessarii facti sunt, adhuc extet. At quid, si res peri- 14
erit? ecquid bonæ fidei possessor illos consequi poterit? Quod plerisque visum est, per textum *in d. l. planè. 38. vers. planè potest. ff. de heredit. petit.* ubi ita disertè scriptum est: bonæ fidei quidem possessorem omnimodo impensas non tantùm necessarias, sed etiam utiles deducere, licet res non extet, in quam fecit: prædonem autem non aliter, quàm si res melior sit. Idem apertè satis probatur *per textum in l. sed an ultrò. 10. §. 1. ff. de neg. gest.* ubi negociorum gestor, qui insulam fulsit, vel servum ægrum curavit, etiamsi insula combusta sit, & servus obierit, negociorum gestorum experitur, ad impensas recipiendas. Similis ferè species habetur *in l si necessarias 8. ff. de pignerat. act.* Eandem quoque non parùm stabiliunt sententiam *l qui exceptionem. 40. § 1. ff de condict. indeb. dict. l. & in totum. 4 ff. de impens in res. dotal. fact. l. domus. 58 ibiq. Alexander & Iason. ff. de legat. 2. Ruinus consil. 14. num. 3 lib 1. Hunnius disput. 4. thes. 26. & lib. 2. var. resolut. jur. civ num. 1 quæst. 23. itemq. in resolut. ad volum. poster. Treutleri dispu. 18 th 6. quæst. 39. pagin. 436. Menochius recuperand. possess remed. 15. numer. 512. & alq. ab eo relati.* Vide tamen Gilkenium aliter sentientem *in dict. tractat. de impens. part. 2. cap. 8. &* Donellum *lib. 20. Commentar. de jure civil. c. 7. p. 431.*

Quorum opinionem non juvat, quòd hic videatur 15
deficere ratio deductionis necessariarum impensarum, quæ hæc potissima est: quòd dominus rei, in quam sunt factæ, illis non deductis, locupletior fiat cum jactura & injuria bonæ fidei possessoris, contrà quam postulat naturalis æquitas. *d. l. nam hoc natura. 14. ff*

de condict.indeb dict.leg. jure natura.206. ff. de reg. jur. Atqui hanc rationem deficere eo casu, quo res interiit, in propatulo est: siquidem tunc dominus & rem ipsam, & consequenter quod in eam impensum est, amittit. Hoc, *inquam*, dissentientium opinionem non juvat Etsi enim hæc ratio, quæ aliàs deductionem necessariarum impensarum suadet, illo casu deficit: alia tamen subest, quæ impensas, re perempta, nihilominùs deducendas esse, omnino exi-
16 git. Ratio autem hæc est: quòd damnum casu fortuito, absque alterius culpâ, contingens nemini, nisi domino nocere debeat, *argum. l. item, si verberatum. 15. §.ult.ff. de rei vindicat. d.l.sed an ultrò.* 10.§. 1.*ff.de negoc. gest.* Ergò & impensæ in rem extinctam factæ, non bonæ fidei possessoris, sed domini damno perire debent.

17 Nihil item roboris dissentientium opinationi addit; quòd, re peremptâ, deficiat medium illud, quo impensæ servantur & deducuntur, doli nimirum exceptio: cùm de re interempta sive sublata dominus agere ampliùs non possit: ac consequenter bonæ fidei possessor excipere nequeat. *Nam* licèt hoc casu deficiat exceptio: non tamen etiam deficit actio, negociorum scilicet gestorum, qua impensas á domino is, qui illas bona fide fecit, recuperare potest. *dict. leg.sed an ultrò.*10.§.1 *ff. de negoc gest. Hunn. prædictâ quæst.* 23.

18 Sed & bonæ fidei possessor servabit impensas necessarias, sive ab eo ipso, sive ejus contemplatione ab amico factæ sint, *argum. l.idemque.10. in fine. & l.seq.l. si verò. 12.§.1. ff. mandati l.sed si plures. 10. §. in arrogato.ff. de vulg. & pupill.substit.* ex quibus textibus illa vulgatis juris regula sumitur: à me factum dici, quod mei contemplatione ab amico est factum. Adhæc nihil refert: utrùm impensæ istæ sciente, an ignorante, & quod magis est, contradicente, & invito domino factæ fuerint, *argum. l. si quis inficiatus. 13. ff. depositi. dict. l planè. 38. ff. de petit. heredit. d.l domum. 5. C.de rei vindic.qui textus generaliter & indistinctè loquuntur.* Præterea protestatio nullius est
19 momenti in his, quæ ab arbitrio protestantis non dependent, *leg.Papinianus.14 ff de Public. in rem act.gl. & Dd in l.alimenta 11.C.de negoc.gest.*

20 Illud hîc in disceptationem non intempestivè venit an & ille, qui scit, rem ex causa fideicommissi esse restitutioni obnoxiam, putà emptor, qui rem fideicommisso subjectam ab herede emit, & in eam impensas necessarias contulit, eas vel earum æstimationem consequi possit? Et posse (*licèt plerique aliter sentiant*) firmiter statuendum est. Etenim si prædon. & malæ fidei possessori jus deducendi ejusmodi impensas tributum est, *præallegat.l.planè. 38.ff de petit. hered & dict l.domum 5.C.de rei vindicat. & infrà audiemus.* quantò magis eodem jure utetur, qui scit, rem quandoque alteri esse restituendam, & qui interim, fideicommissi conditione pendente, justus possessor est. Sed pro hac sententia satis evidens est textus *in l.domus.58.ff.de legat. 1.* ubi heredi, qui rem fideicommisso subjectam refecit, vel penitùs collapsam restauravit, sumptus & impensæ restituendæ sunt. Vnde certissimum fit: ei quoque, qui scit. rem, quam possidet, restitutioni esse suppositam, meliorationes & impensas refundendas esse. Id quod & ratio flagitat, propter quam bonæ fidei possessores eo jure utuntur. Ideò enim jus illud introductum est: ne cum alterius jactura dominus rem vindicando locupletior fiat, si nolit impensas refundere. Qua ratione is etiam niti potest, qui meliorationes & impensas in re fideicommisso subjecta scienter fecit.

Nec huic quicquam obstat regula: quòd scienti vel 21
volenti non fiat injuria *l 1. §.usque adeò.in fin.ff de injur. l.nemo videtur 145 ff de regul. jur.* Neque enim qui dominus rei est, donec restitutionis necessitas occurrit, hoc voluisse videtur, ut meliorationes, quæ suis sumptibus & impensis accessêre, successori cederent. Rursus non obstat *l fin. §. emptor. 4. C. com-* 22
munia de leg. ubi dicitur: emptorem, qui fundum subjectum restitutioni vel fideicommisso scienter emit, & in eo impensas fecit, illo evicto, habere adversus venditorem actionem tantùm ad restitutionem pretii, neque duplæ stipulatione, neque melioratione locum habente. *Nam §.iste* loquitur respectu emptoris & venditoris, & hoc vult; non posse emptorem (qui fundum sive rem fideicommisso subjectam scienter comparavit, & sumptus in eadem fecit (evictionem meliorationum nomine, à venditore postulare. Non autem negat, aut prohibet, quò minùs adversus fideicommissarium evincentem emptor sibi prospiciat, & ab eodem meliorationes consequatur. *Et ita §.illum exaudit, & explicat Molin. in conf. Paris gloss.1. numero 83. quem refert & sequitur Menoch. recuper.poss.rem.15. numero 508.* Ex quibus omnibus planum jam factum est: & bonæ fidei possessorem, & eum, qui ad certum usquè tempus limitatum dominium habuit, sumptus necessarios à vindicante consequi posse.

Ad prædonem & malæ fidei possessorem quod at- 23
tinet: etiam is hujus generis impensas servat & deducit. *d.l. domum.5 Cod. de rei vindicat. l. si à domino. 36.§ fin. & dict leg.planè.38 ff. de petit. heredit dict.l. jure natura. 206. ff.de regul jur. Petrus Francisc. Linglois decis.1.quæst.1.numer.8. & 11.item quæst. 2. numer 8.* Nec adversatur *l. 1. C. de infant. exposit.* ubi 24
fur, qui partum, quem furto sustulit, aluit & educavit, sumptus alimentorum, quos constat necessarios esse, recuperare à vindicante nequit. *Breviter* enim (omissis Antonii Fabri *libr. 2.conject. capit. 1 circa finem & aliorum. qui à Menochio d loc. numer 515. & Fachineo lib.1 controvers.iur.cap.54. recensentur*, interpretationibus, utpotè minùs sufficientibus) respondendum est: singulari odio illius furis, qui hominem est furatus, hoc constitutum esse: ut non eodem jure, quo cæteri fures & malæ fidei possessores (quoniam videlicet his longè deterior atquè improbior est) utatur. Idem responderi poterit *ad l.ex argento.13.ff de condict furtiva. Bachovius in not. & animadvers.ad Treutler. volum.2.disput. 20 th 6. lit. B. vers. vel tolli nequeant, pagin.ducentesim.vigesim.nona Confer huc ea, quæ ingeniosè tradidit Gilkenius de impens.part.2. cap.7.*

Sic

25 Sic quoque non refragatur *l. si servus. 27. §. si olivam. 25. ff. ad leg. Aquil.* ex qua conſtat: impenſas, quas quis neceſſario in colligendos & conſervandos fructus facit & impendit, ſi mala fide fecerit, non recuperari. *Quandoquidem* loquitur lex illa de impenſis, in ipſum deprædationem ſive furtum factis. At tales impenſæ, quæ deprædando ſeu furando fiunt, etiamſi neceſſariæ videantur: non tamen repeti queunt. Haud etenim æquum eſt: impenſas, in ipſum furtum ac deprædationem factas, furi ſive prædoni reſtitui, eumque in delinquendo ſumptibus alienis juvari, *Hunn. d. libr. 2. var. resol. tract. 1. cap. 22. in fine.* Præterea *in dicto § si olivam. 25.* non agitur de poſſeſſore rei alienæ; ſed de eo, qui non poſſidet. Qui poſſidet rem alienam, cùm quid in eam impendit, ſibi, non alii, impendit. Cæterum qui, cùm non poſſidet, quid impendit, donare impenſas videtur, *docente D. Bocero hic num. 12. pagin. 102. nec non Borchelten. in verſ. certè illud conſtat. n. 13.*

26 Pariter non obſiſtit, quòd malæ fidei poſſeſſori, quò minùs neceſſarias impenſas deducere ei liceat, objici poſſit non tantum culpa, quod cum ſciret, rem alienam eſſe, in eam ſumptum temerè fecerit: cùm potius rem reſtituere debuerit: verùm etiam donandi voluntas, quòd nimitum, qui in rem alienam ſciens quid contulit, quod ſciret per acceſſionem ſtatim domino quæſitum iri, donare voluerit, *hoc §. noſtro.* Etenim utrumquè de eo rectè dicitur, qui ædificium ponit in alieno ſolo vel areâ, id eſt, qui aliquid in re petitâ nunc primùm inſtituit, utiliter quidem, at non neceſſario: cum res petita eo carere potuerit, ut ſalva & integra maneret nihilominùs. Sanè enim culpa eſt, inſtruere aliquid in re alienâ ſcientem, quod neſcias domino probari. Quid etenim, ſi dominus id antè non habuit, quia noluit habere? quid, ſi eo ſumptu carere voluit? Sed & donandi voluntas in hunc vere cadit, qui nullâ neceſſitate coactus, quid de ſuo

27 in alium contulit: cùm dicamus, donari videri, quod nullo jure cogente conceditur. *l. alleg. l. donari. 29. ff. de donationibus.* Nihil horum dici poteſt de eo, qui ad rem petitam conſervandam accedens, impen-

28 ſas fecit ad eam tuitionem neceſſarias. Nam primò nulla culpa ei imputari poteſt, qui neceſſitate rei petitæ impulſus de eâ quid utiliter ſtatuit. *l. item si 15. §. 1 ff. de rei vindicat.* Multò minùs culpa eſt, rem alioqui perituram, aut deteriorem futuram ſervaſſe: ubi potius culpa futura fuerit, eam curam omiſiſſe: *l. quipetiterio. 36. §. 1. ff. eod.* Deinde quod donandi voluntatem concernit: ſi rectè definimus, donari cenſeri, quod nullo jure cogente conceditur: perſpicuum eſt, hanc voluntatem in neceſſariis impenſis poſſeſſori objici non poſſe, quas ille neceſſitate rei tu-

29 endæ coactus fecerit. Quò & illud Modeſtini pertinet: neminem in neceſſitatibus liberalem exiſtere. *l. rem legatam. 18 in fin. ff. de adim. vel transf. legat.* Ita Donellus *libr. 20. Commentar. de jur. civil. cap. 7. pagin. 430.* iſta benè declarat. Cui ſuffragatur Hunnius *in reſolution. ad velum poſterius Treutleri. diſput. 18. th. 6. qu. 38. pag. 435. cum ſeq.* Et hæc de impenſis neceſſariis.

Utilium impenſarum diſſimilis cauſa eſt tam in malæ fidei, quàm in bonæ fidei quoque poſſeſſoribus. 30 Utiles impenſas bonæ fidei quidem poſſeſſor deducit: ſi modò, ut eas præſtare poſſeſſori queat rei dominus, rem ſuam, in quam impenſæ utiles factæ ſunt, vendere non cogatur. Nam ſi petitor ſive rei dominus pauper ſit, adeoque non habeat, unde ejuſmodi impenſas poſſeſſori refundat: licentia tantùm poſſeſſori conceditur tollendi ea, quæ utiliter impendit: niſi in rem venalem, aut expreſſâ, vel præſumpta domini voluntate, hæ impenſæ factæ fuerint. *l. ſin autem. 27. §. in rem petitam. 5. l. niſi. 29. eum l. ſeq. l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat. Cluten. libr. 1. diatrib. neve - Iuſtin. 18. quaſtien. 12.* Cæterùm 31 malæ fidei poſſeſſori utiles deducere impenſas haudquaquam conceſſum eſt: ſive is ab initio mala fide poſſedit, *de quo in praeſtatâ l. domum. 5. Cod. de rei vindicat.* ſive ab initio bona fide, ſed tùm ædificavit, & impenſas fecit, cùm cognoviſſet, aream eſſe alienam, *de quo in l. Iulianus. 37 ff. d. tit.* Cujus rei ratio *in hoc §. noſtro & in d. l. adeò. 7. §. ex diverſo. ff. de acquir. rer. dom.* hæc redditur: quòd ei, qui ſciens in alieno ædificavit, poteſt objici culpa, quòd temerè ædificarit in eo ſolo, quod intelligeret alienum eſſe. Neque ad modò allata jura rectè à non- 32 nullis reſpondetur: malæ fidei poſſeſſorem ſecundum ſtrictam quidem juris rationem utiles impenſas non recuperare: verùm ex benignitate ſive æquitate utiles impenſas illi reſtituendas eſſe, *Cujac. libr. 10. obſ. cap. 1. & in tractat. ad African. 8. in explicatione l. si fundus. 33. ff. locati. Borcholt. hic numer. 5. & ſequentibus.* Tum quia nulla lex in toto jure noſtro repentur, quæ in propoſito caſu inter jus ſtrictum & æquitatem diſtinguat. Quin potiùs leges & textus ſuprà adducti omnes indiſtinctè volunt; malæ fidei poſſeſſori nullam impenſarum utilium deductionem competere. *Tum* quia jus eſt ars æqui & 33 boni, definitore Celſo *in l. 1. in princip. ff. de juſt. & jur.* & æquitas maximè in jure ſpectari debet, teſte Paulo *in l. in omnibus. 90. ff. de reg. jur.* ac proinde 34 quod in legibus ſcriptum extat, id omne æquitatem ſapere credendum eſt. *Tum* quia, cùm exceptio do- 35 li mali, quæ æquitate nititur, *tot. tit. infra de excepti onib.* malæ fidei poſſeſſori denegetur, *hoc §. noſt. verſ utiq; ſi bona fidei poſſeſſor. & c. d. l. Iulianus. 37. ff. de re vindicat* conſequens eſt, æquitatem non ſuadere malæ fidei poſſeſſorem impenſas conſequi.

Huic ſententiæ non obſtat, quòd ſi malæ fidei poſſeſſor utiles impenſas non reciperet, dominus 36 rei locupletior redderetur, cum detrimento & incommodo malæ fidei poſſeſſoris, ut qui rem ſuam & meliorem & utiliorem & fructuoſiorem ſumptibus alienis haberet, *contra dict. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. & ſimiles præallegatas.* Quamvis enim dominus locupletior fiat ex iſtis malæ fidei poſſeſſoris impenſis utilibus: non tamen eum damno & injuriâ ejus locupletatur: quoniam damnum, quod is ſua culpa ſentit, ne quidem ſentire videtur, *vulgatâ l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.* Adde, quòd malæ fidei poſſeſ- 37

sor, cùm impensas, quas in rem alienam sciens fecit, domino rei donare voluisse intelligatur, *arg. hujus §. nostri.* de injuria ac dispendio, quod è sua liberalitate patitur, conqueri non possit, *arg. d. l. 1. §. usq; adeò 5. ff. de injur. d. l. nemo videtur. 145 ff. de reg. jur.*

38 Haud item nostræ assertioni contradicit *superius crebrò alleg. l. planè. 38. ff. de petit. heredit.* in cujus fine traditum est: etiam malæ fidei possessorem deducere posse impensas utiles, sive eas, quibus res hereditaria melior facta sit. *Loquitur namque* de malæ fidei possessore, hereditatis petitione convento, qui impensas à petitore hereditatis sibi præstari desiderare potest: secus est in eo malæ fidei possessore: qui rei vindicatione à vero domino convenitur. Ratio differentiæ in jure petitoris est posita. Nam in rei vindicatione petitor seu actor malæ fidei possessori, de impensis litiganti, *rectè* objiciet: eum non jure de impensis quæstionem movere: propterea quòd donare voluerit domino fundi: & quia domino: ergo ipsi actori, qui est dominus. Ast in petitione hereditatis malæ fidei possessori actor dicere nequit: sibi ipsi tanquam domino illum impensas donare voluisse. Non enim si petitor heres est, continuò est dominus rei hereditariæ: cùm fieri possit, ut defunctus non fuerit dominus.

39 Neque verò quisquam plus juris alii relinquere potest, quàm ipse habuit *l. nemo plus. 54 ff. de reg. jur.* nec successor alio jure uti, quàm ejus, in cujus locum

40 successit, *l. qui in jus 177. ff. eod. Donell. libr. 4. Commentar. de jur. civil. cap. 33. pagin. 315. & d. libr. 20 c. 7. pagin. 435. Ioan. Garf. in tractat. de expens. & meliorat. cap. 5. numer. 4. seqq. Hunn. in resolut. ad vol. poster. Treutler. disp 18. thes. 6. quæst. 40. pagin. 437. cum seq. & d. lib. 2. var resolut. tr. 1 quæst. 24. Frantzkius exercitat. juridic. 4. quæst. 5. numer. 8. & seq. pag. 99.* Vide D. Bocerum *hic num. 19. & sequentib. ubi dictam l. planè. 38. ff de petit. heredit. aliter exaudit atque explicat.* Vide quoque Ioann. Baptistam Costam *de facti scientia & ignorant. cent. 1. distinct. 34. num. 37 & aliquot sequentibus. fol. 346. ubi distinctionis fœdere dictam l. demum. 5. C. de rei vindicat cum d. l. planè. 38. ff. de petit. heredit. conciliari posse existimat.*

41 Quamvis autem malæ fidei possessor, cum quo speciali in rem actione agitur, id, quod in rem petitam utiliter tantùm, non necessariò impendit, reperere aut deducere nequeat: hoc tamen num ei relinqui placuit, ut quod posuit in alieno, liceat ei tollere sive auferre: dummodo sine rei petitæ detrimento & læsione facere id possit, eoque sublato, ipse aliquid lucri consecutus sit, cujus æstimationem petitor non offerat. *dict. l. Iulianus. 27 & dict. l. in fundo. 38 ff. de rei vin-*

42 *dication. dict. l. domum, 5. Cod. eod.* Quæ duo, deducere scilicet, & tollere, valdè differunt. Deductionis enim potestas illa est: ut non, nisi priùs oblatis impensis, peti res possit. At qui deducere non potest, prætextu impensarum rei restitutionem recusare non potest, sed tantùm quas fecit, tollere; si modò (*ut jam dictum*) sine rei, cui accesserunt, dispendio & læsione tolli queant, *Anton. Fab. libr. 2. conjectur. c. 1. circa medium. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 26. & dic. 1. Treutler. vol. 2. disp. 20 th. 6. lit. B. ibiq. Bachovius in suis not. in vers. utiles tollit. p. 231. Cluten. d. diatribe novo Iustin 18 q 13. Schegk disp. 5. th. 90. Hunn. d. lib. 2 var. resol. jur. civ. tract. 1. q. 25. & d. resol. ad volum. poster. Treutleri disp 18. th 6. quæst. 41. p. 439. Locamer quæst. iuridicar fascic. 17. quæst. 3.*

Neque huic resistit, quod si permitteretur malæ fidei possessori utiles tollere impensas, nulla foret differentia inter eum & bonæ fidei possessorem; cum & huic utiles impensas tollendi & auferendi potestas côcedatur. *d. l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat.* Etenim malæ fidei possessori utiles impensas duntaxat tollere permittitur, idque certis quibusdam condicionibus, ut suprà *num. 41. ex d. l. 38.* ostensum. At bonæ fidei possessori non solùm tollere, sed etiam deducere, ac beneficio exceptionis doli mali retinere illas permittitur, *hoc §. nostro.* 43

Consimili ratione non obloquitur *hic §. noster*, in quo claré dispositum est eum, qui malâ fide possidens ex sua materia ædificavit in alieno, & materiæ proprietatem amisisse, quasi suâ voluntate alienarit, & nec materiæ pretium, aut mercedes fabrorum à domino consequi posse. Nam *in hoc §.* non simpliciter dicitur: eum, qui in alieno solo ex suâ materiâ sciens ædificavit, materiam & quidquid in ædificium contulit, alienasse, hocque modo donâsse videri: sed hactenus videri eum id fecisse, ut nec sublato ædificio materiam vindicare, tanquam ejus dominus; nec materiæ pretium, & mercedes fabrorum petere possit. Quæ sanè facilè conceduntur omnia. Verùm hic non subsistendum est: sed progrediendum longiùs, & videndum, an illi rem petitam adhuc possidendi saltem exceptio danda sit, quâ ei tollere ædificium sine detrimento rei petitæ permittatur. De quo cum nihil specialiter in nostro hoc § comprehensum sit: id, quod de eo apertè aliis locis traditum invenitur, sequendum est, & in eo illud Theodosii & Valentiniani usurpandum: Quicquid hoc § specialiter non expressum: id aliarum legum, constitutionumque regulis relictum intelligi debere. *l. præcipimus. 32. § fin. C. de appellat.* Sed vide Fachineum *prædicto lib. 1. controver. c. 55.* D. Besoldum *in delibat. jur. ex lib. 6. Pandect. tit. 1. num. 4. p. 493 cum seq.* Gilkenium *in tract. de impens. d. part. 1. c. 2* & Justum Reifenbergium *disp. innovat â. 1 th. 11. p. 7.* qui de impensis utilibus, per malæ fidei possessorem auferendis, varias & diversas Interpretum opiniones enumerant. 44 45

Porrò voluptuarias quoque impensas bonæ fidei possessor per doli exceptionem servat. *l. utiles 39 § 1. ff. de petit. heredit. l. pro voluptariis. 9. ff de impensis, in res dotal. fact.* Malæ autem fidei possessori istas impensas duntaxat tollere & abradere licitum est: modò id sine rei damno & dispendio fieri possit. *d. l. utiles. 39. §. 1. in fine. ff. de petit. heredit. Cujac. libr. 10. observat. cap. 1. in princ. Anton. Fab. d. lib. 2. conject. cap. 1. Alciat. in sf. citat â leg. impensæ. 79. numer. 9 ff. de verborum significat. Mynsing. hic in vers. certè illud, numer. 9 Obrecht. in Disputat. de rei vindicatien. part. 2. th 185. Treutler. d. volum. 2. disp. 20. thes. 6. lit. B, in vers. idem in Voluptuariis: ibique Bachovius pagina. 232. Althus. libr. 1. Dicæolog. cap. 40. num. 9. pagin. 150. Menoch. de recuper. possess. remed. 15. numer. 544. & seq.* 46

& seq Schrader. in tract. feud 2. part. 9. partis princip. sect. 2. num. 75 pluresq; alii ab eo in hanc rem laudati. Eâdem de re variè, & quidem non sine acumine, disputat Gilkenius *in praelleg. tractat. de impens. part. 4. cap. un. nu. 11. 12 13 & seqq.* Canecrius *d. part. 3. variar. resolut. jur. cap 6. num. 30 & seqq. fol. 149.* itemq; Vngepaur *exercit. Iustin. 6 quaestion. 1. 2. 3 & 4. p 253. & seqq. edit. ult.*

47 Postquam ergò, quae impensae deduci possint, diximus: reliquum est, ut & de juris remediis, quibus illae serventur, videamus. Et quidem alia sunt remedia, si is, qui impendit, rem adhuc possideat: alia, si ipse dominus ejus possessionem jam adeptus sit. Priori casu, si rem suam dominus petat, possessori competit pro conservatione impensarum, vel retentio ei per exceptionem doli, *ut hic in dict. vers. certè illud dict. l utiles 39. §. 1. ff. de petit. hered. l si in area 33 in fin ff. de condict. indeb. l. Paulus 14 ff. de doli mali except. praedictâ l in hoc judicium. 14. § 1. ff. commun. divid.* vel imploratio officii judicis: *dict. l. planè. 38. vers. & id ipsum. ff. de petit. hered l bonâ fide. 11. in fin. ff. de noxalib. act. l. sumptus. 48 ff. de rei vindicat.* vel operis facti deductio sive ablatio *d l. Iulianus 37 ff. de rei vindicat. & d. l. domum 5. Cod. eod.* Posteriore verò casu, pro rei conditione alia atque alia competunt remedia. Si enim ille, qui impendit, rem ex contracto quodam negocio à domino nactus sit, impensas suas actione ejusdem contractûs repetet: veluti actione ex conducto, si in rem à domino conductam necessariò vel utiliter quid impenderit, *leg dominus, 55. §. 1. leg. colonus 61. ff. locati.* contrariâ depositi actione, si in rem depositam. *l. actione. 23 ff. depositi*: utili communi dividundo actione, si in rem communem, & sic deinceps. *dictâ l. in hoc judicium. 14. §. 1. vers quae cùm ita sint. ff. commun. divid.* Quòd si aliquis in rem alienam negocii alieni gerendi causâ, necessarios utilesvè sumptus fecerit: sive sciat, sive ignoret, ad quem pertineat, eos actione negociorum gestorum obtinebit. *d. l. in hoc judicium 14. §. 1. vers. at cùm puto ff. eod. & t. t. ff. & C. de negot. gest.* Sin autem quispiam non alieni negocii gerendi gratiâ, in rem, quam vel sciebat esse alienam, vel ignorabat, & suam esse eandem putabat, bonâ fide quid necessariò vel utiliter impenderit, remque domino absque impensarum deductione restituerit, licèt nullâ actione directâ eas repetere valeat: tamen propter aequitatem receptum est, ut ipse rei restitutae possessione incerti conditione â domino repeti, eaque recuperatâ, per doli exceptionem retineri tamdiu possit, donec dominus rem suam petens, ejusmodi impensas reddiderit *leg. qui exceptionem 40. §. 1. ubi Bartol. & alii ff. de cond. indeb. l. quod dicitur. 5 §. pen. ff. de impen. in rei dot. fact. l. heres. 21. ff. ad Senatuscons. Trebell. D. Bocer. class 5. Disput. 6 thes 13. & seqq. edit. 2 & in hoc §. nostro. num. 8. & seqq pag. 102. cum seqq.* De istis juris remediis videantur quoque Hunnius *d. resolut. ad vol. poster. Treutleri. disput. 18. thes. 6. quaest. 42. pag. 440. cum seq. & d. lib. 2 variar. resolut. jur. civ. tractat. 1. quaest. 26.* & Frantzklus *d. exercitat. jurid. 4. quaest. 5. pag. 94. & seqq.*

§. *Si Titius alienam. 31.*

Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit: si modò utroque casu radices egerit. Antè enim, quàm radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeò autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur: ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus. Ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quàm cujus in fundum radices egerit. Et ideò propè confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.

S V M M A R I A.

1 *Vbi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*
2 *Plantae cedunt solo, postquam coaluerunt, vel radices egerunt & num. 7.*
3 *Plantarum dominium ex radicibus aestimandum.*
4 *Quando planta sive arbor radices egisse intelligatur.*
6 *Intellectus l. si plures. 6. ff. arbor furtim caes. & l. ult ff. quod vi aut clam.*
6 *Confinium quid.*
7 *Arbor in confinio nata, communis est.*
8 *Sensus l. idem Pomponius. 5. § de arbore. ff de rei vind.*
9 *Vtrùm arbor in alieno posita, si à solo separetur, ad priorem dominum revertatur.*
10 *Differentia inter materiam, alieno aedificio junctam, & plantam sive arborem in alieno positam.*

Reguiae, quâ superficies cedit solo, tanquam ac- 1
cessio principali, primum exemplum est in aedificio, *de quo hactenus* Alterum est in planta sive arbore, *de quo in hoc §.* Et quia utrobique subest eadem ratio: meritò idem jus statuendum est. *l quaedam 9. §. nummularios ibiq; Gothof ed ff. de edend l, illud quaesitum. 32. ff ad l. Aquil.* In planta tamen seu arbo- 2
re videndum: an radices egerit, & cum solo coaluerit sive unitatem fecerit, ita ut inde alatur. Nam radicum 3
& coalitionis magna vis est; cùm in radicibus vita plantarum & arborum sit posita: proindeque harum dominium ex radicibus maximè sit aestimandum. *l. 3. § sed si quis. 3. ff. arborum furtim caesar l. hoc ampliùs. 9. § Alfenus 2 ff. de damn. infect. l. adeò 7. §. fin. ff. de acquir. rer. domin.* Vnde inquit hic Imperator: arbo- 4
rem vicini, si in Titii fundum omnes radices agat, fieri Titii, quasi arbor jus radicum sequatur: vel fieri communem, si utrinque sint radices. Intelligitur autem planta sive arbor radices egisse & coaluisse, si post id tempus, quo emori poterat, vivat & vegetetur: ut si quid ex se emittat, aut fructum ferat, *Donell. lib. 4. Comment. de jur. civ. cap. 34. in princ. pag. 316. D. Bo-*

cer. hic num.3 pag.79. Bruning. discurs. palæstra. Imperial. V. thes.8. ad lit. B.

5 Cæterùm non obstat *l. si plures 6. in fin. ff. arbor. furtim cæsar & l. ult. in princip ff. quod vi aut clam. cum similibus.* ubi habetur; & arborem, & radices ejus esse, in cujus fundo origo nata est; & non ejus, in cujus fundum sunt propagatæ. *Etenim* respondendum videtur, *secundum Giphanium hic in vers. adeò autem, &c.* non tantùm radices in jure dominii spectandas esse, sed & ipsum arboris corpus, sive truncum cum ramis: adeò, ut in cujus fundo est ipsum corpus vel arboris, vel vitis: ejusdem maneat, tametsi radices, vel etiam ramos aliquot in fundum vicini porrexerit: qui vicinus hac de causa, id est, quia vel rami vel radices suo vel agro vel villæ noceant, aut ne noceant, metus subest, varias actiones habet. Et ita loquuntur adductæ leges, ut perspicuè earum verba indicant. Ast hic, *ut & in dict. leg. adeò. 7. ult ff. de acquir. rer. domin.* intelligendum & dicendum est: non radices solùm, sed ipsum quoque corpus arboris, vel totum inclinasse, & pertinere ad fundum vicini; vel arborem ita esse positam, ut & radices & corpus utrinque participetur, ut fit in vers. *& ideò propè, &c.*
6 ubi dicitur, arborem prope confinium (Est autem confinium, *teste hic Hotomano*, spacium quinque pedum, lege XII. tabul. inter confines præstitutum) positam, fieri communem, putà si radices egerit, & partim etiam inclinârit in vicini fundum: vel si truncus arboris, quo tempore cœpit vitalis esse, utriusque prædii seu confinii terram presserit. Et ita quoque sentiunt Donell. *d. lib. 4. Comment. cap. 34. num 20. pag 316 & eum citant Hunnius in resolut. ad volum. poster. Treutleri. disput. 18. thes 6. lit E. quæst 41. pag. 444. & seq. vers. ad tertium, &c. Vide Bachovium hic num. 2, pag 255.*
7 Quid ergo, si arbor nata sit in ipso confinio, hoc est, in illo spacio quinque pedum; sive eo in spacio, quod est interjectum inter duos agros affines? Et Paulus ait: eam quoque fieri communem, pro diviso tamen, id est, ut fiat utriusque pro modo seu regione cujusque agri. *l. arbor, 19 ff. commun. divid.* Eàdem etiam de re videre licet eundem Hotomanum, *observation lib. 1. cap. 10. & lib. 5. cap. 3.* Hieronym. Magium, *Miscellan. lib 4. cap. 7.* Bachovium *in notis & animadvers. ad Treutler, volum. 2. disput 20. thes 5. lit. D. vers. alia hîc occurrit. pag. 211. & seq.* Johan. Baptistam Costam *tom. 2 tract. de ratione rata. quæst. 46 fol. 45.* Althusium *lib. 1. Dicæolog. cap. 39 nu. 27. pag. 148.* Georg. Martinium *in contrar. non contrar. Disput a. thes. 14.* Marcilium *hic*, & Olemannum ad *lib. 2. Disput jur. civ. Giphanii, Disput. 9. num 28.* Planè arbor vel planta, in alium locum translata, si semel radices egeris, proprietas ejus commutatur, id est, ita fit ejus, qui fundi est dominus, ut prioris domini esse desinat: adeoque prior iste dominus illam vindicare ampliùs nequeat, *d. l. hoc ampliùs 9. §. Alfenus. de dam infect.*

8 Nec in contrarium movet *l. idem Pomponius. 5 §. de arbore. 3. ff. de rei vindicat.* ubi expressum est: Varium & Nervam de ea arbore, postquam coaluit, utilem rei vindicationem dedisse. *Nam* suprà admonui *in § quòd si vis fluminis. 21. num. 7. hoc tit.* id commodè accipi posse de domino soli, in quo solo radices arbor egit. Is cùm post coalitionem dominium arboris sive plantæ nactus sit: rei vindicationem intentare potest adversus illum, qui arborem occupaverit. Quæ quidem utilis in rem actio ibidem appellatur, non ad differentiam directæ actionis, sed ratione effectûs, quem utilem directa vindicatio producit. Et quamvis arbor eruta sit postea, atque ita à solo separata: non tamen ad priorem dominum revertitur, ut per eum vindicari possit. Nam credibile est, alio terræ alimento sive coalitione aliam esse factam arborem. *l. sed si meis. 26. § arbor. 2. ff. de acq. rer. dom.*

Non adversatur §. *cùm in suo. 29. f. h. t & d l. adeò. 7. §. cùm in suo. 10. ff de acquir. rer. domin.* ubi materia sive tignum alienum, ex quo in solo alterius domus ædificata fuit, licèt interim durante ædificio vindicari non possit eo tamen diruto, ad priorem dominum materia redit, ut is vindicare eam queat. Cui consentit *l. in rem. 23. § item quæcunq. ff de rei vindic.* ubi accessio à re principali separata, ad priorem dominum revertitur. Non, *inquam*, adversatur. Etenim 9 10
accessio, vel materia alieno ædificio juncta, etsi quamdiu cohæret, à potiore parte trahitur: eadem tamen manet, nec penitus extinguitur. Quæ causa est, ut post separationem ad priorem dominum redeat. Arbor autem, vel planta, quæ terræ in alieno coaluit, non ea esse creditur, quæ priùs, sed alia, alieno novi soli alimento nova facta. *d. l. sed si meis. 26. §. arbor. 2 ff de acquir. rer. dom.* Itaque quemadmodum prior dominus eam cohærentem vindicare non potest: sic nec potest erutam, & à solo separatam: postquam utroque tempore pariter ejus esse desiit, *præallegat. l. hoc ampliùs. 9. §. Alfenus. 2. ff. de damnat. infect. Donell dict. libr. 4. Comment. de jure civil. cap. 34. pagin. 316. num. 40.*

§. *Qua ratione autem. 32.*

Quâ ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eâdem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterùm sicut is, qui in alieno solo ædificavit: sed ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundùm ea, quæ diximus. ita ejusdem exceptionis auxilio tutus potest esse is, qui alienum fundum sua impensa, bona fide consevit.

SVMMARIA.

1 *Fructus omnis non jure seminis, sed jure soli percipitur: ac proinde sata solo cedunt.*

2 *Quatenus bona & mala fidei seminator impensas sationis conservet, vel auferat.*

TErtium prædictæ regulæ, quâ superficies solo cedit, exemplum est de frumento, de cujus dominio

nio eadem est & ratio & jus; quod de plantâ sive arbore & ædificio, *hic, & l. qua ratione. 9. in princ. ff. de*
1 *acquir. rer. dom.* Unde eleganter Julianus ait: omnis fructus, non jure seminis, sed jure soli percipitur: & in percipiendis fructibus magis corporis, id est, ipsius soli jus, ex quo percipiuntur, quàm seminis, ex quo oriuntur, aspicitur. Et ideo nemo unquam dubitavit: quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes, & quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. *leg. qui scit. 25. in princ. & §. 1. ff. de usur.* Hincq; ortum trahunt vulgares versiculi:

Quicquid plantatur, seritur, sive ædificatur:
Omne solo cedit, radices si tamen egit.

2 Enimverò notandum est: ei tantum, qui fundum alienum coluerit ac conseverit, putans esse suum, id est, bonâ fide, dari exceptionem doli mali, qua impensas sibi conservare possit. Cæterùm si malâ fide quispiam in fundo alieno frumentum suum severit, exceptio isthæc ei non proderit; propterea quòd sibi imputare debeat, cur temerè alienum fundum coluerit atque conseverit. *hoc §. nostro l. fin autem. 27. §. in rem. 5. & l. sumptus 48 ff. de rei vindicat.* Quanquam malæ fidei possessori & seminatori fructus auferre liceat: nisi dominus agri sumptus refundat *leg. Julian 37 & l. seq. ff. de rei vindicat. leg. demum 5. Cod. eodem. Giphanius hic in vers. cæterum, &c.* Verùm fusius hac de re egimus *in §. ex diverso. 30 J. hoc tit. num. 41. & seq.*

§. Literæ quoque. 33.

Literæ quoque, licèt aureæ sint, perinde chartis membranisvè cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisvè tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit; hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuas libros, tuasvè membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis: poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali: utique si earum chartarum membranarumvè possessionem bona fide nactus est.

SUMMARIA.

1 *Literæ licèt aureæ chartis cedunt.*
2 *Objectioni respondetur.*
3 *Instantia diluitur.*
4 *An diversa sit charta & soli ratio.*
5 *Area præcipua pars domus dicitur.*
6 *Bonæ fidei scriptori quomodo ratione impensarum succurratur.*
7 *Insigne aliquod opus chartæ alienæ inscriptum, chartæ domino non cedit.*
8 *Hic §. hodie locum non habet.*

QUartum exemplum est literarum: de quibus ait Justinianus, eas quoque licèt aureas cedere chartis, sive membranis, tanquam accessionem principali, & accidens sive adjunctum subjecto, *l. in rem actio. 23.* 1
§. sed & id. 3. ff. de rei vind. l. 3. §. penult. ff. ad exhib. l. qua ratione. 9. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. Scriptura igitur seu literarum exaratio, chartæ quasi accessio est: charta quasi campus: stylus quasi vomis est; scriptura quasi sementis. Itaque Titinnius Comicus apud Carisium *libr. 1. osse arare campum cereum* dixit, intelligens scribere, *referente hic Theodoro Marcilio.* Unde si quis in chartis membranisvè alterius carmen, vel historiam, vel orationem scripserit; hujus operis non scriptor; sed is, cujus sunt chartæ, dominus erit. *hoc §. nostro. dict. l. qua ratione. 9. §. 1. ff. de acquir rer. domin. dict. l. in rem. 23. §. sed & id 3 ff. de rei vindicat. Cluten. libr. 1. Diatrib. nov. Iustin. 19. quæst. 1.*

Neque moverit, quòd accessorium præstantius & pretiosius sit ipso principali, Nam & purpura potest esse pretiosior vestimento, & ædificium singulari arte & opere elaboratum, potest esse pretiosius solo: & 2
nihilominus tamen vice accessionis illa vestimento; hoc autem solo cedit, *§. si tamen 26. & §. cùm in suo. 29 supr. hoc tit.* Neque oberit etiam, quòd charta sit 3
ex earum rerum numero, quæ utendo consumuntur, & in genere suo potiùs, quàm in specie functionem recipiunt: & idcirco quemadmodum, qui pecuniam, vel frumentum, vel vinum debet, si aliud ejusdem generis reddat, illud ipsum, quod acceperat, non verò aliud, restituere videtur, *ut audiemus ad princip. tit. inf. quib. modis recontrah. oblig.* ita quoque qui chartam aliam reddit, eam ipsam, quæ alterius erat, reddere intelligatur. *Etenim* quòd charta non sit res talis, cujus usus in consumptione consistat, notissimum est. Ad hunc siquidem usum charta est comparata, ut in eam scribatur. At dum in chartam scribitur ea non interit, aut consumitur; sed salva & integra in sua substantia manet. Id quod Imperator hoc loco satis perspicuè indicat, dum chartam cum solo confert. Sicut ergo solum, cùm in illud ædificatur, non consumi dicitur: ita nec charta, cùm in eam scribitur, consumi aut interire dici potest. Nec hanc responsionem enervat, quòd
diversa sit ratio chartæ & soli: *primùm*, ideo quòd 4
charta quidem, quando in eam aliquid scribitur, intereat & mutetur: area verò permaneat, nec ullâ ex parte
immutetur. *Deinde*, quòd charta non sit pars (*exem-* 5
pli gratiâ) historiæ Livianæ, aut carminis Virgiliani: ast area maxima & potissima pars domûs appelletur, *l. qui res suas. 98. §. aream 8. vers. non est his similis area ff. de solutionib.* Hoc, inquam, responsionem datam nō enervat: quandoquidem Justinianus hic haud obscurè negat, chartam interire aut mutari scripturâ, quando scripturam chartæ cedere affirmat. Si enim charta per scripturam interiret aut extingueretur, quâ ratione posset ei, tanquam principali, scriptura ut accessorium cedere? Adhæc ædificium non ideo cedit solo, quòd solum dicitur pars ædificii: sed propterea, quòd solum est principale, sine quo ædificium esse ac subsistere nequit. Cæterùm hanc ipsam rationem in charta quoque obtinere, plus quàm manifestum est. Et ita benè illud explicat D. Hunnius *lib. 2. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 27. & in resol. ad volum poster. Treutler. Disp. 28. thes. 4. quæst. 43. pag. 448.*

De

6 De impensis autem scripturæ idem est jus, quod de impensis ædificii & frumenti: scilicet bonæ fidei scriptori & possessori exceptionem doli relinqui, ut per retentionem rei impendium scripturæ consequatur.

7 *Quâ de re in §§ præcedentib. satis explicatum est.* Verum enimverò si quis imprudens inæstimabilia sui ingenii sensa & cogitationes chartæ alienæ inscripserit: non æquum videtur, ut chartæ domino, deductis impensis, eam cedat: sed sufficere, si pretium chartæ, & si quid forsan ipsius intersit, persolvat. Hæcque sententia multò magis hodie sequenda est, si quis in alienis fortè chartis egregium aliquod & insigne opus literis æreis transscripsisset, ut notant fere hic Francisc. Hotomanus & Bachovius, *pag. 287.* nec non Georg. Obrecht. *in eleganti disputat. de dominio. & modu acquir natur. thes. 307. & seq* huncque referens Bruningius *discurs. palæstra Imperial. 5. thes. 8. sub lit. D.* Planè 8 eùm nostro hoc seculo semper ferè scriptura multò pluris æstimetur, quàm charta: idcirco hunc § de consuetudine non obtinere, sed scripturæ chartam cedere, plerique tradiderunt. *Accurs. Azo, Mynsing. Schneidevvin. Bebio, Vultej. Thadæus Piso, & reliqui in hoc & seq. §. & in dict. l. qua ratione. 9. §. 1. ff. de acquir. rer. domin.*

§. *Si quis in aliena. 34.*

Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturæ cedere: aliis videtur, picturam, qualiscunque sit, tabulæ cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim picturam Apellis vel Parthasij in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Vnde si à domino tabulæ imaginem possidente, is, qui pinxit, eam petat: nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat: consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si bona fide possessor fuerit ille: qui picturam imposuit. Illud enim palàm est, quod sive is, qui pinxit, subripuit tabulas, sive alius: competit domino tabularum furti actio.

SVMMARIA.

1 *Superficies cedit solo, & adjunctum subjecto: item pictura quid.*
2 *Pictura num tabula cedat, an contrà.*
3 *Picturæ pretium non in tabula, sed in arte est positum*
4 *Ratio exceptionis regulæ, quòd adjunctum cedat subjecto.*
5 *Caij Institutiones a Gotthis depravatæ.*
6 *Quomodo domino tabulæ adversus pictorem, & vice versa, consulatur.*
7 *Quando tabulæ domino utilis vindicatio, quando item furti actio contra pictorem detur.*
8 *Si tertius quispiam tabulam pictam possideat, & uterq; & pictor & tabulæ dominus eodem tempore eam vindicet, uter alteri sit præferendus.*
9 *Quid juris, si ambo eodem tempore ad sententiam pervenerint.*
10 *De Apelle & Parrhasio nonnulla observatu perdigna adferuntur.*
11 *De Avibus, per picturam deceptis.*
12 *Elegans de Apelle historia.*
13 *Nulla dies sine linea.*
14 *Ne sutor ultra crepidam.*

QVintum regulæ illius, quâ dictum, superficiem cedere solo, & adjunctum subjecto, exemplum est 1 de pictura: quæ nihil est aliud, quàm animalium, aut alterius rei delineatio, adumbratio, præsentatio, vel idea quædam, auctore Althusio, *lib. 1. Dicæolog cap. 39. num. 26. pag. 148.* De ea innuit Imperator Iustinian. fuisse inter veteres Iurisconsultos controversiam; utrùm pictura tabulæ an contra tabula cedat picturæ. Nam Paulus, naturali ratione considerata, censuit, picturam cedere tabulæ; quia necesse sit, id ei rei cedere, quod sine ulla esse non potest, *l. in rem. actio. 23. §. sed & id. 3. ff. de rei vindic.* At Cajus, quem Justinianus hic sequitur, contrà statuit; tabulam nimirum cedere picturæ. *l. qua ratione. 9. §. 2. ff. de acquir. rer. domin.* His enim ridiculum visum est, præstantissimam nobilissimamque picturam in accessionem vilissimæ tabulæ cedere, *hoc § nostro.* cùm plerunque plus sit in 3 manus pretio sive artificio, quàm in re ipsa: & enim picturæ pretium non in substantia sive tabulâ; sed in arte sit positum. *l. mulieris. 13. ff. 1. & l. Labeo 14. ff. de verb signif.* Atque ita eorum sententia complectitur exceptionem à naturali regulâ. Ratio exceptionis este tum quia in pictura singularis ars intervenit, *dict. l. Labeo. 14. ff eod.* Tum quia pictura, tanquam singulare 4 aliquod opus, non simplex tabulæ accessio, sed specificatio quædam, formam tabulæ addens (ut non ampl. ius tabula, sed pictura sive imago sit) esse videtur. *Ioan. Goeddæus in dict. l. 14. num 22 ff. dict. tit. Wegner. Disput. 4 thes. 7. ad lit a. in fine.* Tum etiam quia picturæ singulare indultum est privilegium, quo liberalium artium Professoribus pictores exæquantur *l. archiatros 8. Cod de metatis, &c.* Tum postremò quia & aliàs interdum, ob insignem artis præcellentis peritiam, à communibus regulis recedi solet, *argum. l. ad bestias. 31. ff de pœnis. Alciat. libr 1. de verbor. signific. num. 51. Iulius Pacif. centur. 3. ἐναντιοφανῶν. quæst. 43*

Nec sententiæ Caij & Justiniani contradicit idem Cajus *tit. 1. lib. 2. suarum Instit §. item regulariter.* ubi expressè habetur, statutum esse, ut tabulæ pictura cedat. *Etenim* istæ Caij Institutiones ad nos puræ & in- 5 tegræ non pervenerunt: sed à Gotthis immutatæ fuere atque depravatæ: & proinde contra Pandectas seu Digesta, quorum multo tersiora & pleniora sunt fragmenta, aut Justinianum nostrum nihil probant: præsertim cùm nulla Imperatoris auctoritate suffultæ vel confirmatæ sint, ut rectè, *post Cujacium*, sentit Anton. Matthæus *hic in fine*, & Gilkenius *num. 3.* Quamvis hic, cum nonnullis aliis, in eo graviter erret, quod incon-

considerate constituat. dictam *l. in rem. 23 §. 3. ff. de rei
vindic.* cum hoc § nostro conciliari nullo pacto pos-
se: cùm tamen cuivis penitiùs attendenti facilè cer-
nere liceat. *in modo designata l. 23* regulam tantùm,
in præsenti verò §. exceptionem à regula proponi,
*Hunnius in resolut. ad volum. poster. Treutleri. disput.
18. thes. 6. quæst. 44. pag. 442.* Atque istâ de re diver-
sas diversorum opiniones cumulârunt *D. Arumæus
Exercitat. Iustin 4 thes. 18. Georg. Martinius in con-
trar non contrar. Disp. 2. thes. 15. D. Bocer. in hoc §. nost
Kubach. cent. 2 quæstion. illustr. Politico jurid decurs.
5. quæst 1. pag. 381. cum seqq. Brunengius discurs. pala-
stra Imperial. 5. thes. 8. sub lit. E. Vngepaur exercit. Iu-
stin. 5. quæst. 10. pag 233 cum seq edit ult. D. Besold in
delibat. jur. ex libr. 6. Pand. tit. num. 2 pag 489. cùm
seq. Reisenberg disput. innovatâ 1. thes. 13 & Nicolaus
de Passerib. à Genoa in conciliat leg. in jure civ. con-
trariar. pag. 77. & seqq. edit. 1* qui tamen, omnium a-
liorum opinionibus damnatis, tandem *num. ult.* no-
stræ, ex Pacio desumptæ, interpretationi subscripsit.
Et licèt hanc interpretationem sive conciliationem in-
eptitudinis arguat Bachcovius *hic pag. 289. itemq. in
not. & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disput. 20.
thes. 6. lit K. pag. 240 cum seq.* eam tamen amplecti
malo, quàm Paulum & Cajum revera dissensisse sta-
tuere, contra pronunciatum Divi Justiniani *in l. 1. §.
nulla. 8. & l. 2. §. contrarium. 15. Cod. de vet. jure
enucleand.*

6 Cæterùm ne tabulæ dominus proprietate rei om-
ninò cadat: idcircò licèt pictor, utpote jam dominus
factus, tabulam vindicatione directâ petere possit, si
fortè dominus tabulæ eam possideat: cogitur tamen
pictor pretium tabulæ solvere. Quòd si minùs fece-
rit, per exceptionem doli mali submovebitur. At si pi-
ctor tabulam possideat: datur domino tabulæ utilis
contra eum vindicatio: quo casu impensam picturæ
solvere dominus tenetur. Quod si non faciat, per ex-
ceptionem doli mali à pictore repelletur, *hic & d. l.
qua ratione. 9. §. 2. ff. de acquir. rer. domin.* Si tamen
malit pictor; tabulam, oblato ejus pretio, retinere
poterit, *secundùm Accursium, Plateam, Mynsingerum,
Schneidevvinum, Pisonem, Ritterhusium, & alios in*
7 *hoc §. nostro.* Tum demum autem ei, qui tabulæ do-
minus fuit, utilis in rem actio contra pictorem com-
petit: si pictor bonâ fide pinxerit, id est, si tabulam
non surripuerit, aut si suam esse putârit. Nam si
surripuit; contra eum furti datur actio: quæ non
tantùm domino, sed & ei, cujus interest, licèt do-
minus non sit, conceditur, *§. furti autem actio. 13. in-
frà de obligationibus, quæ ex delicto nascuntur. Vi-
de Locamerum quæstionum juridicar. fascicul. 18.
quæst. 2.*

8 Portò haud inconvenienter quæri potest: si tertius
aliquis pictam tabulam possideat, & existant eodem
tempore dominus tabulæ & pictor, qui rem à posses-
sore vindicent: uter alteri sit præferendus? Et licèt ple-
rique existiment, pictorem præferendum esse, eò quod
directam habeat actionem, cùm tantùm utilem ha-
beat tabulæ dominus, *Accurs. in d. l. 9. § sed non uti. 2.
in verb. placuit. ff. de acquir. rer. domin. & ibidem*
alii: non tamen desunt, qui autumant, parem utri-
usque causam in hac re haberi debere, sicque utrum-
que admitti ad agendum; sed meliorem esse condi-
tionem occupantis, id est, ejus, qui prior ad sententi-
am pervenerit. *l. 3. ff. quod cum eo, qui in alien. pote-
stat. &c. l. is, à quo. 37. ff. de rei vindicat. l. pen. ff. de
heredit. petit. l. si pariter. 9. ff. de liberali caus. l. si quis
servum. 8 § certam 4. ff. de legat. 2. Donellus libr. 4.
Commentar. de jure civ cap. 36. pag. 320. nu 40. eumq.
laudans D. Bocerus hic num 19. pag. 87.* ubi subjicit, 9
ita se idem casu ferè simili aliquando consultum, re-
spondisse. Quid verò statuendum, si ambo eodem
tempore ad sententiam pervenerint, ut unus declare-
tur dominus tabulæ, alter picturæ? Hoc utique casu
jubebit judex, tabulam pictori restitui: ita tamen, ut
simul domino tabulæ eadem sententiâ prospiciatur,
id est, eâ lege, ut precium tabulæ domino ejus præ-
stet. Sic enim directæ vindicationi plus tribuet, si à
pictore initium fecerit. Quòd si pictor neget, se pre-
cium tabulæ præstare velle, quia gravetur hîc quid-
quam impendere: jubebit judex, dominum tabulæ
auferre tabulam eâdem lege, ut pictori precium picto-
ri exolvat. At si neuter hanc conditionem in se reci-
pere volet, ut quidquam præstet alteri: ipsi in eandem
rem concurrentes, quàm simul obtinere non pos-
sunt, mutuo concursu se impedient, *argum. l. quo-
tiens. 34. in princip. ff. de usufruct. Atque ita diser-
tè docet Donellus. dict. libr. 4. Comment. cap. 36.
in fine.*

Tandem quia in textu præsenti Apellis & Parrha- 10
sij, duorum insignium pictori, fit mentio: de utro-
que nonnihil admonendum erit. Parrhasius igitur E-
phesinatus. primus symmetriam picturæ dedit; pri-
mus argutias vultùs, elegantiã capilli, venustatem oris
expressit: & confessione artificium in lineis extre-
mis palmam adeptus est. Is ascendisse in certamen
cum Zeuxide (Heracleote, pictore suâ ætate maxi-
mo) traditur: & cùm Zeuxis detulisset uvas dictas 11
tanto successu, ut in scenam aves advolerent, Parrha-
sius fertur detulisse linteum pictum, ita veritate re-
præsentatâ, ut Zeuxis alitum judicio tumens, flagita-
ret tandem remoto linteo ostendi picturam; atque in-
tellecto errore, concederet illi palmam ingenuo pu-
dore: quoniam ipse volucres fefellisset: Parrhasius
autem se artificem. Fertur & postea Zeuxis pinxisse
puerum uvas ferentem ad quas cùm advolassent a-
ves, eâdem ingenuitate processit iratus operi, & dixit:
uvas meliùs pinxi, quam puerum. Nam si & hunc
consummassem, aves timere debuerant. Ad Apellem
Patriâ Coum, quod attinet: omnes is prius genitos,
futurosque postea artificio superavit, & picturæ plura
solus propè contulit, quàm cæteri omnes. Illud sci- 12
tum, notatuque dignum est, inter eum & Protoge-
nem (pictorem nobilem, patriâ Caunium) quod ac-
cidit. Iste Rhodi vivebat: quò cum Apelles adna-
vigasset, avidus cognoscendi opera ejus, famâ tan-
tum sibi cogniti, continuò officinam petiit. Aberat
ipse, sed tabulam magnæ amplitudinis in machina a-
ptatam picturæ, anus una custodiebat. Hæc Proto-
genem foris esse, respondit, interrogavitque, à quo

quæsitum diceret. Ab hoc, inquit Apelles: arreptoque penicillo lineam ex colore duxit summæ tenuitatis per tabulam. Reverso Protogeni, quæ gesta erant, anus indicavit. Ferunt, artificem protinus contemplatum subtilitatem, dixisse, Apellem venisse: non etenim cadere in alium tam absolutum opus: ipsumque alio colore tenuiorem lineam in illa ipsa duxisse: præcepisseque abeuntem, si redisset ille, ostenderet, adjiceretque, hunc esse, quem quæreret: atque ita evenit. Revertitur enim Apelles, sed vinci erubescens, tertio colore lineas secuit, nullum relinquens amplius subtilitati locum. At Protogenes victum se confessus, in portum devolavit, hospitem quærens: placuitque, sic eam tabulam posteris tradi, omnium quidem, sed artificum præcipuo miraculo.

13 Sed & Apelli fuit perpetua consuetudo, nunquam tam occupatam diem agendi *ut non lineam ducendo exerceret artem*: quòd ab eo in proverbium transiit. Idem perfecta opera proponebat in pergula transeuntibus; atque post ipsam tabulam latens, vitia, quæ notarentur, auscultabat; vulgum diligentiorem judicem, quàm se, præferens. Feruntque, à sutore reprehensum, quòd in crepidis una intus pauciores fecisset ansas; eodem postero die superbo emendatione pri-

14 stinæ admonitionis cavillante circa crus, indignatum prospexisse, denunciantem: *ne supra crepidam sutor judicaret*: quod & ipsum in proverbium venit. Verùm de hoc, & aliis plurimis iisque celebratissimis. Artificibus prolixè & egregiè disserat C. Plinius *libr. 35. natural. histor. cap. 9. & seqq.* itemque Balthasarus Castilio *libr. 1. de Curiali sive Aulico, ex Italico sermone in Latinum converso à Bartholom. Clerke, Anglo pag. 82. & seqq.*

§. *Si quis à non domino. 35.*

Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliavè qualibet justa causa æquè bona fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Et ideo si posteà dominus supervenerit, & fundum vindicet; de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei verò, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licèt consumpti sint, cogitur restituere.

S V M M A R I A.

1 *Perceptione fructuum acquiritur jure naturali rerum dominium.*
2 *Dominus rei a se possessa fructus indistinctè omnes lucratur.*
3 *Fructus quid sint, & unde.*
4 *Fructus duplices.*
5 *Civiles fructus qui sint.*
6 *Naturales fructus qui.*
7 *Naturales fructus rursus duplices.*
8 *Qui sint fructus merè naturales.*
9 *Fructus naturales industriales qui, & cur ita dicantur.*
10 *Naturalium fructuum distinctio, qua deducuntur in merè naturales & industriales, contra Corasium defenditur.*
11 *Primum Corasii argumentum.*
12 *Secundum argumentum.*
13 *Diversa fructuum industrialium & partûs mulieris ratio.*
14 *Tertium Corasii argumentum.*
15 *Deus dat incrementum.*
16 *Quartum argumentum.*
17 *Quintum argumentum.*
18 *Cujusq; rei proxima & principalis causa spectanda.*
19 *Ad primordium rei posterior formatur eventus.*
20 *Principium cujusq; rei est pars potissima & præcipuè attendendum.*
21 *Sextum Corasii argumentum.*
22 *Septimum & ultimum argumentum.*
23 *Ex separatis & diversis male arguitur.*
24 *Fructuum naturalium in genere, subdivisio.*
25 *Fructus futuri qui.*
26 *Fructus pendentes sive stantes: ibiq; maturi, vel immaturi.*
27 *Fructus percepti*
28 *Fructus percipiendi.*
29 *Fructus consumpti*
30 *Fructibus consumptis opponuntur extantes: itemq; fructus alii aridi, alii liquidi: alii veteres, alii recentes.*
31 *Quis dicatur bonæ fidei possessor.*
32 *Bonâ fide etiam is possidet, qui rem accepit ab eo, quem jus alienandi habere putat.*
33 *Malæ fidei possessor quis.*
34 *In dubio quis bonâ fide possidere præsumitur.*
35 *Bonæ fidei possessor fructus perceptos indistinctè omnes, tam naturales, quam industriales, suos facit.*
36 *Germanus intellectus & explicatio l. bonæ fidei. 48. ff. de acquir. rer. domin.*
37 *Naturales fructus industrialibus opponuntur: & quis sit effectus revocabilis perceptionis.*
38 *Bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus idem jus habet, quod dominus prædiorum.*
39 *Usufructuarius omnes fructus, & naturales, & industriales, facit suos.*
40 *Consideratio l. in pecudum. 28. ff. de usur. & num. 62.*
41 *Sententia l. sed & loci. 4. §. post litem. ff. fin. regund.*
42 *Bona fides veritati comparatur.*
43 *Fructus etiam naturales curam quandam & culturam desiderant.*
44 *Verus sensus l. fructus 45. ff. de usur.*
45 *Donatio inter conjuges prohibita*
46 *An fructuum industrialium, & quæ donatio inter conjuges licita.*
47 *An & quatenus bonæ fidei possessor dari possit, qui titulo careat.*
48 *Possidens pro suo, est bonæ fidei possessor absq; titulo.*
49 *Pronomina possessiva (meum, tuum, suum) significant regulariter dominium.*
50 *Consideratio l. adeò. 7. §. cum quis ex aliena ff. de acquir. rer. domin.*
51 *Bonæ fidei possessor loco domini habetur*
52 *Et quod bonæ fidei possessor tam extantes, quam consumptos fructus lucretur*
53 *Dictio (Si) conditionem importat, quæ præcisè adimpleri debet.*
54 *Lectio & interpretatio l. si pendentes. 27. ff. de usufruct.*
55 *Bonæ fidei possessor restitutione fructuum extantium nullum patitur damnum.*
56 *Intellectus l. quis sit. 25. §. ff. de usur. & l. bonæ fidei. 48. ff. de acquir. rer. dom.*
57 *Bonæ fidei possessor quatenus fructus percipiendo suos faciat.*
58 *Dominus interdum cogitur, rem suam alteri restituere.*
59 *Bonæ fidei possessor fructus extantes perceptione suos facit, donec per dominum evincuntur.*
60 *Nudæ proprietatis dominus interim efficitur dominus fructuum, qui postea ad usufructuarium jure dominii transeunt.*
61 *Non videtur perfectè alicujus esse, quod ex casu auferri potest.*
62 *Mens & declaratio l. in pecudum 28. ff. de usur.*

63 *In ambigua significatione accipienda est interpretatio, quæ vitio caret.*
64 *An instantiam respondetur.*
65 *Quoties duo per unum & idem verbum in eodem orationis contextu determinantur, pariter determinari necesse est: & quatenus ista hæc regula proc dat.*
66 *An bonæ fidei possessor fructus consumptos restituere teneatur, si locupletior est factus.*
67 *Dictio (non) verbo (potest) adjecta, præcisè negat.*
68 *Quis lucrari dicatur.*
69 *Leges generaliter loquentes, generaliter intelligendæ.*
70 *Leges non sunt accipiendæ de casibus perraro contingentibus.*
71 *Praxis communis non parum defendendum.*
72 *Inter judicia universalia & singularia distinguendum.*
73 *Fructus hereditatem augent, & ejus partis censentur,*
74 *Sententia l. si me & Titium. 32. ff. de r. b. credit.*
75 *Num error juris, quoad fructuum acquisitionem, bonam fidem inducat.*
76 *Errans in jure, bonam fidem non habet*
77 *Iuris ignorantia sive error, neq; lucro afficit, neq; damno eximit.*
78 *Consideratio l. sed etsi. 25. §. 6. ff. de petit. hered.*
79 *Inter bonæ fidei possessorem, & prædonem sive malæ fidei possessorem intermedius est, in jure errans.*
80 *Lex 2. C. si quis ignorans rem minor &c. de quo emptore intelligenda.*
81 *Facti error duntaxat bonam fidem inducit.*
82 *An bona fides ad fructuum acquisitionem omni tempore sit necessaria.*
83 *Consideratio l. qui scit. 25. §. ult ff. de usur.*
84 *Nulla in jure antinomia, quæ subtili ratione explicari nequeat.*
85 *Conciliatur d. l. qui scit. 25. §. ult. ff. de usur. cum l. bona fidei. 48. §. 1. ff. de acquir. rer. dom.*
86 *Aliud est, suum facere: & aliud, lucrari.*
87 *Quis capere dicatur.*
88 *Ad fructuum acquisitionem, præter bonam fidem, etiam justa causa requiritur.*
89 *Iusta causa quid significet.*
90 *Expositio l. 2. C. si quis ignorans, &c.*
91 *Titulus injustus pro nullo habetur,*
92 *Bonæ fidei possessor titulo carens, fructus percepientibus non restituit.*
93 *Malæ fidei possessor omnes omnino fructus, cujuscunq; generis sint, domino restituere cogitur,*
94 *Idq; verum est, sive possessionis titulum, sive non, habeat.*
95 *Sensus l. si fundum. 17. C. de rei vindicat.*
96 *Quod uni lege deest, ex alia supplendum.*
97 *Imperatores in suis constitutionibus ut plurimum ad casus certos rescribunt.*
98 *Argumentum ex constitutionibus Imperatorum petitum à contrario sensu, vel ab inclusione unius ad exclusionem alterius, est periculosum.*
99 *Cur malæ fidei possessor de omnibus omnino fructibus domino restituendis teneatur.*
100 *Heres etiam malæ fidei possessoris, ad omnes fructus restituendos cogi potest.*
101 *Iohannis Copi contraria opinatio diluitur.*
102 *Verus & genuinus intellectus l. 2. C. de fructib. & lit. expensis.*

1 DEcimus acquirendi dominii jure gentium modus, est *Bona fidei possessio*, sive fructuum perceptio, quâ fructus bonæ fidei possessor suos facit. Qui modus ut exactiùs rectiùsque intelligatur: ante omnia sciendum est; aut dominum ipsum rem suam possidere: aut alium, qui rem à non domino accepit, eam
2 possidere. Et illo quidem casu indubitatum est, dominum rei suæ, à se possessæ, fructus indistinctè omnes percipere & lucrari. *§. item ea. quæ 19. f. hoc tit. l. 2. l. item quæ 6 ff. de acquir. rer. domin. l. qui scit. 25 ff. de usur l. solum. 49. §. 1 ff. de rei vindic. l. in civile 12. Cod. eod.* Hoc verò casu inter fructus, & possessores distinguendum erit. Ad fructus (à frumine dictos, quasi 3 frumine, id est, eminentiori sub mento gutturis parte vescamur, *secundùm Isiderum lib. 17. Etymolog. cap. 3. & 6. Barthol. Anglicanum lib. 17. de proprietate rer. cap. 74 hosq; referentem Iliconem Vmmium disput. 27. ad process. judiciar. thes. 1. num. 2.* vel à ferendo, seu potiùs fruendo: quòd rebus ex fundo perceptis fruamur, *auctore Varrone lib. 4. de ling. Lat. Iohanne Bellone in expositionib. etymologiar. in verb. fructus. Iacobo Curtio tom 1. conjecturar. cap. 21. lib. 1 Donello lib. 10. Commentar. de jure civil. cap. 8 Connano lib. 4. Commentar. juris civil. cap. 1. num 2. Gœddæo ad l. frugem. 77. num. 1. ff de verb. signif. Iohan. Althusio lib. 1. Dicæolog. cap. 2. num. 1. & Arnoldo de Reyger in process. judiciar. Disput. 9. posit. 23.*) quod attinet: fructus hic accipimus pro accessione rei, quæ vel ex ipso rei corpore, vel ejus occasione, ad utilitatem hominis provenit, & percipitur, *per Rubric. tituli, ff. de usur. & fruct. & caus. & omnibus accessionibus. ibiq; in Paratit. Cujacius. leg. Imperator. 50 in fine. ibi, ex accessoribus. ff. ad Senatusconsultum Trebellian l. item si. 9. l. labores. 59 ff. de usufruct. leg. penult. ff. de usu & usufruct. legat. Vultejus libr. unc Discept. Schol. cap. ult. circa princ. D. Bocerus class 3. Disput. 4 thes. 6. edit. 2. & in §. item ea, quæ ex animalibus. 19 num. 8. suprà hoc tit. & in explicat. illustris quæstionis, de fructibus. num. 1 subjecta tractatui de crim. majest. item Schegk. in Delicatis juris. Disput. 6. thes. 5. & Alphonsus à Carranza in tractat. de part. naturali. & legitime. cap. 3, num. 18 pag. 223.*

Vnde cum Doctoribus duplices constituimus fructus: juris sive civiles, & naturæ seu naturales. *l. fructus 45. ff de usur l. si navis. 62. in princip. ibi, non natura provenit, sed jure percipitur. ff de rei vindicat. Schneidevv. hic num 3. Wesenbec. num. 8. Giphan. in Commentar. de divisionib. jur. thes. 24. Molin in consuetud. Paris. tit. 1 §. 1. gloss 1. num. 50. Vaconius à Vacun. lib. 2. Declarat. jur cap. 41. Valent. Guilielm. Forsterus lib. 2. tract. Iustin. Disput. 6. thes 29. & libr. singulari, de dominio. cap. 9. num 173. pag. 317. Matthias Stephani in tract. de offic. judic. li. 6. cap. 3. num. 3 pag. 706 Gœddæus in l. usura pecuniæ 121. num. 2. ff. de V. S Gars. in tract de expensat. & meliorat. cap. 23. num. 7. Gilken hic cap. 6, num. 14. Wegner. Disput. 4. thes. 8. ad liter. a. Hartmannus Hartmanni lib. 2. practicar. observat. tit. 32. observ. 1 num. 1. & diximus ad §. feræ igitur bestiæ. 12. num. 35. hoc tit.* Civiles fructus sunt, qui 5 non naturaliter ex ipso rei corpore proveniunt: sed jure & ex obligatione, sive conventione partium percipiuntur: ut sunt usuræ, pensiones. mercedes, salaria, vecturæ navium & jumentorum, cæteræq; obventiones: quæ propriè fructus non sunt, sed vicem fructuum obtinere dicuntur *d. l. usura. 121. ff. de V. S. l usura. 34. l. prædiorum. 36. ff. de usur. l. quod his verbis. 83. ff. de legat. 3. l. mercedes 29. ff. de her. pet. d. l. si navis. 62. ff. de rei vindicat. cum concordantibus.* Vide D Bocerum *in d. §. item ea, quæ ex animalibus 19. num. 15. supr. hoc tit. pag. 44* & Petrum Gilkenium *ad l. certum. 22. C. de rei vindicat. cap. 2. num. 6. & seqq. & cap. 3 per totum. & cap. 6 num. 28.* itemque Coralsium *lib. 5. Miscel.*

*stellaneer.jur.civ.cap.9.num.*10. & Ioachimum Cluten.*lib.1.diatrib.novo Instinian.*18 *quæst.*6. qui duo, post alios, fructus civiles exterminare temere conantur. Consule eâ de re Vmmium *d.disput.21.ad process. judiciar.thes.1.num.3.*

6 Naturales fructus sunt, qui ex re ipsa naturaliter enascuntur ac producuntur. *d.l.si navis.62. ff.de rei*
7 *vindicat.d.l.usura.121.ff.de V.S.* Et hi fructus iterum sunt duplices: nimirum merè sive simpliciter, & in specie naturales & industriales. *Accurs.Bartol.& Dd. in l.& ex divers.35. ff.de rei vindicat.Canonistæ in c. gravis.de restit.spoliat Ioan. Copus in tract.de fructib. l.1.tit.2.cap.3.Loriot de fructib axiom.16 Pinel.in l.2. part.2. cap. 4. num.52. Cod. de rescind. vendit. Molineus, Vaconius, Vultejus, & Gilkenius locis prallegatis.*

8 Merè naturales fructus dicuntur, qui sine præcipuo aut notabili aliquo hominis facto, ex corpore rei suâ sponte, & naturæ beneficio proveniunt: quales sunt, glandes, baccæ arborum, sylvæ cæduæ, poma, pyra, nuces, castaneæ, cerasa, mala persica, uvæ, fœnum, pecudum fœtus, lac, lana, pilus, & similia. *§. in pecudum.37.infr.hoc tit.l.in pecudum 28.d.l fructus.45 ff. de usur.l.pen in fin.ff.de pecul.l.pratū.31.ff.de verb.S.l. sequitur.4.§.lana.ff.de usuc.Scheg.k.d.disp.6. thes.8. Menoch.in tract.de recuperand.poss.remed.15.nu.577* tametsi is quoad lanam & lac, cum quibusdam aliis, aliter sentiat, adeòque sibi ipsi contrarius.*libr.2.de arbitrar. judic. cent.3.cas.210. num.26.* Sed videantur *Copus d.lib.1.tom.2.cap.2 & Vaconius à Vac.d.lib.2. cap.41.num.ult Achilles Personal.in tractat.de petit. hæredit. num.740.pag.529. Hartman. Pistor.libr.1. quæst 24.num 89.cum seq. Scipio Gentil.lib.2. de donat.int.vir. & uxor.cap.17.pag.216. Garf.d.tract.de expensat cap 23.nu 7.Vmmius d.disput.21.thes.1.nu.4 & novissimè Iohan.Blum.in disput.de fructib.posit.16.* Qui non usq; adeò insulsè existimant: arbitrio prudentis & circumspecti judicis committendum atq; dijudicandum esse, qui fructus pro naturalibus, vel industrialibus haberi debeant.

9 Naturales industriales fructus sunt; qui ex rei quidem corpore, potissimùm tamen hominis labore, industriâ, operâ, culturâ & curâ producuntur: ut sunt, frumenta, legumina, vinum, oleum, &c. ita dicti, quòd in his industria magis, quàm natura spectetur: ut in illis natura magis, quàm industria *d.l fructus 45.ff de usur.leg.si ejus fundi.78.ff.de rei vindicat. Castal.in advers.ad leg fructus.33.ff eodem Covarr. lib.1. variar. resolut. cap.3. num.6. pulchrè Gilkenius dict. cap.6. num.19. & seqq. & reliqui suprà relati Interpretes locis citatis.*

10 Quamvis autem Corasius *d.lib.5. Miscell.jur.civ. cap.9. num.5.* (quem sequuntur Petrus Grangianus *paradox.21.§.1.* & Cluten. *d.diatrib. novo Instin.18. quæst.6.*) isthanc fructuum distinctionem prorsus rejiciat, & omnes omninò fructus simpliciter naturales, nullos verò industriales, dicendos contendat: cùm tamen nostra sententia *d.l.fructus.45.ff.de usur.. & l. bona fidei.48.in princ.ff.de acqu.rer. dom. similibusq;* satis superq; fundata sit; Corasii, ejusq; asseclarum ar-
gumentis nihil planè moveri debemus. Quod enim 11
primò ait Corasius: naturam in omnium fructuum productione æqualiter operari, nec minùs subministrare necessaria ad procreationem, nutrimentum, & conservationem frumenti, vini, olei, aliorumq; fructuum, quos industriales vocant, quàm ad productionem pomi, nucis, ficus, glandis & cæterorum, quos naturales dicunt: *ad hoc rectè respondetur,* naturam quidem in productione fructuum industrialium, cum cura, industria, & culturâ hominum concurrere, sed non æqualiter cum hac operari: quoniam hominum industria potissimum facit fructibus istis producendis. Frumenta siquidem nunquā ager aliquis produceret, nisi agricola in eo sementem fecerit. Hinc fructus illi culturæ & curæ hominū adscribuntur, *hoc § nostr.* Hincq; operis & diligentiâ hominum acquiri, & ex facto eorum nasci atq; provenire dicuntur. *d.l fructus 45 ff. de usur.d.l.bona fidei.48.ff de acqu rer.dom.* Cùm igitur principalis industrialium fructuum causa sit hominis factum, cultura, cura & industria: meritò industriales magis, quàm naturales, appellitantur.

Secundò Corasii opinationem minimè juvat exem- 12
plum mulieris, non naturâ, sed per accidens sterilis, quæ concipere nequit, donec accidentalis illa infœcunditas, medici consilio aut industriâ abacta fuerit: sublato autem hoc impedimento, si filium nasci contingat, non filius industrialis medici, qui tamen pharmaco suo mulierem genuinæ fœcunditati restituit, causam sterilitatis auferens; sed filius naturalis dicitur ejus mulieris, quæ concepit, conceptumque novem mensibus gestavit, gestatum legitimo tempore edidit, editum educavit, nutrivit, aluitq;, non minore curâ, quā si sine ullo medici artificio productus in naturam fuisset. Ergo nec terræ fructus, operâ & industriâ agricolæ proveniens, industrialis fructus dici debet. Hoc, *inquam,* exemplum Corasii opinationem minimè juvat.
Quia diversa est fructuum industrialium & partus il- 13
lius, quem suâ industriâ medicus promovit, ratio. Opera siquidem medici non producit partum, sed saltem obstaculum producendi naturæ removet. Ast in fructibus procreandis accedit cura hominis, eaq; ceu causa principalis naturæ cooperatur. Præterea licèt partus ille nusquam industrialis nominetur: nihil tamen vetat, quo minùs ita vocari queat, cùm sterilitas mulieris, industriâ & arte medici, abacta & remota censeatur. Quemadmodum hominis memoria, quæ naturalis est, non usq; adeò insulsè ex eo, quòd artificio quodam excitata, perspicacior & acutior reddita est, artificialis memoria dici meretur: sic fructus, qui industria & operâ hominis provenit, haud ineptè fructus industrialis appellatur.

Tertiò pro Corasio nihil facit, q divus Apost. Paulus 14
1.*Cor.3 v.6.* scriptū reliquit *Ego plantavi. Apollo rigavit: sed Deus incrementū dedit. Itaq; neq; qui plantat, est aliquid, neq; qui rigat: sed qui incrementū dat, Deus.*
Id. refertur *in c.cùm non sit.33.ext.de decimis.* Ut ergo 15
Auditores verbi divini non sunt denominandi ab ipsis Ecclesiæ Doctoribus & ministris, qui summâ fide, curâ & operâ verbū Dei docent & propagant: ita nec fructus, qui facto & operâ sive industria hominis pro-

veni-

veniunt, industriales vocandi sunt: sed naturæ accepti ferendi, naturalesque dicendi erunt. Nihil, *inquam*, hoc pro Corasio facit. Quia divus Apostolus Paulus *allegato in loco* loquitur de fructu Evangelii spirituali, in quo producendo præcones & ministri verbi non *considerantur*, ut causa principalis et operans, sed tantum ut causa instrumentalis, *Actor. 9. vers. 15.* At verò in fructibus, quos industriales vocamus, producendis, bonæ fidei possessor, qui eos suos facit, non est causa instrumentalis, sed principalis cooperans. *d. l fructus. 45 ff. de usur. d. l. bona fidei. 48. in princ. ff. de acquir. rer. domin.*

16 Quartò Corasii opinionem haud confirmat, quòd rerum natura omnes fructus (quo signo universali etiam industriales demonstrari palàm est) hominum gratia comparaverit. *l. in pecudum. 28 ff. de usur. §. in pecudum. 37. in fine. infr. hoc tit.* ac proinde omnes fructus naturales nuncupandi videantur. *Nam* natura quidem omnes procreat fructus, sed diversimodè Naturales etenim sola natura, nullo hominis factò, curâ & industriâ accedente, procreat: industriales verò non sola natura, sed etiam, & quidem potissimùm, humana industria & cura producit.

17 Quintò Corasii sententiæ nihil opitulatur, quòd cu-
18 jusquè rei proxima & principalis causa sit spectanda, non verò remota, *argum l si quis. 4. ff. de reb. credit. l. navis adversa. 6. ff. ad leg. Rhod. de jact l 1 § idem Pomponius. 17. ff. deposit. l. quæritur. 10. ff. de stat. homin. l. 1. in princ. ff. de auctor. & consensu tutor.* Natura autem sit proxima ac principalis causa procreationis fructuum, non hominis industria. Ideoque fructus ex industriâ & facto hominis provenientes, non industriales, sed naturales potiùs dicendi sint. Nihil, *inquam*, hoc argumentum Corasii sententiæ opitulatur. Negatur *enim*; fructuum, quos industriales nominamus, causam principalem & præcipuam *esse* naturam: cùm ad illorum productionem primùm interveniat hominis opera in agrorum culturâ & satione: & postmodum ipsa natura operetur. Atqui ad primordium rei posterior formatur eventus. *l. unic in fin*
19 *C de imponend. lucrat. descript.* & initium cujusquè rei potissima pars est. *l. 1 ff. de orig. jur.* ac in omnibus reb'
20 & negociis initium præcipuè attendendum, atque secundùm illud de toto actu sive negocio judicandum est. *l 1. §. unde quærit. 9 ff. de exercit. act. l. Pomponius 13. ff. de negoc. gest. l. denique. 3. §. scio. 2 ibi, initio inspecto. ff de minorib d. l. 1. § idem Pomponius. 13 ff. depesit. l si procuratorem. 8. in princ. ff. mandati. l in ratione. 11. §. si filio. 6 ff. ad leg falcid. l. qui cum major. 14. § 1. ff. de bon. libert. l qui id, quod 33 in pr. ff. de don. l. justo. 44. § etsi. 2. ff. de usurpat. & usucap. l. clam possidere. 6. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess.*

21 Sextò nihil opis adfert Corasio textus *in d l. si navis 62. in fine princ. ff. de rei vindicac.* ex quà constat, quod fructus omnes in civiles & naturales dividantur. Fructus autem, qui industriales dicuntur, non sint civiles. Ergo sint naturales. *Nam* cùm *in d. l. navis. 62.* fructus dividuntur in civiles & naturales; tunc per civiles intelliguntur, qui non ex ipso rei corpore proveniunt & progignuntur, sed qui occasione rei, jure conventionis & obligationis civilis, percipiuntur, naturales verò, qui ex ipso rei corpore enascuntur: hique fructus naturales rursus duplices perhibentur: videlicet naturales in specie ita dicti, & industriales. *ut latiùs explicatum supra numer 5. & seqq.* Quare in isto argumento quatuor termini deprehenduntur: quoniam aliter fructus naturales in majori, aliter in minore propositione accipiuntur. In majore generaliter omnes dicuntur naturales, qui ex ipso corpore naturaliter producuntur: in minori verò specialiter illi, qui suâ sponte, absque hominum facto, à solâ naturâ proveniunt, *ut expositum supra num. 8.*

Postremò nihil suffragatur Corasii traditioni, quòd 22
quemadmodum non dicitur industriale lumen, quod ædibus meis ex facto vicini obvenit, deponentis altum suum ædificium, quod antea ædes meas obscurabat: ita nec industrialis dicendus sit fructus, qui ex facto & industriâ hominis nascitur. *Hæc namque* prorsus dissimilia sunt: quippe cùm ad lumen solis, per se considератum, nihil factum & industria hominis conferat: ad procreationem verò fructuum industrialium hominis
factum & industria conducat. Cùm ergò hæc similia 23
non sint, sed diversa: de uno ad aliud malè arguitur. *l. qui negocia. 34. in pr vers nec huic simile. ff mandati. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. vers. sed hæc dissimilia sunt ff. de verb. obligat l. qui fundum. 7. §. 1. sl è, propriam ac separatam conditionem habet. ff pro empt.* Atque ita rectè isthanc fructuum distinctionem, contra Corasium, ejusque Sectatores, defendunt Menochius *d. lib. 2. de arbitr. judic. quæst. cent. 3. cas. 210. num. 6. cum seqq.* Petrus Costal. *in advers. ad d. l. fructus. 33. num 13 ff. de rei vindic* Iohann. Del Castil. *in tract. de usufruct. cap. 36. num. 60. cum seqq* D. Collega Bocer. *in d. explicatione illustrium quæstionum, de fructib. num. 14. cum seqq.* & Hunnius *lib. 2. var resol. jur. civ. tractat. 1. quæst. 30. itemque in resolut ad volum. poster. Treutleri. disp 18 th. 5. quæst. 29. pag 413. cum seqq.* Sed & distinctionem illam, tanquam ex naturali ratione depromptam, comprobat Pub. Virgilius Maro *libr. 2. Georg. circa principium, hisce versibus:*

Principio arboribus varia est natura creandis:
Namque aliæ, nullis hominum cogentibus, ipsæ.
Sponte suâ veniunt, campósque, & flumina latè
Curva tenent: ut molle siler, lentæque genistæ,
Populus, & glaucâ canentia fronde salicta.
Pars autem posito surgunt de semine: ut alta
Castanea, nemorumque Iovi quæ maxima frondet
Esculus, atque habita Graiis oracula quercus.
Pullulat ab radice aliis densissima sylva:
Ut cerasis, ulmisque, etiam Parnassia laurus
Parva sub ingenti matris se subjicit umbra.
Hos natura modos primùm dedit: his genus omne
Sylvarum, fruticumque viret, nemorumque sacrorum.

Porrò fructus naturales in genere, rursus dividuntur 24
in futuros, in pendentes, in perceptos, in percipiendos, & in consumptos. *Matth. Stephani d. tract. de offic. judic. lib. 6. cap. 3. num 8. pag. 707.* Futuri fructus sunt, qui 25
nondum extiterunt: sequenti tamen tempore extituri sperantur: cujusmodi sunt foetus in utero, fruges an-

norum insequentium. l. quod in rerum. 24. ff. de legat. 1.
§. ea quoque. 7. infr. de legat. l. c. in fin. ff. de condit. &
demonstrat. leg. nec emptio. 8. in princ. ff. de contrahend.
empt. leg. & quæ nondum. 15 ff. de pignoribus, & hypoth.
26 l. interdum. 73. in princ. ff. de verb. oblig. Pendentes fru-
ctus (qui & stantes aliàs nuncupantur, l. fructus. 7. §. in-
terdum. 15. ff. solut. matrim. l. si apes. 26. ff. de furt. defi-
niuntur, qui jam quidem nati, & formati sunt; sed ter-
ræ aut solo, sive corpori adhuc cohærent. leg. fructus
pendentes. 44 ff de rei. vindic. l. arboribus 12. §. Julia-
nus. l. si pendentes. 27. ff. de usufruct. l. fin. §. non solum.
ff. quæ in fraud. creditorum, &c. Et hi sunt aut maturi,
aut immaturi. l. si servus 27. §. si olivam 25. ff. ad leg.
27 Aquil. Copus d. tract. de fructib. lib. 1. tit. 3. cap. 7. Perce-
pti fructus vocantur, qui terrâ teneri desierunt: vel po-
tiùs, qui à corpore, ex quo provenerunt, separati sunt,
neq; ampliùs eo continentur: quamvis adhuc humi ad
sub dio jaceant, neque ad usum translati sint, & ex illis
species aliqua facta sit. d. l. si ejus. 78 ff. de rei vind. l. si
fructuarius. 13 ff. quib. mod. ususfruct. amitt. l. in adi-
bus. 9. §. 1. de donationibus. d. l. qui scit. 25. §. 1. ff de u-
28 sur. Percipiendi sive non percepti fructus appellan-
tur, qui licet reverà in rerum naturâ nunquam fuerint:
fictione tamen juris certis casibus habentur pro perce-
ptis: quos videlicet possessor dolo vel culpa non per-
cepit: cùm tamen percipere potuisset, ac debuisset. d. l.
fructus 33. dict. l. si navis 62. ff. de rei vind. l. cum ser-
vus. 39. §. 1 ff. de legat. 1. §. et si in rem. 2. infr. de offic.
judic. l. sine herede 32. §. 2. ff. de administrat. & peric.
29 tutor. l. quicquid. 7. C. arbitrat. tutel. Consumpti
fructus dicuntur, qui ampliùs apud ipsum, qui eos
percepit, non extant, hoc §. & l. quæsitum. 40. in fin.
30 ff. acquirendar. rer. domin. quibus opponi solent
extantes, ut qui adhuc integri in bonis possessoris,
veluti in horreis, asservantur. l. si pignore. 22 § si prædo.
ff. de pignor. act. l. malâ fide. 3. C. de cond. ex leg. l. cer-
tum. 22. C. de rei vindicat. Sed & fructuum alii sunt
naturâ aridi & duri: quales sunt omnia legumina &
frumenta, veluti triticum, hordeum, avena, &c. alii
liquidi & molles; ut vinum, oleum, lac, & similes.
l. fin. circa finem ff. de jure. fisci. l. ult. §. 1. C. de servitu-
tib. & aq. Novell. 32 cap. 1. Alii denique fructus per-
hibentur veteres, prioris nempe anni: alii novi sive
recentes, qui præsenti anno percepti sunt. l. cum quid.
3. ff. de reb. credit. si cert. petit. l. ex usu. 10 & l. seq ff. de
tritic. vin. & ol. legat. Renger d. disput. 9. ad pro-
cess judic posit. 30. lit. A Johannes Blum de disputat.
de fructibus posit. 22. & seqq. Et de istis fructuum
speciebus, post Schneidewinum. num 3. Wesenbecium
numer. 8. aliosq; in hoc §. videndi quoque sunt Vul-
tejus d. libr. uno Discept. Scholastic cap. ultim. pagin.
mihi. 219. Ioan. Bellon. in d. expositionib. etymologiar.
verb fructus. Bocer. d. §. item ea, quæ. 19. supr. hoc
tit. numer. 66 cum aliquot seqq pag. 44. & dictâ ex-
plicat. de fructib. numer 24. & sequentib. itemq; dict.
class 5. disputat. 4. th. 10. cum quatuor seqq. Schegk.
d. disput. 6. thes. 9. Copus d. libr. 1. tit. 4. cap. 5. & 6.
Forster. dict. libr. sing. de dominio. cap. 9. numer. 173.
cum sequentibus pag. 317. & seqq. Matth. Stephani d.
tractat. de offic. judic. libr. 6. capit. 3. num. 3. cum seqq.
pag. 706. & seqq. Vmmius d. disputat. 21. th 1. num. 3.
& seqq. Martinus Bonacina in tract. de contractib. &
restitut. disp. 1. quæst. 3 punct. ult. num. 1. & 2 pagin. 105.
cum seq. Item Althusius d. lib 1. Dicæolog. cap. 2. num. 3.
& seqq. Atque hæc de distinctione fructuum.

Ad possessorem rei alienæ quantum attinet: distin- 31
guendum est inter bonæ fidei, & malæ fidei posses-
sorem Bonæ fidei possessorem eum intelligimus, qui
rem ab eo, quem vel dominum esse, vel saltem rei alie-
nandæ potestatem habere credidit, legitimè & sine
dolo est consecutus l. bona fidei 109 ff. de V. S. l. quacun-
que. 13 §. ult ff. de Public in rem. act. l. qui à quolibet.
27 ff. de contrah. empt. l. 3 ff. ad L. Fabiam de plagiar.
Neque enim is solùm bonâ fide rem possidet, qui se à 32
domino rem consecutum existimat: sed & qui ab eo
rem accepit sive consecutus est, quem novit dominum
non esse: existimat tamen, eum alienandi jus habere.
d. l. bona fidei. 109. ff de verbor. significat. E contrario 33
malæ fidei possessorem dicimus illum, qui rem non
esse ejus, à quo accepit, scivit: vel, qui læsam rei alienæ,
aut injustæ possessionis, conscientiam habet, §. de tit.
4. vers. deinde quia scit. infr. per quas person. cuiq; ac-
quirit. l. si ab eo. 12. l. non solùm. 33 §. 1 ff. de usurpat.
& usucap. l. qui fundum. 7. §. qui sciens. 5. ff. pro em-
ptore. leg. item veniunt. 20. § petitam. 11 ff. de heredit.
petit. l 2. Cod. eod. l. ultim. ubi Bartol. & Dd. C. unde
vi. can. si virgo. 34. quæst. 2. Wesenbec. hic numer. 15.
Constantin. Harmenopul. libr. 1. epitom. tit. 3. de actio-
on. & temporib. Forner. & Gœdd. ad d l bona fidei. 109
ff de verb. signific. eleganter Obrechtus part. 2. metho-
dica tract. de possession. thes 513. & seqq. In dubio au- 34
tem quis bona fide possidere præsumitur. l. quotiens.
18 § 1 & l. verius. 21. ff de probationib. l. penult. C. de
evictionib c. præsumitur. 47. de reg. jur. in 6. Idq; exacti-
ùs demonstrabitur ad principium tit infr. de usucapio-
nib n. 65. & seqq.

Ac sanè bonæ fidei possessor fructus omnes perce- 35
ptos sive separatos suos facit: adeòque nullos (non at-
tenta ulla inter naturales & industriales differentiâ)
domino rei restituere cogitur. Probatur hæc senten-
tia his argumentis Primum sumitur ex l. bona fidei.
48 ff. de acquirend rerum dominio. ubi Paulus Iuris- 36
consultus apertè docet, bonæ fidei possessorem non
tantum fructus industriales, hoc est, qui cura & facto
ipsius provenerunt, sed etiam naturales, qui suâ spon-
te absque ejus culturâ & opera nascuntur, suos facere.
Sic enim ait: bona fidei emptor non dubiè, percipiendo fru-
ctus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantùm
eos, qui diligentiâ & operâ ejus provenerunt, sed omnes:
quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est. Et
quanquam Gothofredus ibidem, Vsillus in §. omnium
1 numero. 74. infr. de actionibus. Scipio Gentilis libr.
1. de donat. inter vir. & uxor. Donellus libr. 4. Com-
mentar. de jur. civil. cap. 25. pag. 290. num. 30. & seq.
Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler. volum.
1. disput. 15. th. 11. lit. E & F. pag. 613. Vmmius dispu-
tat. 21. de process. judic. th. 3. num. 21. pag. 842. aliique,
Hugolinum & Accursium secuti, existimant: per vo-
cabulum istud omnes intelligi, non naturales, sed in-
dustriales, ab aliis satos, seu omnes, qui diligentiâ
& o-

& operâ bonæ fidei possessoris non provenerunt,
licèt alterius, tertii cujusdam, operâ & diligentiâ
provenerint: attamen verius est, quod alii commu-
37 niter docent, per voculam illam *omnes* non intelligi,
nisi naturales fructus. Cùm enim Paulus particu-
lam *omnes* opponat fructibus industrialibus: necesse
est, eos intelligi debere naturales. Naturales quippe
artificialibus seu industrialibus opponuntur, non i-
tem, qui à tertio quodam sunt sati Sed nec ratio sub-
jecta patitur, ut per istos *omnes*, intelligamus indu-
striales, ab aliis satos. Nam subjicit Iureconsultus:
*quod ad fructus attinet, bona fides possessor loco Domi-
ni penè est.* Atqui dominus naturales fructus haud
dubiè suos facit. *§. si Titius. 31. & §. seq. supr. hoc tit. l.
2. l. item, quæ 6. ff. de acquiren. rerum. domin.* Quin
& fructus, ab alio satos, bonæ fidei possessori non
tribui pro culturâ & curâ, non difficulter colligitur
ex præsenti §. nostro. qui solummodo de fructibus,
ipsius bonæ fidei possessoris culturâ & curâ perceptis,
disertè loquitur. Præterea positâ, non verò appro-
bata explicatione contraria, haud malè ita colligere
possumus: Si bonæ fidei possessor acquirit fructus,
alterius diligentiâ & operâ prodeuntes (quod vult ex-
plicatio ista, & constat aliàs ex *l. qui scit. 25. §. 1. ff. de u-
sur.* & iis, quæ dicturi sumus *infra ad num.* 38.) utique
sequitur, quod & naturales acquirat, Ratio consequentiæ
est perspicua: quia illi fructus, respectu bonæ fidei
possessoris, sunt instar naturalium; quos si dicas ali-
oquin ideo cedere domino fundi, quòd opera bonæ
fidei possessoris nulla intervenerit: cur ex paritate ra-
tionis quoque non industriales, ab alio excultos? Ita
tamen bonæ fidei possessor naturales, ut & industria-
les fructus, suos facere dicitur, quamdiu talis est,
hoc est, revocabiliter. Re etenim evictâ, & succe-
dente jure domini, bona fides extinguitur. Cæterùm
effectus revocabilis hujus perceptionis est: tùm
quòd ad fructuum acquisitionem non opus sit usu-
capione: tum quòd liberè bonæ fidei possessor eos
consumere; adeòque plenè lucrari possit: ut exqui-
sitiùs demonstrabitur infra *numer. 52. & seqq.* Quod
non posset: si perceptione suos non fecisset: aliàs, si
consumptioni nudæ hoc ascribas; malæ fidei posses-
sor non restituet: aut, si malam ipsi fidem obstare au-
tumas; consequens est, bonam fidem tantùm esse
causam acquisitionis; quam sententiam nos hic pro-
bamus & defendimus. Ita nervosè docet Georgius
Frantzkius *exercitat. juridic. 4. quæstion. 7. pagin.* 102.
num. 6 *&* 7. Vide Hunnium *in resolution. ad volum.
poster. Treutleri disput.* 18. *thes 5. quæst.* 31. *pagin.* 416.
& seq
38 Secundum & tertium argumentum petitur *ex d. l.
qui scit 25. § 1. vers. porrò. ff de usuris.* ubi primò Iu-
lianus asserit: bonæ fidei possessorem in percipiendis
fructibus id juris habere, quod dominis prædiorum
tributum est. At dubium non est ullum, quin domi-
nus prædii fructus indistinctè omnes, tàm natura-
les, quàm industriales percipere, suosque facere pos-
sit. *d. l. 2. & 6. ff de acquir. rer. domin. d. l. solum.* 49. §.
1. ff de rei vindicat. & similibus allegatis supra num. 2.
Deinde idem Iurisconsultus in dicto loco affirmat: bo-
næ fidei possessori, in percipiendis sive acquirẽdis fru-
ctibus plus juris competere, quam usufructuario. At 39
qui usufructuarius omnes omninò fructus, & natura-
les & industriales, suos facit, *l. usufruct. 7. l. item si fundi
9. ff de usufruct.* Non minùs igitur; imò multò magis
bonæ fidei possessor omnes omninò fructus, & natu-
rales & industriales, suos faciet.
Quartum argumentum depromitur *ex l. in pecu-* 40
dum. 28. ff. de usur. ubi Cajus disertè tradit, fructus pecu-
dum, sicuti lac, pilum, lanam & fœtum, statim pleno
jure fieri bonæ fidei possessoris. Iam verò ex prædictis
constat, hos esse fructus naturales, *supra nu.* 8. Quintũ 41
desumitur *ex l. sed & loci. 4. §. post litem. 2. ff. fin regund.*
ubi verbis generalibus scribitur; bonæ fidei possesso-
rem fructus consumptos lucrari: nec inter fructus na-
turales & industriales distinguitur. Postremum capitur
ex l. bona fides. 136. ff de reg. jur. ubi dicitur, bonam fi- 42
dem tantundem possidenti præstare, quantum veritas,
id est, verum dominium. At dominii præcipuus effe-
ctus est, ut dominus non solùm fructus industriales, sed
etiam naturales suos faciat, *ut ostensum suprà nu. 2. &*
37. Sequitur ergo, ut & bonæ fidei possessor omnes
fructus indistinctè, tum naturales, tum industriales, su-
os facere queat.
Huic verissimæ sententiæ primùm non obstat *hic* 43
noster §. ubi habetur, bonæ fidei possessorem fructus
suos facere pro culturâ & curâ Fructus autem natura-
les non desiderant curam & culturam. Ergo bonæ fidei
possessori non acquiruntur. Non obstat, *inquam*. Nam
& naturales curam quandam ac culturam exigunt: Vt
enim poma, pyra, uvæ, similesque fructus, quos certũ
est, naturales esse, nascantur: arbores vitesq; plantandæ
sunt, & curandæ, *arg. l. fructus. 7. §. non solùm. 9 ff solut
matrim.* Præterea etsi maximè Imperator in hoc §. fru-
ctus naturales possessori non concedat: eosdem tamen
etiam illi non denegat, aut vetat, quò minùs ei acqui-
rantur. Proinde quod huic §. deest: id ex aliis juris locis
suprà *nu. 36. cum aliquot seqq.* citatis supplendum est.
l. non est novum. 26 ff. de leg. & c.
Similiter non obloquitur *l. fructus. 45 ff. de usur.* ubi 44
Pomponius arguit: bonæ fidei possessorem fructus dũ-
taxat industriales suos facere, naturales nõ item; ex hac
ratione: quia non ex facto ejus hi fructus nascantur. *Et-
enim* illa legis verba (*sicuti nec cujuslibet bona fidei pos-
sessoris*) non collectivè & universaliter de omni bonæ fi-
dei possessore, quasi nullus b. f. possessor fructus natu-
rales suos faciat, sed particulariter & distinctivè sive di-
stributivè sunt accipienda, ut sẽsus hic sit: Quemadmo-
dũ non omnis bonæ fidei possessor (is nimirum, qui
vel nullo vel minus idoneo, & probabili titulo subnix⁹
est) fructus naturales suos facit: ita nec uxor, cui fund⁹
à marito fuit donatus, eos lucratur. Vxor siquidẽ (*idem
de marito statuendum*) in fundo donato, titulo valido 45
caret: propterea quòd donatio inter conjuges regula-
riter est prohibita. *l. 1. 2 3. l. inter vir. 46. & tot. tit. ff &
Cod de don. inter vir. & ux.* Atque ita defectus tituli in
causa est, quò minùs bonæ fidei possessor fructus natu-
rales faciat suos: uti communiter. Dd sentiunt, *Bart. in
leg. & ex divers 35. ff. de rei vind. Angel. & Alberic: in
dict. l. fructus. 45. ff. de usur. Covaruv. variar. resolut.*
lib.

lib. 1. c. 3. num. 6. Panorm. in c. gravis n. 4. de restit. spoliat Ferret in tr. de mora. n. 33. Wesenbec hic. num. 11. & Heigius n. 14 Robertus. Disput. 7. sub th 7. in fine. Olemanuus ad lib. 2. disp jur. civ. Giphan. Disp. 9. num. 31. Gars. in tract de expens. & mel. c. 23. num. 35. Menoch. recuper. possess. remed. 15 num. 578. cum sequentibus & cæteri ab iis commemorati. Quanquam alii quidam novitatis studiosi, circa rem istam aliter explicandam miserè se discrutient: quos plerosque diligenter congessit & reprobavit D Boecius *in prædicto §. item ea, quæ ex animalibus. 19 num. 35. cum seqq. supr. hoc tit. & d. tract. de crim majest. in appendice, de fructib. nu. 57. pluribus seqq.* & tandem *num. 72.* singularem suam de isthac difficultate sententiam aperuit, quam quicunque volet, amplecti poterit. *Eâdem de re novissimè plura cumulavit Nicolaus de Passerib. à Genua in conciliat. legum in jure civ. contrariar. pag. 191. & seqq ed. 1.* Cæterùm uxor vel maritus *in d l fructus 45. ff. de usur.* fructus industriales acquirit non jure perceptionis & consumptionis, sed potiùs ex titulo donationis. Is enim, qui fundum donavit, fructus etiam donasse censetur. Et licet ipsius fundi donatio non valeat: fructuum tamen industrialium donatio sustinetur. *l. de fru-*

46 *ctibus. 17. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Ea namque donatio rantùm inter conjuges prohibita est, ex qua donator pauperior, & donatarius locupletior evadit. *l. hac ratio. 3. in fin. princip. & l si sponsus. 5. in fin. & passim. ff. eodem.* Fructuum autem industrialium donatio non videtur pauperiorem facere donantem: cùm fructus isti magis ex operâ & industriâ donatarii, quàm ex re donantis provenire intelligantur. Eâ igitur ratione fit, ut illorum donatio inter conjuges illicita non sit. Hinc facilè perspicitur; in fructib. naturalibus uxorem vel virum donationis titulum prætendere neutiquam posse. Hi enim cùm nullam, vel saltem exiguam desiderent curam & culturam possessoris, magis ex re donatâ, quàm ex facto ejusdem proficisci putantur, & consequenter donatio eorum jure civili non subsistit. Nihil etenim, quod ex bonis alterius provenit, sicque eum, à quo proficiscitur, pauperiorem reddit, dari inter conjuges potest. *d l. 3. & 5 & l. sed si vir. 31. §. quod legaturus. 7. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Porrò traditioni nostræ (quâ distinguimus, utrùm bonæ fidei possessor titulum aliquem habeat, aut nullum, aut certè injustum & dicimus, illum fructus naturales suos facere, *per d. l. bona fidei. 48. in princ. ff. de acquir. rer. domin d. l. qui scit. 25. § 1 ff. de usur. & hunc §. nostrum.* qui textus omnes de bonæ fidei emptore, donatario, & aliis, qui possident ex justa causa, loquuntur. Ad eum autem, qui titulum nullum, vel non justum habet, referimus *d. l fructus 45. ff. de usur.* quippe quod loquatur de donatione illicitâ & injustâ, inter virum nimirum & uxorem prohibitâ. *tot. tit. ff & C de donat int. vir. & uxor.*) non rectè objicitur, quòd nullus bonæ fidei

47 possessor dari possit, qui titulo careat. *l pro herede 11. §. 1. & ll. seqq. ff. de heredit. petit.* ubi pro possessore possider prædo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo: nec contendat, se heredem; nec ullam aliam causam possessionis dicere possit: ac proinde qui titulum nullum habet, bonæ fidei possessor dici nequeat. *Nam respondetur:* eum, qui pro suo possidet, esse 48

bonæ fidei possessorem absque titulo. Existimat enim, se habere causam: quam etsi revera nō habeat: est tamen in bonâ fide. *l. fin §. ult & tot tit. ff. pro suo.* Sic *in tit. ff. pro herede, vel pro possessore.* possessorem non accipimus pro eo, qui absque titulo & bona fide, pro possessore nudo, velut prædo, possidet. Licèt etenim deficeret titulus verus specialis, & subesset titulus putativus, quamvis erroneus: locum tamen haberet ille titulus *pro suo,* & præscriptio procederet. *l. hominem. 3. & d l. fin. ff. pro suo. l. Celsus. 27 ff. de usurpat. & usucap.* Vnde Ioan. Petrus de Ferrar. *in pract. sub tit. forma posit. actor § item pro sua, &c. num. 2* dicit, quod possidere *pro suo* sit, quando quis possidet, tanquam dominus, vel quasi dominus. Ista siquidem pronomina possessiva, *meum, tuum, suum,* significant regulariter dominium, vel qua- 49
si *l suos. 73 ff. de legat. 3. Forster. jun. d. libro sing. de dominio. capit. 9. numero. 196. & sequenti. pagina. 326.*

Adhæc nullius ponderis est, quod quidam objiciunt 50
ex l. adeò. 7. §. cùm. quis ex aliena. 7. ff. de acquir. rer. domin. eum, qui in re aliena aliquid fecit, si novam speciem, quæ ad materiam pristinam reverti nequeat, non induxerit, dominium rei non acquirere. Bonæ autem fidei possessorem in fructibus naturalibus nihil facere, præterquam quòd eos à solo separet. Cùm itaque isthæc separatio novam speciem non constituat: indè colligunt, fructus manere ejus, cujus fuerunt, dum in solo hæserunt. At fuerunt domini fundi. Ergò ejusdem permanebunt, *argum l fructus pendentes 44. l si fundi 53. ff de rei vindicat.* Hoc, *inquam,* nullius ponderis est: quoniam bonæ fidei possessor fructus non à fundo alieno, sed à suo separare intelligitur: cùm pro domino habeatur, *d. l. qui scit. 25. §. 1. vers. porrò. ff. de usur. d. l. bo-* 51
na fidei 48. in princ. ff. de acquir. rer. dom. Quamobrem constanter concludendum: bonæ fidei possessorem non tantum industriales, sed etiam naturales fructus percipiendo suos facere. Atque hanc conclusionem sive sententiam, *post alios,* tenent *Pinelus ad leg. 2. Codic. de rescind vendit. part. 2. cap. 4. num. 54 & seqq. Obrecht. in Disputat. de rei vindicat. part. 1 thes 377. & seq. Anton. Fab. libr. 4 conject cap. 17. Rittershusius & Wesenbec. in hoc § num. 10. & seq. Nicol Cisner. in l sequitur. 4 § fructus. num 8. ff de usurpat. & usucap. Iacob. Curt tom. 1. conjectur lib. 2. cap. 44 Valteius d. lib. discept. Scholast. cap. ultim. Gilkenius ad l. certum. 22 C. 7. num 1 cum seqq. C. de rei vindicat. Forster. junior. d. lib. sing. de dominio. cap 9. num. 191. cum seqq. pag. 323. & seqq Riemer. decad. 4. quæst. illustr. 4. Frantzkius. d exercitat. 4. quæst 7. pag. 101 cum seq. D. Halbritter. in disputat. de rer. divis. &c. de An. 89. th. 101. item in disput. de usur. ejusdem Anni, th. 63. Schegk. d. disput. 6. th. 11. ad lit. b. Bronchorst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν. assert. 78. Locamer. quæstion. juridicar fascic. 18. quæst. 3. Arumæus Exercit Justin. 4. thes. 19. Berens disp. 3. them. 2. q. 7. Andr. Gerhardi Decad. 4. q. 9. & Matthias Stephani cent. 2 quæst. 17 ad lit. a.* Tametsi prolixè contrarium tutari conentur, Ilico Vmmius *prædictâ disp. 21. de process. judic. th. 3. num. 21.* Vngepaur *exercit. Iustin. 5. q. 2. 11. pag. 237. & seq. edit. ult.* Hœnonius *Disputat. 4. ad Insti-*

Institut. controvers. 12. aliique nonnulli. Et de eâdem
fructuum materiâ omnium latissimè & uberrimè dis-
sertat Hartman. Pistoris *lib. 4. quæst.* 25 26 27 *&* 28.
itemque Alphonsus à Carranza *in tract. de partu na-*
turali & legitime. cap. 3 § 1. num. 7. cum seqq. pag. 229.
& seqq.

52 Sed utrùm consumptos tantùm fructus, an verò
quoscunque perceperit, sive consumpti sint, sive ad-
huc extent, bonæ fidei possessor lucretur, perplexæ est
quæstionis? Et (nil remorante contrariâ opinione Do-
nelli *in tract. de fructibus cap. 4. & lib. 4 de jur. civil.*
c. 26. ejusque Sectatorum, quibus adstipulari videtur
D. Besoldus *in delibatis jur. ex lib. 22 ff quæst. 7 pagin.*
66. & seq. consumptos eum solùm lucrari; extantes
autem omnes restituere teneri, ex legibus dilucidè e-
vincitur. Primùm *ex l. sed & loci. 4 § post litem. 2 ff fin.*
regund. ubi tradit Paulus, bonæ fidei possessorem fru-
ctus perceptos lucrari, si eos consumpserit D. ctio (si)
53 conditionem importat, quæ præcisè adimpleri debet,
ut bonæ fidei possessor fructus planè & irrevocabiliter
lucretur. Aliud ergo dicendum de fructibus, nudè
tantùm perceptis. Secundò *ex l. quæsitum 40. in fin.*
ff. de acquir. rer. dom. ubi Africanus inquit, bonæ fi-
dei possessorem fructus consumptos suos facere. Ter-
tiò *ex l. sequitur 4 § lana. 19 ff de usurp. & usuc.* ubi
idem Paulus respondit; lanam ovium furtivarum, si
apud bonæ fidei possessorem detonsa est, statim ejus
fieri: quoniam in fructu est. Idemque de agnis dicen-
dum esse, si consumpti sint. Quartò *ex præsenti §.* u-
bi Iustinianus Imperator ait, de fructibus consumptis
cum bonæ fidei possessore agi non posse. Quintò *ex §.*
& si in rem. 2. vers. & si hereditas infr de officio judicis.
ubi idem Iustinianus asserit; adversus bonæ fidei pos-
sessorem fructuum consumptorum rationem non ha-
beri, Sextò *ex l. certum. 22. Cod. de rei vindicat.* ubi
Impp. Diocletianus & Maximianus disertis verbis re-
scripserunt: bonæ fidei possessorem teneri restituere
54 fructus extantes. Etsi verò Donellus *in prædictis locis,*
quò possit effugere, fructus extantes interpretatur pro
pendentibus adhuc, & pro iis, qui à solo nedum sunt
separati, fretus auctoritate *l. si pendentes. 27 in princ. ff.*
de usufruct. tamen malè hoc facit. & contra fidem ex-
emplarium receptæ approbatæque lectionis. Neque
enim *in d. l. 27.* legitur, *extantes*; sed ita potiùs, *&*
stantes. Sed demus, extantes ibi legi: non tamen eo
Donelli sententia juvatur. Siquidem extantes ibidem
dicuntur, non tantùm pendentes, sed generaliter o-
mnes in rerum naturâ adhuc existentes, & nondum
consumpti, sive à solo separati sint, sive adhuc in eo
pendeant. Et hos fructus extantes omnes bonæ fidei
55 possessor restituere cogitur, *juribus antè allegatis* Po-
stremò huc confert, quòd restitutione fructuum ex-
tantium bonæ fidei possessor damnum nullum pati-
tur, sed lucrum duntaxat amittit: cùm, si ad percipien-
dos & redigendos istos fructus aliquid impenderit,
tanto minùs restituat, quasi fructibus ob eam rem i-
psojure diminutis. *l. quod in fructus. 46 ff. de usuris.*

56 Non obstat, quòd bonæ fidei possessor in fructibus
percipiendis loco domini habeatur: & quòd plus juris
habeat, quàm usufructuarius, *d. l. qui scit. 25. §. 1. v. per-*
rò. ff de us. d. l. bona fidei. 48. in princ. ff. de acquir. rerum
dom. Isti autem fructus perceptos, quantumvis adhuc
extent, nec consumpti sint, restituere nô compellantur:
ac proinde ne bonæ fidei quidem possessor ad fructu-
um extantium & nondum consumptorum restitutio-
nem cogi possit. *Nam primò* respondetur: regulam in
citatis modò legibus de bonæ fidei possessore constitu-
tam esse: quod videlicet eodem jure, quo dominus &
fructuarius, in percipiendis fructibus utatur: sed exce-
ptionem illius regulæ in locis pro sententia nostra su-
pra adductis contineri. *Deinde* dici & hoc poterit: bo-
næ fidei possessorem in percipiendis fructibus idem jus
habere, quod domino & fructuario tributum est; quo
ad hoc scilicet, ut instar illorum fructus acquirat: non
verò, ut irrevocabiliter in suum dominium eos redigat.
Et hanc mentem objectarum legum esse, apparet *ex d.*
l. bona fides 48. in princ. ff. de acq. rer. dom. ubi dicitur,
bonæ fidei possessorem, quod ad fructus attinet, loco
domini penè esse. Quæ vocula, *penè*, haud obscurè ar-
guit: bonæ fidei possessorem non in omnibus loco do-
mini haberi.

Vnde quoque nihil movet, quòd in *eadem l. bona* 57
fidei 48. in princ. ff. eod. astruitur: bonæ fidei possesso-
rem fructus percipiendo, sive à solo separando suos fa-
cere. *Neq; enim* inficiamur: bonæ fidei possessorem fru-
ctus statim, ut à solo separavit, acquirere, eorumq; do-
minium consequi: verùm hoc pernegamus, eum non
teneri ad fructuum separatorum, & quos suos fecit, re-
stitutionem, si nondum consumpti fuerint, & adhuc
extent Hæc siquidem collectio sive consequentia non
valet: Bonæ fidei possessor fructus extantes suos facit,
& eorum dominus est. Ergò eos restituere non tene- 58
tur, Namq; notum est, illum etiam, qui dominus alicu-
jus rei factus est, aliquando cogi eam restituere: quòd
cernere licet in condictione indebiti, per quam is, cui
pecunia indebita soluta est, & qui pecuniæ solutæ do-
minus est factus, compellitur istam indebitè solventi
reddere, *l. 1. ff. & C. de condict. indebiti.* Atque hanc in-
terpretationē ipse Paulus *in d. l. bona fidei. 48. in princ.*
ff. de acquir. rer. dom. non obscurè approbare videtur, 59
dum scribit: bonæ fidei possessorem, percipiendo fru-
ctus ex alienâ re, suos *interim* facere. *Interim*, hoc est,
antequam vel repetantur, vel consumantur, vel donec
de evincendâ re lis contestata fuerit, *d. l. qui scit. 25. §.*
ult. q. de usuris. d. l. sed & loci. 4. §. 2. ibiq; Anton. Fab. in
suis Ration. lit. b. ff. fin. regundor. d. *l. certum. 22. in fine,*
C. de vind. l. 2. C. de fructib. & litium expens. Sic & ali- 60
às nudæ proprietatis dominus *interim*, id est, ad tem-
pus, efficitur dominus fructuum, quorum dominium
postea, etiam sine facto ipsius proprietarii, ad usufru-
ctuarium transit. *l. arboribus. 12. § si fur decerpserit. 5.*
ff. de usufruct. licèt ergò bonæ fidei possessor fructus i- 61
psa perceptione suos faciat: ante tamen consumptio-
nem plenè & perfectè ipsius non sunt. Non enim vide-
tur perfectè cujusque id esse, quod ex casu auferri po-
test. *l. omnes actiones. 139. in fin. ff. de reg. jur. D. Bocer.*
in tractat. de crimin. majest. in append. de fructib num.
51 & seq.

Præterea non adversatur *l. in pecudum. 28. ff de usur.* 62
ubi expressum est, fructus statim pleno jure, atq; adeò

ante consumptionem, & quidem irrevocabiliter, fieri bonæ fidei possessoris *Etenim*, rejectis aliorum solutionibus & respõsionibus, in hanc ego sum proclivior: nimirum verba illa (*statim plene jure fiunt bona fidei possessoris*) ambiguam habere significationem Bifariam enim accipi possunt; aut ut fructus statim fiant bonæ fidei possessoris, pleno jure & irrevocabiliter, postquam percepti fuerint: aut postquam consumpti fuerint.

63 Iam verò in significatione ambiguâ hæc accipienda est interpretatio, quæ vitio caret, alias ue legibus non repugnat *l in ambiguâ.19.de legib.* Quare quod dicitur, fœtus pecudum statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris: ad consumptionis, non autem perceptionis, tempus referendum est.

64 Nec ab hac interpretatione nos dimovere debet, quod *in dictâ leg. in pecudum.28.ff. de usuris.* bonæ fidei possessor & usufructuarius eodem contextu orationis conjungantur, atque de utroque enuncietur, quòd statim & pleno jure fœtus editos acquirat: ac per consequens affirmandum sit, bonæ fidei possessorem statim, etiam post perceptionem, ad instar fru-

65 ctuarii, irrevocabiliter illos acquirere: quia quoties duo per unum & idem verbum in eodem orationis contextu determinantur; pariter & eodem modo determinari necesse est, *argum. l. jam hoc jure 4 ff. de vulgari & pupill. substit.* Respondetur enim; hanc regulam procedere: nisi ex aliis legibus appareat; æqualem eandemque determinationem non esse admittendam.. *Et huc pertinent, quæ diximus de ista regulâ ad §. feræ. 12. num. 167. supr. hoc tit. & infra. ad princip. tit. de hereditatibus. quæ ab intest. deferunt. num. 336.* Itaque quòd *in d. l. 28.* dicitur, fœtus pecudum statim bonæ fidei possessoris & fructuarii fieri; sic exaudire debemus: ut fructuarii statim post perceptionem, bonæ fidei verò possessoris statim post consumptionem fiant. Reliqua, quæ à Donello & ejus suffragatoribus pro confirmatione contrariæ opinionis adducuntur: ex suprà dictis facilè dilui possunt: ut hæc verissima relinquatur sententia: bonæ fidei possessorem ad restituendum fructus, tàm naturales, quàm industriales, eo tempore extantes, quo bonæ fidei possessor esse desinit, condemnandum esse: consumptos verò prorsus sine ullo metu restitutionis lucrari. *Fachineus, post alios à se commemoratos, libr. 1. controvers. jur. cap. 57. D. Halbritt. d. disput. de rer. divis. thes. 102. & d. disput. de usur. thes. 64. Nicol. Cisner. ad l 4. §. lana ovium. 19 ff. d. usurpat. & usucap. pag. 90 & seq. Petr. Gilkenius. cap. 7. num. 59. cum multis seqq. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 98. edit. 2. Anton. Govean. libr. 2. var lect. jur. civ. cap. 15. Matth. Stephani centur. 2. quæstion. 17. lit. b. Treutler. volum. 1. Disputat 15. thes. 11. ibiq. latè Bachovius. in suis. not. ad lit. D. pag 610 & seq. & in hoc §. numer. 5 pag. 294. Timaus Faber disp. 14 ad Instit. Imperial. thes. 3 5. & 6. Frantzkius d. exercit. 4. quæst. 8. pag. 104. cum seqq. Bruningius discurs. palæstra Imperial. 5. th. 8. sub lit. C. & alii, superius designati.*

66 Exurgit hîc alia non minùs controversa quæstio: nunquid bonæ fidei possessor fructus consumptos, sive eorum æstimationem tum restituere teneatur, quando ex consumptione eorum locupletior est factus? Et ne hoc quidem casu fructuum consumptorum æstimationem teneri illum restituere, juri perconsentaneum esse puto, contra Bartolum *in l. & ex diverso. 35. §. 1. num. 7 ff de rei vindicat. Alexand Iaf. Dec. Alciat. & Franc. Purpurat. in l. si me & Titum. 32 ff. de reb. credit. si cert pet. Socin sen. consil. 251. col. ult. vers. secunda conclusio libr. 2. Socin. jun. cons. 81. numer. 6. cons. ult. num. 20. lib. 1. Copum d. tract de fructibus. lib. 2. t 4. c. 7. in fin. Covarruv. libr. 1. variar. resolut. cap. 3. num. 6. Menoch. de recup. possess. remed. 15. num. 599. Hartmanni lib 2. t. 32. observ. 3. num. 18. cum seq Hunnium in resolut ad volum. poster. Treutleri, disp. 18 th. 5. quæst. 34 pag. 427. cum seqq. Vngepaur. exercit. Iustin. 5. quæst. 12 pag 242. cum seq. edit poster. Hartmannum Pistor. d. libr. 4. quæst. 25. num. 11. M. Licklam à Nicholt. lib. 3. membran. Eclog. 2. & multos alios, ab iis citatos.*

Isti sententiæ primùm suffragatur *hic § noster*; dum 67 dicit, dominum fundi de fructibus, per bonæ fidei possessorem consumptis, agere non posse. Particula namque negativa verbo (*potest*) adjecta præcisè negat, atque omnem omninò fructuum consumptorum repetitionem excludit. *Secundò* accedit *d. l. sed & leci. 4 §. post litem. 2. ff. fin. reg.* ubi disponitur, bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Is autem 68 verè lucratur, qui ex eorum consumptione locupletior est factus. At qui locupletior factus non est, non potest dici, quòd lucretur, quamvis illos non restituat. *Tertiò* patrocinatur *d. l. 4. §. lana. 19. ff. de usurpat. & usucap. cum simil. sup. à adductis.* in quibus generaliter & indistinctè negatur, bonæ fidei possessorem ad restitutionem fructuum consumptorum conveniri posse. Non igitur contra harum legum generalitatem admittenda est distinctio inter illum, qui locupletior, vel non locupletior effectus est, *argum. l. metum 9. §. 1. ff. quod met. caus. l. item veniunt. 20 § petitam. ei. circa finem ff de heredit. petit.* Quartò facit & hæc ratio: quia si bonæ fidei possessor fructus consumptos 69 restituere cogeretur, eo in casu, quo locupletior factus esset: inde sequeretur, quòd leges prædictæ, quibus dicitur, cum consumptos fructus lucrari, tunc demum procederent, cùm bonæ fidei possessor fructus inutiliter consumpsisset: quòd sanè, cùm nemo præsumatur jactare suum, absurdum esset. Idcircò non ita leges accipiendæ sunt, ut cum casum, qui perrarò evenire solitus est, comprehendant. *l. 3 4. 5. & 6. ff. de ll.* Etsi verò hasce quatuor rationes enervare conatur D. Vngepaur. *d. exercit. Instin. 5. q. 12. pag 243.* ejus tamen 70 ad illas responsiones ita comparatæ sunt; ut quivis vel mediocriter in jure versatus, istas facilè refellere possit. Nostram denique sententiam amplectuntur Cynus *in l. non est ambiguum. 9. C. fam. hercisc. Bald. in l. 3. C. de usuris, & fruct. & legat. Ang. & Ioan. Imol. in d. l. sequitur. 4 §. 1 ff. de usur. & usucap. Abbas, Bellamer. & Berous in cap. gravis. 11 de restit. spol. Obrecht. in disputat. de rei vindicat part 1. thes. 386 & sequent. Franc. Curtius sen cons. 71. col. fin. & Curt jun. cons. 28. numer. 3. Ruin. cons. 91. numer. 4. libr. 5. Corn. cons. 30. col. pen. libr. 1. Raphael. Comens. cons. 109. in fin. Molinæ.*

lin. in consuet. Paris. t. 1. §. 22. numer. 48 Costal. in l. fructus. 33. ff. de rei vindicat. Wesenbec. in hoc §. num. 14. Anton Faber. dict. libr. 4. conjectur. cap. 17. non procul à fine. Halbritter. dict disput. de rer. divis. thes. 103. & d. disputat. de usur. thes. 65. Fachin. dict. libr. 1. controvers. jur. cap. 58. Bachovius hic numer. 3. & 4. pagin. 293. Locamer. quæstionum juridic. fascic. 18. quæst. 5. Wegner. Disput. 4. thes. 8 ad lit c. Bronchorst. cent. 2. Miscellanear. juris. controversiar. assert. 37. Hœnenius Disputat. 4. controvers. 12 Donellus in tractat. de fructib. cap. 4. in fine. Ilico Vmmius disputat. ad process. judic. 21. th 3. num. 19. Cluten. libr. t. diatrib. nov. Iustinian 19 quæst. 10 Pinel. ad l 2. Cod. de rescind. vendit. part. 2. cap. 4. num. 47. & num. 60,
71 ubi asserit, communi praxi, usuque forensi (cui non parùm deferendum) receptum esse: ut bonæ fidei possessor generaliter absolvatur à fructibus ante judicium perceptis: nec unquam de consumpti tractetur, an possessor locupletior factus fuerit.

Nec obstat *l. sed etsi lege. 25. §. consuluit 11. l. illud 40 §. 1. ff. de petit. hered l. 1. § 1. Cod. eod. cum concor-*
72 *dantibus*, ubi bonæ fidei possessor fructus consumptos restituit, in quantum factus est locupletior. *Nam* distinguendum est inter judicia universalia, & particularia sive singularia. Injudiciis universalibus, utpote in actione familiæ erciscundæ, & in petitione hereditatis (*de quâ oppositæ leges loquuntur*) nulla dubita-
73 tio est, quin bonæ fidei possessor ex fructibus consumptis locupletior effectus, eorum causa conveniri possit. Tum quia fructus augent ipsam hereditatem, & corpus sive pars ejusdem censentur. *l. item veniunt 20. § item non solum. 3. vers fructus. ff. de petit. heredit. l. non est ambiguum 9. & l. coheredibus 17. Cod famil. ercisc.* Tum quia senatusconsulto ita in universum est constitutum: ut, qui ex justâ causa existimavit, hereditatem ad se pertinere, non teneatur, nisi quatenus ex ea factus est locupletior. *d. l. item veniunt. 20. §. præter hæc. 6. versic. eos autem. ff. d. t. de petit. hered.* Cæterùm in rei vindicatione & cæteris judiciis particularibus rationes istæ locum non habent. Videantur Bronchorst. *cent. 3. ἐναντιοφανῶν, assert. 78. in fin. & d. cent. 2. Miscell controv. assert. 37. circa medium.* Locamer. *in annotat. ad hunc §.* Frantzkius *d. exercitat 4. quæst. 9. pag.* 107. *nu. 5. & subseqq.* itemque Paulus Busius *ad d. l. 20 ff. de petit. heredit. & lib. 4. subtilit. c. 13. n. 20.*

74 Item minimè ad rem pertinet *dict. l. si me & Titium 32. ff. de rebus credit si cert petat.* Quoniam nihil aliud illa docet, nisi bonum & æquum esse, ut pecunia mea, quæ ad te pervenit, mihi à te reddatur. Nos autem hic agimus de fructibus consumptis, quos ut bonæ fidei possessor proculturâ & curâ, aliasque ob causas lucretur, ad eòque vel cum alieno jactura locupletetur, æquissimum est: quia bonam fidem habet, & loco domini esse reputatur. *d. l qui scit. 25. §. 1. ff. de usuris. d. l. bona fidei. 48. in princ ff. de acquir. rer. domin. Fachin. d. lib. 1. cap. 58. propè finem.* Ad plura alia, quæ nostræ sententiæ adversari videntur, commodè respondet Timæus Faber *de diss. 14. ad instit. Imp. th. 7.*

75 Non rarò & illud in disceptationem venit: Num error juris, quantum ad fructuum acquisitionem, bonam fidem inducat, atq; sufficiat? Id quidem affirmant *Gl. ff. Baldus, Salicetus, & cæteri ad l. si contra. 2. Cod. si quis ignorans rem minor. &c. Innocent. Anchar. Cardin. & Imola in c. ad nostram. 11. de rebus Eccles. alien. & quàm plures alii, quos commemorat Covarruv. lib. 1. var. resol. cap. 3 num. 8.* Sed negant Arius Pinel. *in l. 2. C. de rescind. vend. d. part. 2. cap. 4 n. 34 & seqq. Cluten d. diatrib. novæ Iustin. 19. quæst ult Halbritter. d. Disput. de rer. divis thes. 99 & d. disp. de usur. & fructibus th. 68. Wesenbecius in hoc §. nostro. n. 1. & alii.* Atque horum sententia, tanquam verior, licèt contraria sit receptior, mihi magis probatur. Primò auctoritate *hujus* § qui fructuum acquisitionem tribuit ei, qui inscius fundum emit, à non domino, quem dominum esse crediderit. Hunc errorem facti, non juris esse, certum est. Scire namque, utrùm quis dominus rei sit, necne, in facto, non jure consistit. Quoniam igitur facti tantùm ignorantia ad fructuum acquisitionem confert: perspicuum fit, juris errorem in fructibus acquirendis nihil prodesse. Deinde *in hoc ipso §. nostro, ut & in l. bonæ fidei. 48. ff de acquir. rer. dom. & locis similib.* bona fides ad fructuum acquisitionem omninò exigitur. Errans autem in jure, bonam fidem non habet, *per textum in l. 2. §. si à pupillo. 15. ff. pro emptor. l. nunquam. 31. in pr. & l si fur. 32. §. 1. ff de usurp & usucap.* ex quibus evidenter intelligitur: errantem in jure, pro bonæ fidei possessore non haberi. Alioqui enim legitimo temporis spacio usucaperet, concurrente scil. & bonâ fide, & aliis ad usucapionem requisitis: quod tamen in jam citatis textibus negatur. Quare non dubitandum est: juris errorem à bonâ fide esse remotum, & in acquirendis fructibus nemini prodesse. Sed & id ipsum evincunt *l. 4 7. & 9 ff. de jur. & fact ignor.* ubi generaliter cavetur: juris ignorantiam sive errorem ad acquirendum non prodesse: & sic neque lucro afficere, neque damno eximere. *Cujac. lib. 15. obs. c. 39.* Idem præterea illustrius redditur *ex l. jubemus. 14. C. de sacrosanct. Eccles. & c si quis presbyterum. 6 de rebus Eccles alienand.* ubi colligitur: eum, qui res Ecclesiæ, quarum alienatio jure prohibita est, comparavit, quantvis juris errore lapsus fuerit, restituere fructus compelli. Proinde juris error ad fructus acquirendos non valet, aut sufficit. 76 77

Nec hanc assertionem infringit *lex sed etsi. 25. §. scio. 6. ff. de petit. heredit.* ubi ille, qui juris errore lapsus 78 putavit, hereditatem, quam possedit, ad se pertinere, cùm alius esset heres, quoad fructuum restitutionem pro prædone non habetur: sed ab eo, qui sciens hereditatem alienam invasit, multum differre dicitur: & consequenter ut bonæ fidei possessor, sic ipse quoque fructus lucrari debet. *Nam respondetur,* non rectè ex ista lege colligi: Errans in jure prædo, vel malæ fidei possessor non est. Ergo bonæ fidei est: ac proinde fructus suos facit, sive lucratur. Iam antè enim abunde ostensum est: eos etiam, qui in jure errant, & sic qvi prædones, seu malæ fidei possessores non sunt, à fructuum acquisitione excludi. Siqvi- 79 dem inter utrunqve, putà bonæ fidei possessorem, & prædonem sive malæ fidei possessorem, intermedius est

quidam, errans scilicet in jure, qui neque bonæ, neque malæ fidei possessor est: quod demonstratur *ex d. §. scire.* ubi errans in jure à malâ fide excusatur. *& ex d. l. 2. §. si à pupillo. 15. ff. pro emptore & d. l. nunquam 31 ff de usurp & usucap.* ubi in jure errans negatur bonam fidem habere, Vide Gœddæum *ad l. bona fidei. 109. num. 5. ff. de verb. signif.*

80 Similiter nihil urget *d. l. 2. C. si quis ignorant rem minoris esse, &c.* ubi dicitur: eum, qui contra decretum Senatûs, id est, non adhibitis solennitatibus in alienatione ejusmodi necessariis, rem minoris ignorantia juris ductus, emit, universos fructus restituere, si non bonâ fide id fecerit. Ergo si emptor bonæ fidei fuerit: licèt in jure erraverit; tamen integros sive universos fructus restituere non cogetur, sed eos lucrabitur. Lex, *inquam*, ista nihil urget. Nam de eo emptore accipienda est, qui facti, non juris ignorantiâ peccaverit.

81 Facti enim error duntaxat, non autem juris, bonam fidem inducit, *d. l. 2 §. si à pupillo ff. pro emptore. & simil.* Toties autem quis facti ignorantiâ contra decretum Senatûs emere censetur: quoties à minore, quem majorem esse credidit, rem immobilem sibi comparavit. Etenim qui hac opinione impulsus, solennitates in venditione rerum minoris necessarias præteriit: facti ignorantiâ, non juris errore id fecisse intelligitur. Ignorare siquidem, utrùm quis viginti quinque annis minor sit, an major, ignorantia facti est, non juris. Aliud exemplum potest esse in eo, qui à majore, quem dominum esse credidit, rem minoris emit, & solennia prætermisit. Hic igitur cum facti ignorantiâ lapsus fuerit: pro bonæ fidei possessore habetur: & *in d. l. 2 C. si quis ingnoraut, &c.* ab integrorum fructuum restitutione immunis esse pronunciatur. *Latius Pinelus in l. 2. Cod. de rescind. vend. part. 2. cap. 4. nu 35. & sequentibus.*

82 Quo autem tempore ad fructuum acquisitionem bona fides desideretur: & an omnibus ac singulis momentis necessaria sit, nodo Gordio intricatior videtur quæstio? Et illam singulis momentis necessariam esse, Ulpianus respondit *in l. qui bona fide.* 23. §. 1. & Africanus *in l. quæsitum.* 40., itemque Paulus *in leg. bonæ fidei.* 48 *§. 1. ff de acquirend. rerum domin.* ubi apertè scriptum extat: eum, qui tempore traditionis rem vendentis esse credidit, si alienam esse postea cognoverit, bonæ fidei possessorem non manere: proindeque nec fructus post eam scientiam supervenientem perceptos acquirere.

Cui gravissimè, & ex diametro secundùm quosdam contrariatur Julianus *in l. qui scit. 25. §. ult. ff. de usur.*

83 disertè scribit: Bonæ fidei emptorem, qui antequam fructus percepisset, cognoverit fundum alienum esse, quod percipiendos fructus, utque eos suos faciat, donec fundus evictus sit, censeri adhuc bonam fidem habere. Etsi verò Eguinarius Baro *in hoc §.* Covarruv. *lib. 1. var. resolut cap 3. numer. 7. &* Menoch. *de recuper. poss. rem. 15. num. 615.* existimant: hanc controversiam tam difficilem esse, ut nullo modo sine manifestâ calumniâ conciliari possit: nos tamen qualemcumque rationem, qua pugnantia ista responsa ad concordiam reducantur, malumus admittere, quàm laudatissimum Imperatorem Justinianum (qui *in l. 2 §. contrarium. 15. C. de veter jur. enucl.* negat, ejusmodi antinomiam in jure inveniri, quæ subtili adhibita cogitatione explicari nequeat) mendacii accusare. Igitur, 84 ut contrarietas isthæc tollatur, non incommodè dici hoc posse videtur: Bonæ fidei possessor, post scientiam rei alienæ supervenientem, fructus nihilominus suos facit, donec fundus evincatur, id est, possessor ad restituendum fundum condemnetur, isque ab ipso auferatur. Suum autem facere nihil aliud significat, quàm dominium acquirere. Quare quod Julianus ait *in d. l.* 85 *qui scit 25. §. ultim ff. de usur.* bonæ fidei emptorem qui rescivit, rem alienam esse, fructus usque ad evictionem suos facere; hanc sententiam habet: quòd interim eorum fructuum, quos percepit, dominus efficiatur. Quod verò *in d. l. bona fidei. 48. §. 1. ff. de acquir. rer. domin.* Paulus tradit; bonæ fidei possessorem, postquàm rem esse alienam expertus est, fructus suos non facere, hunc continet sensum: quòd bonæ fidei possessor post scientiam de re alienâ supervenientem, fructus non lucretur. Aliud est autem, suum aliquid facere: aliud, lucrari. Is quidem, qui lucratur, suum facit: sed non omnis, qui suum facit, lucratur. Interdum namque quod suum quis facit, restituere cogitur, *ut apparet ex iis, quæ attulimus suprà, num. 58. & seq.* Itaque bonæ fidei possessor, scientiâ rei alienæ superveniente, fructuum, quos percepit, 86 dominus quidem factus est. *d. l. qui scit. 25 ultim ff. de usuris.* attamen eos restituere fundi domino compellitur: eâque ratione fructus suos non fecisse censetur, *d. l. bona fidei. 48. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. argum. l. aliud. 71. ff. de verb. signif.* ubi capere is dicitur, qui eum effectu, id est, irrevocabiliter capit. Et 87 ab hac solutione non abhorret Iacob. Cujacius *hic in suis notis, & in tract. ad African. 7. in explicatione. d. l. quæsitum. 40. ff de acquir rer. domin. & Borcholten hoc § item Ludovic. Charondas libr. 1. verisimil. jur. cap 7. Fachineus libr. 1. controver. jur cap. 59 & Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν assert 88. edit. 2* De eâdem etiam antinomiâ videri poterunt. *Donellus in Commentar. de jure civil. libr. 4. cap. 24. Vultejus libr. 1. Discept. Scholast c. ult. Anton. Faber. libr 4. conjectur. jur. c. 16 Gœdd. in d. l. bona fidei. 109. num. 12 ff. de verb signif. Friderus. Mindan. in tract. de materia possess. c. 6. num. 21. De Collega Bocer. in tract. de crimin. majest. in appendice, de fructib. nu 75. cum seqq. Hunnius lib 2. variar. resolution jur. civil. tractat. 1. quæstion. 34. & Bachovius in not. & animadvers ad Treutler. volum. 1. disputat. 15. th. 12. liter. D. pagin. 615. & sequent.*

Intellectum est hactenus: ad fructus acquirendos, 88 bonam fidem possessoris, eos lucrari volentis, omni tempore desiderari. Nunc ex hoc §. notandum est: præter bonam fidem etiam requiri: ut ex titulo emptionis, vel donationis, aliave qualibet justâ causâ possessor rem acceperit. Justa autem causa hic deno- 89 tat titulum, ad dominium rei transferendum habilem ac idoneum: ut accipiens hinc probabiliter opinari possit, se dominum esse: qualis est emptio, donatio permutatio, legatū, solutio, & similes, *de quibus lib. 41.*

Pan-

Pandect. tit. 4 & seqq. & in l. Celsus 27. ff. de usurp. & usucap. Mynsinger. num. 4. Wesenbec. num 2. & alii in hoc §. Quamobrem si quis bonâ fide rei possessionem, sed non præcedente justâ causâ, nactus fuerit, fructus suos non facit. Exemplum est in herede, qui servum apud defunctum depositum, ex errore quasi defuncto donatum, vel quasi venditum possedit. Is nihil eorum, quæ servus operâ suâ acquisierit, lucrari poterit. Etsi enim bonâ fide possederit; non tamen ex justa causâ, id est, ex titulo ad transferendum dominium idoneo possedit. Idcirco fructus acquirere non potuit: cùm acquisitio illa, remoto titulo ad dominium transferendum & acquirendum habili, impediatur.

90 Verùm objicitur *d. l. ex. 2. C. si quis ignorans rem minoris, &c.* ubi is etiam, qui facti errore permotus, non adhibitis ordinariis solennitatibus, rem minoris emit, fructus non restituit, sed propter bonam fidem, quæ ex facti errore proficiscitur, lucratur. Ex quo videtur inferri posse; bonam fidem, absque justa traditionis causa seu titulo interveniente, ad fructuum acquisitionem sufficere. Nulla quippe causa, neque ullus titulus subest, quando res minoris, omissis solen-
91 nitatibus debitis, venduntur: cùm contractus ipso jure nullus sit, & titulus injustus pro nullo habeatur, *l. improba possessio. 7. C. de acq. & retin. poss. l. si is, contra. C. de præscript. long. tempor.* At respondetur: quòd in d. l. 2. non expressè decidatur; eum, qui errore facti ductus sine decreto rem minoris emit, fructus lucrari: sed hoc tantum ex ea colligatur, eundem non teneri ad universorum fructuum restitutionem, ut malæ fidei possessor tenetur. Quos autem restituere debeat, vel non; in ea lege non exprimitur: Petendum est ergo ex aliis legibus; & imprimis ex hoc nostro §. ubi indicatur; eum, qui titulus caret, fructus perceptos restituere debere. Inde tamen non evertitur *d. l. 2. C. si*
92 *quis ignorans. &c.* quæ negat, universos fructus à bonæ fidei possessore, qui titulo destituitur, restituendos esse. Et rectè quidem. Hujusmodi enim possessor non restituit percipiendos, quos non percepit; sed perceptos duntaxat. Atque hac in parte differt à ma-
93 læ fidei possessore: qui fructus non tantùm perceptos, sed percipiendos etiam, atque adeò omnes, cujuscunque sint generis, sive naturales, sive industriales, sive civiles, sive extent, sive consumpti sint, domino vel rei vindicatione, vel condictione sive causa, vel denique officio judicis, refundere compellitur, *hoc § in fin. l. fructus 33 l. si navis. 62. §. ult. ff. de rei vindicat. l. domum. 5 l. certum 22 C. eod. l. sed & si. 25 §. 3. & seq. l. illud 40 §. 1. l. si possessor. 52. l. cùm hereditas. 56 ff. de petit. hered. l. 3. C. de condict. ex leg. Hieronymus de Cavallos in speculo aureo opinionum communionum contra commun. tom. 2. quæst. 499. Bachovius hic num. 7. pag. 296. Matthias Stephani d. tract. de offic. judic. li. 6.*
94 *cap. 3. num. 33 pag 713.* Idque sive aliquem possessionis suæ titulum habeat, sive non habeat. *l. ait Prætor. 10 §. & fructus 20. ff. quæ in fraud. credit. d. l. si navis. 62. § ult. ff. de rei vindicat. §. & si in rem. 2. vers. illorum autem fructuum. infr. de offic. judic. l. 1. in fin. C. de petit. hered. l. 1. Cod. de fide & jure hast. fisc. l. 2. Cod. de fruct. & lit. expens.* qui textus omnes generaliter & indistinctè loquuntur. *Faber. num. 7. Angel. num. 5. Wesenbecius. num. 16. Heigius num. 26 & Borcholt. in hoc §. Hoteman. in tract. de usur. fol. 80. Halbritter. dict. Disput. de usuris & fruct. thes 46 Vulteius dict. lib. 1. Disceptat. Schol. cap ult. pag. mihi. 120. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 87. Obrecht. in Disput. de rei vindic. part. 1. thes. 362. & seqq. Mindan in tract. de materia possess. cap. 8 nu 4. Bocer. in d. §. it. ea, quæ ex animalib 19. supr. hoc tit. num. 25 pag. 45. & dict tract. de crim. majest. in append. de fructib num. 37. Loriot. de fructib. & impens. axiom. 50. Cepus in tractat. de fruct. lib. 2 tit 4. cap. 2.* His, & quibusdam aliis, ab eo designatis, assentiuntur *Gilkenius hic in vers. et verò, qui alienum. nu. 19. cum seq. & in d. l. certum. 22. C. de rei vindicat. cap. 9. Arnoldus de Reyger in process. judiciar. Disput. 9. posit. 13. Hunnius d. lib. 2. variar. resolut. tract. 1. quæst. 35. & in resolut. ad volum poster. Treutleri. disput. 18 thes. 5. quæst. 20, pag 415. & Hartmannus Pistoris lib. 4. quæst. 28. num. 7. & sequentib. ubi id explanatiùs persequitur.*

Nec ei, quod diximus, malæ fidei possessorem etiam 95
de fructibus neglectis sive percipiendis, quos ipse quidem non percepit, ast alius diligentior percipere potuisset, conveniri posse, resistit *l. si fundum 17. C. de rei vindic.* quæ dum ait, malæ fidei emtorem de fructibus perceptis teneri: innuere videtur, eum de percipiendis non teneri. Etenim lex ista non dicit, quòd malæ fidei emptor vel possessor de perceptis fructibus duntaxat, vel tantùm teneatur; & ideò quod uni legi 96
deest, supplendum est ex alia, quæ rem definit plenius & apertiùs, *argum l. non est novum. 26 & l. seq. ff. de legib.* Deinde exploratum est: in constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis, non proponi juris regulas, ut in Digestis & in Institutionibus nisi evidenter appareat ex circumstantiis, regulas proponi: sed rescribere ut plurimum Imperatores ad casus certos, sive (*ut loquuntur*) facti species certis circumstan- 97
tiis limitatis, de quibus ampliùs, quàm quòd ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit. Quod idem *in d. l. si fundum. 17. C. de rei vindic.* accidisse, ut de fructibus solummodo perceptis, non verò, percipiendis, Imperatores consulti fuerint; ac proptereà nihil de his responderint, vel rescripserint, affirmare nihil impedit. Argumentari autem ex Imperatorum constitutioni- 98
bus à contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & è contrario ab exclusione unius ad inclusionem alterius, valdè est periculosum, & vehementer metuendum; ne, si id concedatur, certissimæ atque extra omnem controversiam positæ juris nostri regulæ, pleræque subvertantur. *Pulchrè Vulteius dict. lib. 1. Disc. Schol. cap. 15. & d cap. ult. Forster. junior. d. lib. sing. de dominio. cap. 9 num. 188. cum seq. pag. 322. & Gilken. prædict. loco num. 21 & 22.* Ratio 99
porrò, cur malæ fidei possessor de omnibus omninò fructibus domino restituendis damnetur, expedita est: quia iniquum esset, malitiam atque fraudem ullâ ratione malæ fidei possessori esse luctuosam, cumque locupletiorem reddi cum jactura & injuria alterius. *l. nam hoc natura. 14 ff. de condict. indebit. l. planè. 38.*

ff. de hereditat. petit. & l. jure natura. 246. ff. de reg. jur.

100 Ad extremum illud hîc addendum 1 quòd non solùm ipse malæ fidei possessor; sed etiam ejus heres, quantumvis hic in bona fide existat, ad fructus omnes restituendos cogi possit, *d.l.a. in fin. C. de fructibus & lit. expens. l. vitia. 11 C. de adquir. & retin possess. l. cùm heres. 11. ff. de divers. & tempor. præscript. §. diutina. 12. vers quòd si illo. inf. de usucap. l. diutina. 4. C. de præscript. long. temp. Bartol. in l. ex diverso. 35. §. 1. num 12. ff. de rei vindic. Abbas num. 10. & Berous. num 38 in c. gravis. de restit. spol Ruin. cons. 50. in fin. lib 5. Sotin. tract. fallent. reg. 250. fallent. 2. Afflict. decis. 149 num 3. Socin. jun. cons. 182. num. 28 lib. 2. quos omnes refert & sequitur Menoch de recuperat possess. remed. 15. num. 618.* Nec ab hac sententia dimovere non debet Ioannes Copus *in tractat. de fructib. lib. 2.*
101 *num. 4. cap. 3.* ubi scribit, heredem in bona fide existentem, minimè condemnandum esse ad restitutionem fructum, tametsi defunctus rem mala fide possiderit, *per textum in l. bona fides, 48. ff. de acquir. rer. domin. & similibus, allegatis suprà num. 36. & seqq.* quibus apertè dicitur, bonæ fidei possessorem omnes fructus suos facere. *Nam* libenter largimur; bonæ fidei possessorem regulariter fructus facere suos: sed casum hunc excipimus, quando videlicet defunctus
102 in mala fide fuit: quia ipsius vitium & culpa successorem comitatur. *d. l. 2. in fine. Cod. de fructib. & lit. expens & d. l. vitia. 11 C. de acquir. & retinend possess.* Quod verò Copus regerit: hoc non ad factum, id est, ad fructuum perceptionem; sed ad jus, hoc est, ad usucapionem pertinere: nec lege, nec ratione aliquâ probat: & contrarium evincit ipse textus *in d. l. 2.* ubi agitur de fructibus restituendis à malæ fidei possessore, cujus heres fortunam sequitur, utpote in vitium succedens defuncti, *ut Impp. Valent. & Valent. sibi in fine loquuntur.* Nec admittenda est illa interpretatio, quam adfert Copus: Imperatores loqui de herede, qui litem motam non ignoraverit; & sic in mala fide fuerit: *Quandoquidem* si in mala fide heres existat: hæc ipsa mala fides, non verò successio in vitium defuncti, fructuum acquisitionem impediret. Imperatores autem eò loci perpendunt non propriam ipsius heredis scientiam & malam fidem: sed unum illud, quòd scilicet in vitium defuncti, qui fuit in mala fide, successerit. *Ita bene istam, l. 2. declarat Eschinens libr. 1. controversiar. jur. cap. 56.*

§. verò, ad quem. 36.

Is verò, ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quàm si ipse eos perceperit. Et ideò licèt maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit: ad heredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur. Eadem ferè, & de colono dicuntur.

S V M M A R I A.

1 *Sicut bonæ fidei possessor, ita & fructuarius & colonus fructus acquirunt.*
2 *Bonæ fidei possessor & fructuarius in quo differant.*
3 *Usufructus morte fructuarii finitur.*
4 *Colonus quis.*
5 *Inquilinus quis.*
6 *Coloni duplices.*
7 *Usufructuarius & colonus quomodo differant.*

QVæ in §. superiore de bonæ fidei possessore dicta 1
sunt: Imperator hoc loco extendit ad usufructuarium & colonum. Quemadmodum enim ille; ita & hi fructus rei possessæ acquirunt, suosque faciunt. In eo tamen potissimùm bonæ fidei possessor & usufructuarius distinguuntur: quod bonæ fidei possessori fructus cedant, quomodocunque & per quemcunque à solo separati fuerint: fructuario autem non, nisi 2
ipsemet, vel alius ejus nomine illos à fundo separârit, aut decerpserit; tametsi necdum plenè collecti, vel in horreum reconditi fuerint; *ut hic, & l si ejus 78. ff. de rei vindic. l. arboribus. 12 §. Iulianus. 5 ff. de usufruct. l. si fructuarius. 13 ff quib. modis usufruct. amitt. l qui scit. 25. § 1. vers præterea. ff de usuris l bona fidei. 48. in princip. vers. denique ff. de acquir. rer. domin.* Quam-
obrem cum ususfructus, utpote jus personale, morte 3
fructuarii quamprimùm extinguatur. *§ finitur. 3. supr. de usufruct. l 3 §. ult ff quib. modis usus amitt.* nisi percepti sint fructus, ad heredes ejus non transeunt: sed domino proprietatis simpliciter acquiruntur. *hoc §. & l. in singulos 8, ff. de annuis leg.* Quod secus est in bonæ fidei possessore, qui jus reale quasi dominii, eòque etiam fructuum, ad heredem transmittit. *d l. qui scit. 25. § 1. ff. de usuris. d. l bona fidei. 48. in princip ff de acquir. rer. domin. & similibus.* Atque istam differentiam Interpretes plerique amplectuntur: *Accurs. h. in verb. præceptis. Angel. Platea, Giphanius, Rittershusius, Balduinus, Hotomanus, Schneidevvinus, Wesenbecius, Bachovius. Ferrar. Cantiuncula, & alii plures designati hic à Gilkenio. num. 3. Qui num. 4. & seqq. erroneam Cujacii, & ei assentientium opinionem refellit.* Eadem de re consulantur *Hartmannus Pistoris libr. 1. quæst. 24. num. 16 & seqq. Cavalcan. in tract de usufruct. num. 242. Donell. libr. 10. Commentar. de jure civ. cap. 9 Matthias Stephani cent. 2. quæst. 19. & Hœnenius Disput. 4. ad Institut. controvers. 15.*

Planè, quod de usufructuario modò dictum est, i- 4
dem ferè de colono dici potest: *ut Imperator hic in fine ostendit.* Dicitur autem colonus, qui prædium
rusticum colendum conduxit: differtque ab inquili- 5
no, qui prædii urbani conductor est. *l. rei pignoris. 37. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. Iulianus. 13. §. penul. ff. de action. empt.* Suntque coloni duplices: alii partia- 6
rii, qui fructus cum domino dividunt: alii, qui nummos agros colendos suscipiunt. *l. si merces. 25. §. vis major. ff locati. l. si apes. 26. §. 1. ff. de furt. Bercholt. & Mynsinger. in hoc §. num. 9.* Cæterum rectè Impe- 7
rator

ratorad dit voculam restrictivam, *ferè*. Etsi enim usufructuario non sit absimilis colonus in eo, quòd ut ille, ita & hic fructus facit suos: tamen in hoc differt à fructuario ; quòd colonus jus omne, ac fructus etiam pendentes (ut & bonæ fidei possessor) ad heredem transmittat: fructuarius non item. *§. ult. infr. de locatione & conduct, l. sed addes. 19. §. ex conducto. 8. l. cùm in plures. 60. §. 1. ff. locati. l. viam veritatis. 10. l. cùm conductorem. 29. l. conductores. 34. Cod. eod. d. l. si fructuarius. 13. in fin ff. quibus modis usufruct. amitt. Wesenbec. hic num. 3. Heig. num. 4. Schneid. num. 6. & 9. Thadaus Pisa num. 3. aliiq; communiter. Adde Bachovium nu. 5. & 6. pag. 300.*

§. *In pecundum. 37.*

In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus, & lana. Itaque agni, hœdi, & vituli, & equuli, & suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus verò ancillæ in fructu non est. Itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse : cùm omnes fructus rerum naturâ gratiâ hominis comparaverit.

SUMMARIA.

1 *Fœtus pecudum in fructu est, partus ancillarum non item.*
2 *De partu ancillarum, an in fructu esset, fuit inter Iurisconsultos veteres magna controversia.*
3 *Rationes, quare partus ancillarum non sit in fructu.*
4 *Ancillarum operæ potiùs, quam partus, in fructu sunt.*
5 *Explicatio l. Falcidia. 24. §. 1. ff. ad l. Falcid.*
6 *Lege Falcidiâ quid in quartam imputetur.*
7 *Declaratio l. respondit. 14. §. 1. ff. de usur.*
8 *Favore alicujus introductum, non est retorquendum in ejus odium.*
9 *Uno concesso, cætera intelliguntur denegata.*
10 *Conciliatio l. de ducta. 58. §. hereditatem. ff. ad Senatusconsult. Trebell. cum d. l. 14. ff. de usur.*

FOetum, lac, pilum, & lanam pecudum, in fructu esse; proindeque ad fructuarium pertinere : ancil-
1 larum verò partum non item, traditur tùm *hic*, tùm *in
l. pecudum. 28 ff. de usuris. l. vetus fuit quæstio 68. ff. de
usufruct. l. ancillarum. 27 ff. de petit. heredit. l. mulier.
22. §. sed enim. 3. vers. præterea. ff. ad Senatusconsult.
Trebell. l. sed & partus. 12 in princip. ff. quod met. caus.
l. sequitur. 4. § lana. 19. ff. de usurpat. & usucap. Paul.
2 libr. 3. sentent. tom. 8 de usufructu. §. ancilla, &c.* Fuit
autem hac de re, id est, an partus ancillæ esset in fructu,
ingens olim controversia inter consultissimos & gravissimos Viros, Marcum Brutum, Publ. Mutium Scævolam, & M. Manilium, qui Principes civitatis, id est, juris civilis fundatores fuerunt, *ut innuit Pompon. in l. 2 §. post hos fuerunt. 39. ff. de orig. jur.* Nam hi ajebant, partum esse in fructu : Brutus contrà negabat, *teste Cicer. lib. 1 de finibus & Vlpiano in d. l. vetus. 68 ff. de usufruct.* Sed Bruti sententia tandem obtinuit: *d. l. vetus ff. d. t. d. l. in pecudum. 28. §. 1. ff de usur.* ubi Cajus pro Bruto (quam & Justinianus in hoc §. probat) hanc affert rationem: quia absurdum sit, hominem in fructu esse: cùm omnes fructus rerum natura hominis gratiâ comparaverat: *Vide Iohannem Arndt lib. 4.* Von wahrem Christenthumb. *part. 2. cap. 3. item Iulium Cæsarem Scaliger. de subtilitate exercita. 230. & Timæum Fabrum disput. 14. ad Institut Imper. thes. 9. ubi isthanc rationem ab impugnatione quorundam
vindicat.* Adducit & aliam rationem Vlpianus: quia 3
ancillæ non eâ de causa comparantur, ut pariant, hoc
est, earum non hic est usus, ut pariant, quasi gallinæ, sed
ut serviant. *d. l. ancillarum. 27 ff. de petit. heredit.* Quæ 4
ratio melior videtur: quoniam rerum fructus ex usu spectantur, *l. arboribus. 12. in princip ff. de usufruct. l. penult. ff. de usu, & usufruct. legat.* Itaque ancillarum potiùs, quàm partus, in fructu esse censentur; fructuarioque debentur. *l. 3. & 4. ff. de operis servor. Donell. lib. 4. Commentar. de jur. civ. cap. 25. ibique Hilliger. in suis notis lit. B. Elbert. Leonin. in tract. de usufruct. cap. 1. num. 13.* Sed & hæc afferri poterit ratio: quia fructus est fundi fructus, & quasi pars fundi, *l. fructus 44. ff. de rei vindic. l. ult. §. fructus. 6 ff. quæ in fraud. creditor. l. si servus. 61. §. locavi. 8. ff. de furt.* Atqui ancilla non est fundi fructus, aut pars, neque crescit in fundo, sed est pars patrimonii : indeque partus ancillarum, & fructus fundorum opponuntur. *l. quæsitum 91. §. ult. ff de legat. 1. & notat hic Marcilius. V. de Alphonsum à Carranza in tractat. de pactu naturali & legitimo. cap. 3. num. 28. & sequentib. pag. 825. & seq.*

Nec huic obstat, quod Paulus respondit *in l. Falci-* 5
dia. 24. §. 1 ff. ad l. Falcid. partus ancillarum ante diem fideicommissi editos, ad heredes ejus qui rogatus est, pertinere, eosque in quartam & quartæ fructus computandos, si de lege Falcidia quæstio mercedat. *Nam* non dicit, partus ancillarum in fructu esse: sed in fructus quartæ computari. Inter quæ duo haud exigua est differentia. Quæ enim in fructus imputantur: fructus reverà non sunt, sed pro fructibus tantùm habentur: & contrà, quæ sunt in fructu, fructibus non imputantur, nec pro fructibus habentur. *argum. l. si quis. 10. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Licèt ergò Iurisconsultus velit, partus in fructus quartæ imputari: non tamen sentit, eodem in fructu esse. Præterea non simpliciter ait, partus fructibus computari : sed subjicit, *hoc fieri, si de lege Falcidia quæratur.* Quo procul dubio significare voluit: partus quidèm neque in fructu esse, neque aliàs fructibus computari: sed tamen in L. Falcidia id non obtinere, partusque, ad eam
quod attinet, pro fructibus reputari. Et rectè sanè.
Siquidem hac lege Falcidia in quartum amputatur, 6
quicquid ex successione defuncti ad heredem rogatum restituere pervenit. Ea igitur ratione partus ancillarum in fructus quartæ numerantor sive computantur, non quòd fructus verè sint; sed quia ad heredem, tanquam ad dominum, ex defuncti hereditate perveniant: Itaque res eò fermè redit : ut verbo, *fructus*, generaliter & impropriè sumpto, velut in l. Falcidiâ, partus eo contineatur : aliàs, id est, propriè accepto ut hic, nequaquam contineatur, quemadmodum rectè tradunt Giphanius *in hoc §. nostro*. Connanus.

nus lib 4 Comment. juris civ. cap. 2. Anton. Fab. in Rational. ad l. item veniunt. 20. §. item non solùm. 3. ff. de petit. heredit. lit. d. Anton. de Gamma decis. Lusitan. 135 num. 4. fol. 115 & Bachovius ad vol. 1. Treutler. disp. 15. thes. 10 lit. A. pag. 607.

7 Similiter non adversatur, quod idem Paulus ait *in l. respondit* 14. §. 1 *ff. de usuris*, heredem gravatum restituere hereditatem sine reditu (*hoc est, sine fructibus*) non teneri restituere partus ancillæ, ante diem fideicommissi cedentem (*& sic ante obitum heredis rogati*) editus: ita significans; partus ancillarum in fructu seu reditu esse. *Etenim* heres istis verbis gravatus (*Hereditatem sine reditu restituas*) neutiquam tenetur universum, quod ex hereditate ad ipsum pervenit, solo reditu excepto, restituere. Hoc namque testatorem heredi injungere voluisse negatur: eò quòd verba illa (*hereditatem sine reditu restituas*) partim pro
8 herede, partim contra eum sint prolata. Contra heredem faciunt, quatenus ei mandant, ut hereditatem post mortem suam restituat. Quatenus autem jubent, ut id faciat, retentis reditibus: favorem ejusdem concernunt. Igitur non sunt retorquenda in ejus odium. *l. quod favore 6. Cod. de legib. c. quod ob gratiam. 61. de reg. jur. in 6.* Maximum vero Herodis etiam inducerent: si per ea heredi injunctum esse diceremus, ut, exceptis reditibus, cætera omnia quæ ex hereditate ad ipsum profecta fuerunt, fideicommissario præstaret. Qui enim simpliciter hereditatem restituere gravatus est: non modo fructus, sed partus etiam lucratur; nec eos restituere cogitur, ut circa finem dictæ l. 14. expressio est. Quamobrem si verbis illis adjectis (*sine reditu restituas*, ad partus etiam reddendos heres teneretur: fieret contra proprietatem verborum, ut respicientia illius favorem, summum ei detrimentum afferrent. Hoc ergo pro expedito habetur: in specie dictæ legis 14 heredem non reditus tantùm, sed & ea, quæ in reditu non sunt, retinere posse, non refragante testatoris voluntate, neque etiam verbis repugnantibus. Id quod apertiùs confirmatur ex ipso textu. Nam Iurisconsultus quæstionis propositæ (*an heres ad partus restituendos teneatur*) dubitandi rationem hanc affert; quòd testator verbis testamenti de reditu solo deducendo senserit: ex quo Iurisconsultus pro ratione dubitandi sit argumentatus: Testator de solo reditu deducendo sensit: ergo videtur, quòd partus deduci non possint. Quid quæso clarius, quàm Iurisconsultum sensisse, partum in reditu non haberi? Quod autem hac argumentatione, non obstante, concluserit: partus fideicommisso non contineri; hac ratione factum est: quòd in illa testatoris dispositione nullum reperiatur verbum, quo ademe-
9 rit heredi potestatem retinendi partus. At, *inquies*, † hoc ipso testator videtur ademisse, quòd reditus ei concesserit. Vno siquidem concesso, cætera intelliguntur esse denegata. Verùm respondeo: quamvis uno concesso, reliqua censeantur denegata, id est, non concessa; tamen cætera, quæ quis ab initio habuit, non intelliguntur adempta. Habuit autem heres jus lucrandi omnes hereditatis accessiones & commoditates, atque sic etiam partus, ex eo statim tempore, quo heres institutus est. Quare hoc ei detractum esse non intelligitur per id, quòd testator ei reditus deducere permiserit.

Neque his, quæ jam allata sunt, & simul *d. l. 14. ff. de usur.* repugnat Papinianus *in l. deducta. 58. §. hereditatem. 8. ff. ad Senatusconsf. Trebell.* dum ait: *Hereditatem post mortem suam, exceptis reditibus, restituere rogatus, ancillarum partus non retinebit, &c.* Respondendum enim est: ex diversitate verborum testamenti, quæ in utraque lege proposita sunt, facilè utrumque explicari. Nam, qui, *excepto reditibus*, restituere jussus est: reditibus solis retentis omnia, atque ita etiam partus restituere tenetur. His etenim verbis (*exceptis reditibus*) significatur: testatorem voluisse omnia restitui, quæ in reditu non essent, quandoquidem qui unum tantùm excipit, cætera omnia, quæ excepta non sunt, secundùm regulam determinat. Quapropter cum testator à restitutione mandatâ reditus duntaxat excipiat, & sic non hereditatem solummodo, sed omnes hereditatis accessiones, quæ in reditu non sunt, veluti partus, restitui velit: perspicuum inde efficitur, *d. l. 58. § hereditatem ff. ad SC. Trebellian.* longè diversam habere facti speciem *à dict. leg. 14. ff. de usur.* Nam quando *sine reditu* hereditatem restituere heres jussus est: verba illa (*sine reditu*) apposita, censentur. non ut reditus tantùm excipiantur, sed quibus demonstretur, testatorem non velle, ut reditus & reliqua omnia hereditatis commoda restituantur, quamvis hereditatem restitui velit. Quasi dixerit: Hereditatem quidem præstari volo! sed non reditus & cæteras accessiones, adeòque partus. Qui autem sic disponit: *hereditatem, exceptis reditibus, restitui jubeo*: non hoc solùm significat, velle se, ut hereditas quidem, non verò reditus restituantur. sed mandat etiam, ut singula atque omnia emolumenta, sicque etiam partus, solis reditibus retentis, fideicommissario præstentur. Cæterùm de salebroso isto articulo (*quem Balduin. hic, & Gilkenius f. in hoc §. si quis à non domino. 35. cap. 3. num. 7 item in l. certum 22. cap. 3 num. 5. & seqq. C de rei vindic. subscribens Copo. in tract. de fruct. cap. 3. & recentiores nonnulli alii prorsus inexplicabilem putant*, videantur *Francisc. Connanus dict. lib 4 Comment. juris civ. cap. 2. num. 2. 3. & 4. Ioan. Coras. lib 5. Miscell. juris civ. cap. 8. num. 3. & seqq. Anton. Covarr. in d. l. 24 ff. ad l. Falcid. Menoch. de arbitr. judic. quæst. cent. 1. lib. 2 cap. 49. nu. 7. cum seqq. Francisc. Zeannett. in tract. de duplici venat. circa princ. nu 23. & seqq. Nicol. de Passerib. à Genoa in conciliat. legum in jure civ. contrariarum pag. 182. edit. 1. Hunn. lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 1 quæst. 29. itemque in resolut. ad vol. poster. Treutleri disput. 18. thes. 5. quæst. 28 pag. 410. & seqq.* 10

§. *Sed si gregis. 38.*

Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum, ex fœtu fructuarius submittere debet, (ut & Iuliano visum

sum est) & in vinearum demortuarum vel arborum locum, alias debet substituere. Rectè enim colere, & quasi bonus paterfamiliae uti debet.

SVMMARIA.

1 *Gregis usumfructum habent, ex foetu gregem supplere tenentur.*
2 *An & quando fructuarius in arborum demortuarum vel dejectarum locum alias substituere cogatur.*
3 *Qui sentit commodum: sentire etiam debet incommodum.*
4 *In quibus rebus augmento non sit locus.*

1 QVandoquidem modò dictum est: foetus pecudum in fructu esse, adeòque ad fructuarium spectare: ideireò hic adjungit Imperator, eum pro hoc commodo etiam incommodum quoddam sentire debere, putà ut, si gregis habeat usumfructum, qui (*exempli gratiâ*) constet centum ovibus, & ex iis aliquae emoriantur, ex foetu sive agnis gregem supplere & summittere non intermittat: ita ut centum capita proprietario semper conserventur. Idemque est in vineis & arboribus demortuis (siquidem & plantae vivunt,
2 & habent animam vegetantem) vel dejectis. Nam † ut fructuarius earum fructibus utitur: ita & in demortuarum & dejectarum (dummodo vi tempestatis non fuerint dejectae vel eversae: quippe hoc casu ad subsetendum alias non est compellendus. *l. arbores 59. ubi Gothofred. ff. de usufruct. Mynsing. allegans Zasium hic num. 3.*) locum alias substituere tenetur. *l. agri. 18 l. vetus. 68. §. ult. cum duab. ll seqq. ff de t. de usufruct. l. ple-*
3 *rumq; 10. §. sed foetus. 3 ff de jure dot.* Cujus ratio est: tum quia ad quem pertinet commodum: ad eum & incommodum pertinere debet. *l. is, qui in potestate. 15. §. ult ff de legat. praestand. l. secundum. 10. ff. de regul. jur.* Tum quia fructuarius rem, cujus habet usumfructum, rectè colere, eàque ceu bonus paterfamilias uti debet; *quemadmodum hic in fine Imperator subjicit.* Eoque facit *l. si cujus 13. §. fructuarius. 4. ff de usufructu.* Quod autem dicitur, *inquit Vlpianus*, usufructuarium submittere debere: toties verum est, quoties gregis, vel armenti, vel equitii, id est, universitatis, usufructus legatus est: caeterùm, si singulorum capitum, nihil supplebit. *l. quid ergò 70, §. sed quod di-*
4 *citur. 3. ff eod. tit.* In iis enim, quae numero certa sunt & designata, non est augmento locus: adeò, ut ante moram heredis nati pulli, non legatario debeantur, sed heredi: quod secus esset in gregis legato. *l equis. 39. ff. de usur.* ubi Modestinus ita respondit: *Equis per fideicommissum legatis post moram heredis foetus quoque debentur: equitio autem legato, etiamsi mora non intercedat, incremento gregis foetus accedunt.*

§. *Thesauros. 39.*

Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Hadrianus naturalem aequitatem sequutus, ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitù invenerit: dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit: dimidium inventoris, & dimidium esse Caesaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.

SVMMARIA.

1 *Thesaurus quid sit, & unde: item quae pecunia dicatur impropriè thesaurus.*
2 *Thesauri inventio quomodo differat ab inventione rerum [illegible]*
3 *Quod nullius est, id occupanti conceditur.*
4 *Thesaurus arte magicâ inventus, fisco applicatur.*
5 *Ex loco distinguitur, an thesaurus fiat inventoris.*
6 *Thesaurus in loco sacro vel religioso inventus, cujus fiat.*
7 *Conciliatur l. 3. §. penult. ff. de jure fisc. cum hoc §.*
8 *Locum religiosum quisq; suâ voluntate facere potest.*
9 *Thesaurus in loco sacro, vel religioso publico, vel ecclesiastico inventus, ad quem hodie de jure canonico spectet.*
10 *Num fundum alienum, in quo thesaurus repositus est, sciens emens, eum totum acquirat, an verò partem venditores reddere teneantur.*
11 *Dolus suus nemini prodesse debet.*
12 *Quod dolus legibus vindicetur.*
13 *Ad instantiam respondetur.*
14 *Aequitas quid in omnibus rebus requirat.*
15 *Actio in factum adeo generalis est, ut communibus regulis non possit coerceri.*
16 *An usufructuarius thesaurum, in fundo fructuario inventum, ex asse suum faciat.*
17 *Thesaurus in fructu non computatur.*
18 *Consideratio l. usufructuarium. 62. ff. de usufructu.*
19 *Utrum bonae fidei possessor thesaurum repertum, in solidum acquirat.*
20 *In quibus rebus possessor bonae fidei, loco domini habeatur.*
21 *Thesaurus in praedio feudali vel emphyteutico inventus, cujus efficiatur.*
22 *Thesaurus in loco alieno casu repertus, pro media parte inventori, altera domino loci cedit.*
23 *Sententia l. fructus. 7. §. si fundum. ff. solut. matrim.*
24 *Actus agentium ultra eorum intentionem nihil operantur.*
25 *Emphyteuta & vasallus interdum impropriè domini appellantur.*
26 *Unius ejusdemq; rei plures insolidum dominos esse nequeunt.*
27 *Rei vindicatio directa, & utilis, quibus competant.*
28 *Thesaurus fortunae donum.*
29 *Quae damna & incrementa ad vasallum vel emphyteutam pertineant.*
30 *Thesaurus non est pars praedii, sed quid ab eo separatum.*
31 *Auctor a reprehensione Forsteri vindicatur.*
32 *Et quid pecunia, in libro alieno casu improviso, in praesentia dominî reperta, & eidem tradita, pro dimidia parte inventori cedat.*
33 *Cui non convenit definitio, ei nec competit definitum.*
34 *Verbum capere cum affectu & effectu acquirendi accipitur.*
35 *Ad thesauri acquisitionem utrum solus sufficiat affectus, an verò apprehensio etiam, & occupatio requiratur.*
36 *Res nullius occupatione acquiruntur.*
37 *Rem invenire, quid significet.*
38 *Traditis clavibus ad horreum, frumentum venditum censetur esse traditum.*
39 *Similia multa videntur, quae tamen sunt dissimilia.*
40 *Si inventor neget, se thesaurum invenisse, vel minorem summam fateatur, quomodo ad indicandam summam cogi possit.*
41 *Cui thesaurus totus, vel pro parte debetur, is contra possidentem rei vindicationem habet.*

42. Rei vindicatio cuilibet domino, sive jure civili, sive jure gentium dominium sit adeptus, competit.

VNdecimus acquirendi dominii modus est, *thesauri inventio* Thesaurus (qui generaliter dicitur omne id, quod in futurum usum asservatur, quasi θεὶς εἰς αὔριον, hoc est, in crastinum aut futurum repositum. *Francisc. Connan lib 3. Commentar. jur. civ. cap. 4. num. 3. circa fin. Donell. lib. 4. Commentar. de jur. civ. cap. 14. pag 255. Lessius lib. 2 de just. & jur. cap 5. dubi*
1 *tat. 15. nu 57. Ioan. Borcholt hic num. 1.* item in genere significat acervum vel cumulum seu copiam quamlibet rerum, etiam malarum, *decente hic Rittershusio pag 175.* nec non facultates principis, vel civitatis cujusdam. *Nicol: Betf. de pact. famil. illustr. pag. 730. Phil. Camerar. meditat. histor. cent. 2. cap 73.* Indeq; fit, ut istiusmodi opibus præfecti vocentur thesaurarii. *Menoch. lib. 3. præsumpt. 140. nu. 11. Ioan. Baptist. Cost. de fact. scient. vel ignorant. cent. 2. distinct. 24. nu. 11. eosq; citans Conrad. ab Einsiedel. in tract. de regalib. cap. 3. nu. 386. pag. 832 Atq; de varia istius vocabuli derivatione & significatione fusissimè differtat Caspar. Birschius in tractat. de thesauris part. 1. cap. 1. thes. 4. cum seqq.*) est vetus quædam pecuniæ depositio, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. *l. nunquam. 31. §. 1 ff de acq. rer. dom.* In qua definitione, verbo pecuniæ, non solùm significantur nummi, sed & aliæ opes abditæ. *l. unic. C de thesaur. lib.* 10. ut aliàs etiam pecuniæ nomine tum numerata pecunia, tū quævis res alia continetur. *l pecunia verbum. 178. & l. pecunia nomine. 222. de verb. signif.* Ex illis autem manifestum & consequens est, verè & propriè eam pecuniam (licèt impropriè & abusivè etiam thesaurus dicatur, *in l. item Labeo. 22. in princ. ff. fam. ercisc. l. thesaurus. 15. ff. ad exhib. Ioan. Guttierrez practic. quæstio. lib. 4. quæst. 36. nu. 8. Sixtin. in tractat. de regalib. lib. 2. cap. 21 nu. 4. edit. 2.*) quam quis vel lucri, vel metûs, vel custodiæ causâ condidit sub terra, & à quo, & quando sit condita, non ignoratur, thesauri jure non censeri: sed manere pristini domini: adeò, ut qui eam invenit, si restituere nolit, furti teneatur. *d. l. nunquam. 31. §. 1. ff. de acq rer. dom. l. à tutore. 67. ff. de rei vindic. l. peregrè. 44. in princ. ff de acquir. rer. vel amitt. possess. §. 1. infr. de obligat quæ ex delict. nasc. Iacob. Ayrer. in processu histor. jur. part. 1. cap. 10. observ. 6. nu. 2. Berlich. part. 2 conclusion. pract. ea bil. conclus. 66. nu. 7 8 24. 25. & seqq. pag. 1284.* Sed & non dubium est: rei vindicationem hujusmodi pecuniæ nomine, cujus depositio non est vetus, competere: idque inde patet, quòd cuiq; domino ea actio competat, *l in rem. 23. in princ. ff de rei vindicat. l. dece ancillam 9. C eod.* Sic etiam vel ex sola *d. l. à tutore. 67.* illud manifestum fit: quia lex ista collocata est sub *tit. ff. de rei vindic.* atque ita Scævola, licet non expressè in sua facti specie voluit rei vindicationi locum esse, ut benè animadvertit D. Sixtinus *d. tract. de regalib. lib. 2. cap. 21. num. 9. edit. 2.*

2 Cæterùm hic acquisitionis modus à tertio, videlicet ab inventione rerum litoralium, in eo differt: quod ibi res, quæ indistinctè nullius in bonis sunt, nunquam in alicujus dominio fuerunt, ... occupanti cedant. At thesaurus antea in alicujus dominio fuit: licèt, in cujus, ignoretur. Est enim ab homine repositum cum gemmas ac lapillos ad usum communem natura prodiderit. *Schneidevvinus, post Nicasium, hic num. 2.* Ratio hujusmodi naturalis est. Nam cùm thesaurus nullum dominum habeat: adeoque nullius esse intelligatur, meritò occupanti
cedit. Quicquid enim nullius est, alicujus tamen esse 3
potest, id naturali ratione occupanti conceditur. *§. feræ 12. f hoc tit. lib. 13. in princip. ff. de acquir. rer. domin.* Vide aliter sentientem Conradum ab Einsiedel *d. tract. de regalib cap. 3 num. 388. cum seq. pag. 833. & seq.* ubi ait, thesaurum non habere dominum cum effectu: ac proinde ex mera æquitate inventori acquiri, dominum verò habere inspectâ ratione juris, cùm ejus dominium ad deponentis heredes ipso jure, ignorantes licèt, semper transeat, *arg. §. sui autem. 3. infr. de heredit. quæ ab intestat. defer. l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. heredi. instit. & similium.* Prædicti non obest *l. lege Iulian. 4. §. non fit locus. 6. ff. ad l. Iulian. pecul.* quâ pecuniam non posse sepeliri cantum ostenditur. *Nam* maximè illud mandatis Principum constitutum sit: nulla tamen pœna usquam inventori infligitur, ut cujus nullum sit delictum, nisi malis artibus quæsierit. *l un. C de thesaur. Timaus Faber disput. 14. ad Institut. Imperial. thes 10.*

Omnis porrò hujus acquisitionis vis posita est in duobus: in inventione scilicet & loco. *Ioan. Bruning. discurs. palæstra Imperialis V. thes. 4. sub lit. E.* In inventione quidem: quia inventio quædam occupationis species est: & vel licita est, vel illicita, ut quæ fit in
cantatione & arte magica: sed quod ita invenitur, id 4
omne fisco applicatur, & inventor capitali pœnâ coercetur. *l. unic. ubi gloss & Bart. C. de thesaur. libr. 10. l. nemo. 5 C. de maleficis & mathemat. Mynsinger. & Schneidevv. hoc num. 5. Isern Præposit. & Alvarte ad cap. un. quæ sint regalia num. 7. in usib. feudor. Ioan. Baptista Costa tom. 1. tract. de facti scient. & ignorant. centur. 1. dist. 60. num. 9. fol. 378. Rosenthal. in tract. feud. cap. 5. conclus. 92. num. 3. Peregrin. de jure & privileg. fisci, tit. 2. num. 2. libr. 4. Vultejus libr. 2 de feud. cap 5 num. 7. pag. 96. Ioan. Schonerus libr. 1 disput. feudal. 4 thes. 83. Practic. Papiens. in form. libelli in actione reali. gloss. jure dominii vel quasi. num. 12 Dominic. Cardinal Tuschus tom. 8 practic. conclusion. lit. T. conclus. 300. num. 1. Berlichius dict. part. 2 conclus 66. num. 6. & 11. Gutierez. dict. lib. 4. practicar. quæstion. quæst. 36. num. 10. & 12. & Gars. in tract. de expensat. & meliorat cap. 22. num. 52.* Vide tamen aliquo modo sine sufficienti ratione reclinantes. *D. Bocerus in tract. de regalibus cap. 3 num. 180 Alciatum libr. 7. parerg. cap. 1. num. 1. Sixtinum, de regalib dict. libr. 2. cap. 21. num. 34. hosq; referentem Einsiedel. dict cap. 3 num. 401, pag. 848. & seqq.* Quibus novè adstipulantur D. Lansius & Winandus a Petersdorff. *in disput. de regalib thes. 247. pag. 35.* Licita inventio vel fit datâ operâ & studio, vel fortuitò: & utriusque idem est jus in loco suo: non item in loco alieno, *ut mox indicabitur.* In loco vero hujus acquisitionis vis consi... q[uia] thesaurus loci quodammodo pars esse videtur:

detur: ut & gemmæ ac lapilli in litore inventi, ejusdem sunt juris, cujus est litus. §. *item lapilli* 15. *suprà hoc titulo.* Etsi autem hic varia & diversa recensentur loca: hæc tamen omnia ad duo genera revocari possunt: ut locus vel sit suus sive proprius, vel alienus. De alieno, hoc juris est: ut thesaurus in eo inventus fortuitò, ex dimidia parte sit inventoris, ex altera sit domini loci, non fortuitò, sed studio & consulto inventus, sit totus domini loci *dict. l. uni. Cod thesauris.* Cæterùm alienus locus est vel privatorum, vel non:
6 & hujus generis est locus Cæsaris, fiscalis, publicus, & civitatis. De loco suo, aut eo, qui est nullius, id est, sacro vel religioso, hoc jus observatur: ut thesaurus in eo inventus, ex asse sive totus sit inventoris: in suo quidem, sive fortuito, sive industria in sacro & religioso, si casu fortuito inventus fuerit. *d. § l. si is, qui. 63 ff de acquir. rer. domin. l. fructus. 7. § si fundum. 12. ff. solut. matrim.* Ideò autem hic additur, *casu fortuito*: ne detur hominibus avaris occasio violandorum sepulchrorum, si etiam studiosè quæsitus in ventosq; thesaurus cederet inventori, *docente Hunnio hic pag. 105.*

7 Sed valdè obstat *l 3 § penult ff. de jure fisci* ubi thesauri in locis fiscalibus vel publicis, religiosisvè, aut in monumentis reperti, dimidia pars fisco defertur. Non ergò, *secundùm hoc nostri dispositionem*, thesaurus loco religioso forte fortunâ inventus, integer & totus inventoris erit. Hæc pugna plerisque (*recentioribus præsertim*) inextricabilis visa est: adeò, ut non eos pudeat, contra apertum pronunciatum Iustiniani *in l. 1. § nulla 8. & l. 2 §. contrarium. 15. Cod. de vet. jur. enucl.* antinomiam seu contrarietatem dicere, quæ pacto nullo conciliari possit. *Quâ de re videantur Anton. Augustin. lib. 1. emendat. cap 3 ad finem. Fornerius lib. 3 select. cap. 26 Cujacius lib 9 observat. 27. Donell. lib. 4. Comment. de jure civ. cap. 14. pag. 256. Duar. ad tit. ff. de acquir rer. domin. cap. 4 Covarruv. ad c. peccatum. de reg. jur. in 6. part. 3. relect. §. 2. num. 3. Peregrin. libr. 4. de jure fisc. t. 2. num. 7. Gothofred. ad Nov Leonis. 51. Eguin. Baro, Marcilius, Rittershusius, Vultejus, Heigius, Antonius, Matth. ad hunc §. D. Bocerus, ibidem num 21 pag 38. cum seq. & dict tractat. de regalibus cap 3. num. 178 Georg. Martinius in contrar. non contrar. Disput. 2. thes. 17. Nicolaus de Passeribus à Genoa in conciliat. leg. in jure civil. contrar. pag. 346. num. ult. Ieremias Reusnerus in methodo jure feud. disput. 4. thes. 86. Bachovius hic num. 3. pag. 3036. & in notis & animadvers ad Treutler. volum. 2. disput. 20. thes 2. liter. G. pag. 189 & seq. itemque Lessius dict. lib. 2. de justit. & jur. cap. 5. dubitat 16. num 63. & seq* Ego verò cum aliis existimo, nihil prorsus pugnantiæ aut contrarietatis esse: & dictam *l. 3. §. penult. ff. de jure fisci*, accipiendam esse de locis religiosis fiscalibus, in quibus thesaurus fortuitò repertus, pro parte dimidia fisco, pro altera parte inventori cedit: ut hæc ejus legis sit sententia: thesauri in locis fiscalibus inventi pars media fisco vindicatur, sive loca illa fiscalia, in quibus inventus est, publica fuerint, sive religiosa, vel monumentis destinata: quia satis est, ista loca esse fisci.

Et ita etiam exaudiri debet constitutio Friderici Imperator. *in tittul. 56. in fin. libr 2. feud. quæ sint regal.* quòd nimirum Fridericus Imper. loquatur non de thesauro, in quovis loco religioso invento; sed de thesauro reperto in loco religioso fiscali, juxta *dict. l. 3. §. penult ff. de jure fisci.* Cæterùm *in § nostro* agitur 8
de loco religioso suo & proprio, quem quisque suâ voluntate, inferendo mortuorum, facere potest *§. religiosum. 9. § hoc titulo.* in quo loco thesaurus, à fundi domino repertus, casu fortuito, ex asse & in solidum ad inventorem pertinet. Quanquam enim locus religiosus sit propriè nullius. *§. nullius 7. f. eod.* tamen cùm fundo, qui privatus est, cohæreat: illius quodammodo esse censetur, cujus totus est fundus. Atque sic sentire videntur *Connanus libr. 3 Commentar. de jure civil cap. 4. num. 2. Alciatus. libr. 1. parerg. cap. 1. Ludov Charond. lib 1. verisimil. jur. cap. ult. ad finem. Menoch. libr. 5. præsumpt. 30. num. 8. Wesenbecius, Hotomannus, Tuningius, Cantiuncula, Balduinus, Thomas Linius, Giphanius & Gilkenius. num. 23. & seqq. in hoc § Broncherst. cent. 2. [illegible] asfert. 60. edit. 1. Borlschius dict. part. 2. conclus. 66. num 14 & seqq. Vngepaur. exercit. Iustin. 5. quæst. 13. pag. 251. edit. ult. Arumæus Exercit. Iustin. 4. thes. 20. Andr. Gerhardi decad. 4. quæst. 10. Hunnius in resolut. ad volum. poster. Treutler. disp. 18. thes. 2. quæst 15. pag. 394 & libr 2. variar resol. jur. civil. tractat. 1. quæst 36 itemque Conradus ab Einsiedel. in tractat. de regalibus. cap. 3. num. 398. cum seqq. pag. 843. & seqq. ubi D. Boceri dissententis argumenta prolixè refutat.* Adde eâdem de quæstione utramque in partem latè disserentem, & tandem nostram in sententiam inclinantem Forsterum juniorem *in libro singul. de dominio. cap. 9. num. 120. cum seqq. pag. 282. & seqq.*

Etsi verò Interpretes nonnulli autumant: hodie 9
jure pontificio thesauri in loco sacro & religioso publico, vel fundo ecclesiastico inventi, partem dimidiam non fisco, sed Ecclesiæ adjudicandam esse, *Alvarotta ad dict. cap. un quæ sint regal. circa finem. Angel. Porcius, Faber. Linius, Bebio, Wesenbecius num. 6. Schneidewvin. num. 9. & alii in hoc § Ioan de Platone in l. unic. colum. 3. vers. sed quid, si quis inveniat. C. de thesaur. libr. 10. Ferrar. in form. libell actionis realis. verb jure dominii, vel quasi. num. 12. in fine. Conrad. Lagus in method. jur. civil tit. de invent. rer. Peregrin. de jure fisci. libr. 4. tit. 2. num. 7. vers. verùm cum apud nos, & c. eosque laudant Sixtinus dict. tract. de regalibus. libr 2. cap. 21 num. 38. & seq. edit. 2* cùm tamen isthoc Doctorum pronunciatum nullo juris canonici textu specialiter probetur: à dispositione juris civilis, *quod expressum est in dict. cap. unic. Quæ sint regal. in fin. & dict. l. 3. §. penult. ff. de jure fisci.* non temerè erit recedendum, *argum. l penult. vers. neque enim ff. de rebus credit.* Tametsi in casu, quo clericus thesaurum in loco ecclesiastico invenit, Ecclesiæ iste thesaurus, si non ex asse, ex semisse tamen acquiri videatur. *argum cap. excommunicamus. 13 §. damnati. de hæreticis. Henric. Bocerus. class 5. Disput. 3. thes 47 edit. 2. & dict. tractat. de regalibus. cap. 3. num. 179.*

Eandem rem enodatiùs persequitur Casparus Bitschius *dict. tractat. de thesauris. part. 2. cap. 8. thes. 238. & seqq.*

10 Quæri vulgò solet, si quis fundum alienum, in quo thesaurum reconditum scivit, ab ignorante emerit, eumque posteà effoderit, & occupaverit: nunquid venditor in eo thesauro quid juris ab emptore sibi vindicare, & adversus eundem agere possit? Negantium calculo accedendum esse videtur. Cùm enim emptor thesaurum in suo invenerit: omnino dicendum est, totum illius esse factum, *argum. hujus §. nostri:* ibique Hotomannus enunciat. 3. *dict. l. a tutore. 67 ff. de rei vindic. dict. l. nunquam. 31. § 1. ff. de acqu. rer. domin. item per textum impressum in Evang. Matth. cap. 13. vers. 44. Sixtin. dict. tractat. de regalib. libr. 2. cap. 21. num 43 & seqq. edit. 2. Ioannes Halbritter. in disput. de rer divis. de Anno 1589. thes 64. Schegk. in Delibat. jur. Disput. 6. thes. 24. Martinus Bonacina. in tractat. de contractibus & restitutionib. disput. 1. quæst 3 part. 6. num. 7. Heigius in quæstionib. jur. tam civil. quam Saxon. quæst. 13 num. 61. & seq. part.* 1. Haneque sententiam novissimè comprobat Berlichius *dict. part. 2. conclus. 66. nu. 4. & 5. pag. 1377.* nec non Vngepaur *dict. exercitat. Iustin. 5. quæst. 13. pag. 25e. edit. ult.* Nec movet, si objiciatur, emptorem ante venditionem invenisse censeri, cùm thesaurum in fundo sciverit. Quia non sola scientia, sed simul etiam apprehensio ad thesauri inventionem requiritur. *leg. 3. §. Neratius. 3 ff. de acquir. vel amitt. possess. & inferius num. 31. & seq. uberius docebitur.*

11 Nec urget quòd, dolus suus nemini, adeoque nec huic emptori prodesse debeat. *l. 1. ff. de dol l. itaque. 12. §. 1. l. eum, qui. 14. §. si autem. 3. ff. de furt.* Negatur enim, emptorem in proposito casu dolum commisisse: cùm cuivis jure concessum sit, ut fundum alienum utilitatis suæ, sicque etiam thesauri effodiendi gratiâ sibi comparare queat. *At dicat* aliquis, hoc ipso emptorem dolosè egisse, quòd venditori non revelaverit,
12 thesaurum in ipsius fundo esse reconditum. *Sed respondetur*, quòd hoc facere non tenebatur: ideoque quamvis omiserit, doli argui non potest: maximè cùm is dolus demum legibus vindicetur, qui cum fraude, id est, damno alterius conjunctus est. *l. jurisgentium. 7. § sed si fraudandi. 10 ff. de pact.* ubi Vlpianus inquit: *Inest dolo & fraus*, hoc est, dolus, qui consideratur à lege, si fraudem in se contineat, alterique damnum afferat, necesse est. Emptori igitur dolus objici ad venditorem nequit: cum nullum damnum
13 in bonis suis acceperit. Neque verò dici potest, thesaurum à venditore esse venditum, & sic actione ex vendito eum adversus emptorem experiri posse, aut certè usurum remedio *l. 2 Cod. de rescind. vendit.* ut, si precium thesauri & fundi venditi conjunctum duplo majus sit, quàm quod venditori datum est, contractus aut rescindatur, aut quod justo precio deest, suppleatur, *tradente Romano, in l. si quis, cùm aliter. 36. ff de verbor obligationib.* Nam non conceditur, fundo vendito, thesaurum venditum intelligi. Cùm enim sub terrâ adhuc lateat, nec apprehensus sit: in nullius esse dominio censetur; ac proinde ejus nulla venditio est: & consequenter remedio dictæ *l. 2. Cod. de rescind. vendit.* quòd de rebus venditis maximè competit locus esse non potest. *l. si in emptione. 34. §. 1. ff. de contrah empt. Connanus dict. lib. 3. Commentar. cap. 4. num. 4. Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 20. vers. quartè controvertitur. pag. mihi. 244. Arumæus decision forens. lib. 1. decis. 1 D. Besoldus. in delibat. jur. ex lib. 18 ff. quæst. 9 pag. 23. latè D. Bocerus præallegato tractat. de regalib. cap 3. num. 186. & seqq.* Vtut
14 autem isthæc stricto jure sese habeant: si tamen æquitate) quæ omnibus in rebus hoc requirit, ut inter bonos bene & sine omni fraudatione agatur: nec quisquam ex callido suo facto lucrum reportet) pendantur. thesaurum hunc inter venditorem & emptorem æqualiter dividendum esse, non usque adeo ineptè quidam existimant. Cùm enim emptor, thesaurum in fundo reconditum esse, sciverit: hæc utique scientia ipsum quodammodo in mala fide constituit, *argum. l. si furem. 32. § 1. ff. de usurpat. & usucap. l. si vina 15. vers. planè. ff. de pericul. & commun. rei vendit. l. Iulianus. 13. §. idem Iulianus. 6. ff. & l. quaro. 39. ff. de actionib. empt. & vendit. item l. ult. Cod. unde vi.* Fingitur itaque, emptorem jam tum invenisse thesaurum, cùm fundus adhuc alienus esset Si namque ven- 15
ditor scivisset thesaurum, non ita venditurus fuisset: & emptor nisi scivisset, non fuisset emptutus. Quare æquissimum putatur, ut per actionem in factum subsidiariam, officio judicis simul implorato, dimidium venditor consequatur, *argum. l. quadam. 9. ibi, per metum in factam actionis. ibidemque Bartol. num. 1. ff. de edend. & docet Zasius in § actionum. 28. num. 32. infrà de actionibus.* ubi ait, hanc, actionem in factum esse ita generalem & effusam, ut non possit aliquo Catholico, vel communibus aliquibus regulis coercere. Atque ita in disceptatione forensi, si talis casus incideret, se judicaturum, asserit Franciscus Connanus *libr. 3. Commentar. jur. civil. cap. 4. nu. 4.* Quem novissimè referunt & sequuntur Martinus Rumelin. *Exercitat. 5. ad Institut. thes. 9. lit. b.* & Forster. junior. *dict. libr. singulari, de dominio. cap 9. num. 110 & seq. pag 275. & seq.* Cæterùm cui cedat thesaurus, in domo vendita ante traditionem inventus, fusissimè explicat Henricus Nebelkræ *decision forens. lib. 1. decis. 9. pag. 101. & seqq.* Adde D. Casparum Bitsch. *dict. tractat. de thesaur. cap 8. thes. 205 cum seq.* Philip. Knipschildt. *exercit. Acad 8 quæst. 16 pag 288.* & Petr. Franciscum Linglois *decis. Instin 15. quæst. 3. nu. 4. & 5 fol. 166.*

De usufructuario quoque, qui thesaurum inve- 16
nit in fundo usufructui subjecto, an eum totum sibi acquirat, dubitatur. Sed verius est, illum ad instar extranei, qui thesaurum in fundo invenit alieno, teneri thesaurum repertum cum domino proprietatis ex æquo dividere. *Ioannes Garsius in tractat. de expensatione cap. 22. num. 51. & alii ab eo citati*, per textum *in leg fructus. 7. §. si fundum. 12. in fine ff. soluton. matrim.* ubi maritus 17
thesaurum, qui in fructu non computatur, in fundo dotali à se inventum; pro dimidia tantùm parte lucratur. Idem statuit Daniel Mollerus, *libro 4.*

Semes-

Semestr cap.27.num.4. Nicol.Boer.decis.224.num.9. hosqve referens Berlichius *part.2. conclusion. practicabil.conclus.2.num.59 pag.58.*

Nihil refragatur huic sententiæ *l. usufructuarium. 62 in princ ff.de usufruct.* ubi usufructuarius fera ani-
18 malia, qvæ nullius adhuc sunt, acqvirit; si in fundo fructuario ceperit. Atqui thesaurus est nullus. *d l nunquam.31 §.1 ff.de acquir.rer.dom.* Ergo hunc etiam totum acquiret. Nihil, *inquam*, refragatur. Nam quæ nullius sunt, & fundo non cohærent, ut fera animalia, hæc ab usufructuario occupata, ipsi tota cedunt: secus est in thesauro, qui terræ visceribus continetur, & ei loco, ubi absconditus jacet, quasi destinatus est, neqve ad eum sine variis effossionibus perveniri potest, quas nisi permissu domini facere non licet. Quod si forte fortunâ, arando aut colendo quisqvam illum invenerit: qvia arare & colere videtur nomine domini: æqvum est, ut ejus inventi partem domino concedat, cujus facto & voluntate quodammodo effectum est, ut ille thesaurum repererit. Qvòd si ignorante domino, studiosè dataqve operâ thesaurum perqvisierit; qvia facit, qvod non licet facere in alieno; totus thesaurus ad dominum pertinebit *d.l.un.C.de thesaur.& hoc nostro § in verb.non data ad hoc operâ arguendo à contrario sensu ibiq. Schneidevvin.numer 8. Peregrin.d. lib.4.de jur fisc.tit.2.num.4.& 5.* Atqve de prædicta qvæstione videatur qvoqve Henricus Nebelkræ.*d lib. 1.decis.10.pag 119.& seqq.nec non Sixtin. de tractat. de Regalib.libr.2.cap.21.numero 50 & sequentib. edition.2.*

Ex his etiam qvid de bonæ fidei possessore, in fundo thesaurum inveniente, respondendum sit, plus
19 qvàm manifestum evadit. Cùm enim fundi à se possessi dominus non sit: dimidiam partem domino fundi restituere cogitur. Nec resistit *lex. qui scit 25. §.1. vers.porrò ff.de usur.* ubi bonæ fidei possessor pro do-
20 mino habetur. *Etenim* in fructibus qvidem percipiendis, ut ipse textus ibi arguit, domini vicem gerit: sed qvod in aliis qvoqve rebus percipiendis & acqvirendis, qvæ fructus non sunt, domini loco habeatur, nusqvam in jure expressum est. Itaqve nihil dubitandum, qvin bonæ fidei possessor thesaurum, qvi in fructu non est, *per d.l fructus. 7.§.si fundum. in fine.ff.solut. matrim.* pro dimidia duntaxat parte acqvirat, *argument. hujus §.& d.l.unic.C.de thesauris.lib.10.*

21 Est & illa ut multùm intricata, sic & perutilis qvæstio: cujus fiat thesaurus, in prædio feudali, vel emphyteutico inventus? Et communis Doctorum Schola statuit; si vasallus vel emphyteuta ipsemet invenerit, totum eis acqviri. sin tertius casu fortuito invenerit, inter inventorem & vasallum vel emphyteutam dividi debere: nec qvicqvam juris dominum (*uti vocant*) directum in hoc thesauro ubi vindicare posse. *Ita docent Gloss. Ang. Aretin Fab.Ias. Port. Thom. Lin. Schneidevvin. Mynsing Bebio, Gulielm. Forster. & alii in hoc § gloss Bart.& Bald.ad d l.un.Cod. de thesaur. Andr. de Isern. Præposit.& Alvar.in d.c.un.quæ sint regal.n. 9 vers quæro, quid infeudatario,&c. Chassen. in consuet Burg t.de just.§ 1 numer.12 Conrad.Lag.in metho.jur.XXI.tit.de invent.rer.circa fin. vers. unde existunt. Ferrar.in form. libelli actionis real. in verb. jure dominii.num.12.Iohannes Guidius in tract. de mineralib.lib.3.de thesaur.tit.10 num.17 cum seq.pagin. 145.Sixtin.d.tract de regalib. libr.2.cap.21.num.48. edit.2.Gutierez.d.lib.4.quæst 36 nu.27. Engelbrecht. in disquisit.de jurisdict.Imper.th. 128.lit.e. Castrens. consil 303.vol.1. VVesenb. in tractat. de feud. cap. 12. num.6.Rosenthal. in tract.feud.cap 5 conclus.93.num. 3.Coras.ad l.1.num.17.C. de jure emphyteut. Ludovic. de Molina de Hispan.primog.lib.1.cap.23 num. 7.Bursatus libr.2.consil.209.num.5.Nellius. Disput, feudal. 11.thes.6.ad lit.f.Iohan.Schoner.libr. 1. disput. feud.4. thes.84 & plures alii.* Verum ab isthac opinione quidam Iureconsulti (quibus & ego lubenter assentior) non sine illustribus ac urgentibus rationibus discedunt; *Placentinus hic à glos.relatus, Speculator in t.de locat.§.6 de emphyteusi numer.38.vers.132.& ibid. Ioan. Andr Navarr in suo manuali confessor. cap. 17.n. 173.Molineus ad consuetud.Parisiens.tit.1. §. 37 gloss. 10.num.48 in fin. Valascus in tract. de jure emphyt. q. 15.num.1 vers.sunt tamen aliqui,&c.Gilkenius in præludiis hujus tit.num 57 & in hoc § num 29. Garsias in prædicto tract de expens.cap.42..num 52. Henric. Bocer.clas.5.Disp.3.t.48.edit 2.item in.d.tract.de regalib. cap 3.num.181.Hierm Setzerus.Disputat.3.de jur.feud. assert.4.Hunn Disputat 4 thes.38 & lib.2. variar.resolut.jur civil.tractat.1. quæstion. 37. itemq; in resolut.ad Treutleri volum.poster disput. 18.th.2.quæst.16. pag 395.Grafeck.in Disputat.de dominio,&c. De Anno 1590.thes.103.Hænon.Disputat.4.controversia.17. Ayrer in process.historico jur.part.1.cap.10.observat. 6. n. 9.& sequentibus Caspar Bitschius dicto tract. de thesaur.cap.8.thes 153 Knipschildi exercitat. Acad. 9.qu. 7.pag.330 cum seq.Reusner. d. disput. 4. th. 88. Berlichius.d.part 2.conclus 2,numer. 58. & 60.Einsiedel.de tract de regalib.cap 3.num.402.cum seqq. pag. 851. & seqq.*

Primò enim certi juris est, quòd thesaurus in loco 22
alieno non datâ operâ repertus, pro mediâ parte inventori, pro alterâ domino loci cedat *hoc §. num. d.l. si is.qui 63.in princip.ff.de acquir rerum domin.sæpè alleg l un.vers.ultim.Cod de thesaur.* At verò prædii feudalis dominus est non cliens sive vasallus, sed dominus ipsius feudi.*tit.8.de investit.de real.fact §.fin. ibi,proprietas.& tit 23.in fin. In quib.caus feud.amit. libr.2.feud.* Prædii dein emphyteutici dominus non est emphyteuta, sed proprietarius, sive is, à quo ille prædium in emphyteusin accepit.*per text. express. in l.1.§. ultim.ff si ager vectigal id est,emph. petat.* Consequitur ergo, thesaurum in fundo feudali vel emphyteutico à tertio quodam inventum, ex semisse ad inventorem, ex altero semisse ad proprietarium, nequaquam verò ad vasallum vel emphyteutam spectare.

Deinde huc confert, quod jam suprà *ex l fructus 7.* 23
§.si fundum.12.vers. non magis.ff.solut. matrim. probavimus: thesaurum ab usufructuario, vel alio quodam in fundo fructuario repertum in fructu non computari: & proptereà partem ejus dimidiam domino proprietatis tribuendam esse. Atqui vasallus in prædio feudali & emphyteuta in prædio emphyteutico, usum-

fructum saltem obtinet. *d. l. 23. §. ult. lib. 2. F & d. l. 1. §. ult. ibi. fundum fruendum conduxerunt. ff. si ager vectigalis, &c.*

24 Denique accedit vulgatum juris axioma: actus agentium ultra intentionem eorum nihil operari, *l. non omnis. 19. in pr. ubi Bart & Dd ff. de reb. credit. si cert. petit. Molin. in Rubr. num. 80. ff. de V. O. Gomez. variar. resol. libr. 1. cap. 7. numer. 4 vers. sexto. Coras. libr. 3. Miscellan. cap. 15. numer. 6 Covaruv variar. resolut. libr 1. capit. 2. numer. 2. Petr. Dominic. Capiferreus in tract. de num. test. part 3 cap 2 num 49.* Inter dominum autem, qui prædium suum in feudum dedit, & ipsum vasallum sive clientem id actum est, ut hic duntaxat usumfructum in prædio feudali haberet. *d. tit. 23. in fin. lib. 2. feud.* Similiter inter emphyteutam & dominum concedentem fundum suum in empyteusin, id agi censetur: ut emphyteuta fundum in emphyteusin accipiens, eo saltem utatur, *præalleg. l. 1. §. ult ibi, fundum fruendum ff. si ager vectigal. &c.* Quare neque vasallus in prædio feudistico, neque emphyteuta in prædio emphyteuticario, ultra usumfructum quicquam habet: ac proinde thesaurum, quem in ejusmodi prædio invenerit, ex semisse domino restituere compellitur: ex altero semisse sibi, ut quivis extraneus inventor, vindicare potest, *hoc §. nostro. & aliis jurib. s. allegatis. Et hac de re etiam nonnihil dicetur ad §. adeò autem. 3. infr. de locat. & conduct. numer. 272. & seqq.*

25 Huic sententiæ ita corroboratæ nihil adversatur, quòd vasallus & emphyteuta à Doctoribus vulgò utiles domini, adeòque utile dominium in feudo feudali & emphytheutico habere dicuntur. Nam suprà *ad princ. hujus tit. num. 40. & seqq.* abundè ostensum est, divisionem dominii in directum & utile, jure defendi non posse: nec non vasallum & emphyteutam, nonnunquam impropriè in legibus dominos appellari, ratione videlicet juris solummodo utendi fruendi, quod in fundo seu prædio habent: non verò ratione ipsius prædii atque corporis, cujus verus dominus est ille tantùm, qui istud in feudum vel emphyteusin concessit. Siquidem juris sit non incogniti: unius ejusdemque
26 rei plures in solidum dominos esse non posse *l. si, ut certo 5. § fin vers. & ait. duorum quidem in solidum ff. commodati l. possideri. 3. § ex contrario. 5. ibiq. bellè Gothofredus. ff. de acquir. vel amit. possess. & l. duo in solidum. 19. in princip. ff de precario. Brenchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 62. edit. 1 ad finem.*

Nihil idem obstat, quòd vasallus à tertio possessore
27 prædium feudale vindicare queat. *d. tit 8. de investit. de real fact. §. rei autem. & tit. 43. de controvers. int. vasall & alium. lib. 2. feudor.* Vindicatio autem soli domino detur. *l. in rem 23. in princ. ff de rei vindicat.* Est enim hic inter rei vindicationem directam, & utilem, quæ illam imitatur, distinguendum. Illa soli rei corporalis vero domino: hæc aliis etiam, quàm veris dominis, competit. *§. 1. vers. veluti si rem corporalem. inst. de actionibus l. in honorariis. 35. versic. item Publicana. ff. de obligation. & act. eleganter D. Bacer. class. 5 Disput. 26. thes. 2 & 4. & Disputat. 27. thes. 1. & [illegible] cit. 2* Utilis igitur sive quasi rei vindicatio tribuitur, tum vasallo, tum emphyteutæ: directa non item; *ut disertè indicat textus in d. tit. 8. §. rei autem. & d tit. 43. lib. 2 feud. & l. 1 § ultim. ibiq. gloss. & Dd ff. si ager vectigal. & diximus s. ad init. hujus tituli. num. 45.* Cùm ergò vasallus & emphyteuta prædii feudalis & emphyteutici verè & propriè domini non sint: efficitur inde, ut idem jus, quod dominis locorum tributum est, in thesauro, à se in fundo feudali vel emphyteutico reperto, usurpare non possint.

Ulteriùs hanc sententiam non imminuit, quod the- 28
saurus propitiæ donum fortunæ credatur, *l. si is, qui. 63 §. 1. ff de acquirend. rer. dom. Francisc. Petrarcha lib. 7. de rebus familiarib. epistol. 3. pag. 747. ubi per facetum somnium, de invento thesauro, refert.* Ad vasallum autem & emphyteutam, ut damnum, ita & commodum fortunæ spectet, *l. 1. in fin. C. de jur. emph. §. adeò. 3 infr. inst. de loc. & cond. tit. 4. si de investitura feud. controvers. fuerit. § si quis de manso. libr. 1. feud.*
Nam in istis locis agitur duntaxat de damno, quod in 29
ipso fundi emphyteutici, feudalis ve corpore contingit: putà, si quadam infelicitate pars prædii emphytheutici & feudalis lædatur vel pereat. Hoc incommodum cùm ad emphyteutam & vasallum pertineat: meritò ad eosdem etiam commodum sive incrementum, putà si fundo emphyteuticario vel feudali per alluvionem aliquid accedat, deferri oportet. *juxta regul. nil secundum naturam. 10 ff. de reg. jur. cap. qui sentit onus 55. eod. t. in 6. l. item si fundi. 9. §. huic vicinus ff de usufruct. l. is, qui 15. §. ult. ff de legat. præstand. & l. ultim. § sed cùm in secundam. 3 in fin. C. de furt.*
Cæterùm cùm thesaurus neque pars soli sive prædii
sit, neque species quædam incrementi, neque res 30
quædam solo sive prædio connexa; sed potiùs aliquid ab ipso prædio omnino diversum, ac separatum: idcircò eodem jure, quo id, quod per quandam connexionem, veluti per alluvionem prædio feudali vel emphyteutico accedit, censeri non debet. Quinimò si thesaurus ob damna & incommoda, quæ quis in fundo suo sentire potest, debeatur emphyteutæ: cur non potiùs domino, qui totius rei damnum sentire cogitur? *d. l. 1. C. de jur. emphyt. d. §. adeò. in fin. infr. de locat. & conduct. Gilken. h. num. 36.* Ad reliqua, quæ contra hanc assertionem nostram opponi solent argumenta, ex his, quæ hactenus dicta sunt, quivis facilè respondere poterit: & etiam quædam diluemus in *d. §. adeò. 3. infr de locat. & conduct. num. 277. & seq.*
Unicum adhuc circa hanc quæstionem puto monen-
dum: quòd Forsterus junior *lib singul. de dominio. cap. 31*
9. num. 119. pag. 281. nodum in scirpo quærat, dum arbitratur, à me statum controversiæ mutari. Equidem quando rem magis distinctè propono, quàm suprà allegati Doctores: non video, quo jure quisquam dicere queat, statum controversiæ à me esse mutatum. Sanè quando quæritur: cujus fiat thesaurus, in prædio feudali, vel emphyteutico inventus? nemo non intelligit, ante omnia distinguendum esse: utrùm ipse vasallus, vel emphyteuta; an tertius quidam inventor sit. Priori casu communis opinio totum thesaurum vasallo vel emphyteutæ adjudicat: posteriori verò casu, ex

ut ex necessaria quadam consequentia statuit, inter va-
sallum vel emphyteutam, & tertium inventorem,
thesaurum inventum dividendum esse: adeoque utro-
bique dominum directum excludis. Hanc verò ex-
clusionem iniquam esse, cum aliis suprà allegatis Iure-
consultis docui, *per rationes sat evidentes & planè im-
motas.* Quæso, quæ hæc mutatio statûs con-
troversiæ? Et si Forsterus atque citati Doctores in ali-
is, quàm ego, terminis versantur: cur mecum iisdem
simul allegavit: *d. cap. 9. numer. 117. pag. 279. versic.
Huic assertioni, &c.*

32 Illud insuper disquisitione haud indignum est: an
pecunia in libro alieno, (*putà alicujus Studiosi*) casu
fortuito, astante domino (*Studioso*) reperta, & eidem
tradita, pro dimidia parte inventori cedat? Et illam
soli domino cedere, probabiles arguunt hæ ratio-
nes. I. Quia liber, in quo pecunia casu est inventa,
ad Studiosum (*dominum*) jure dominii vel quasi spe-
ctat: quippe ei unà cum pecuniâ vel à patre traditus,
vel certè legitimè ab eodem usucaptus. Ergo pecunia
33 ista cùm dominum habeat, thesaurus non est; adeoque
alii restitui nec ex asse, nec ex semisse debet; maxime
cùm isti pecuniæ non competat definitio thesauri, *de
quâ suprà num* 1. & per consequens ne definitum com-
petere queat, *per notata Baldi in l. maximum. 4. C. de
liber. præterit. & Everhardi à Midelburg in locis lega-
lib. loc. à definitione numer. 2.* II. Quia in propositâ
facti specie dominus libri possessionem pecuniæ re-
34 pertæ accepit. Hanc enim inventor illi tradidit. Er-
go per traditionem isthanc jure suo, si quod habuit,
se omninò abdicasse censetur, *argum. §. proximè sub-
sequentis.* Quoniam verbum *capere*, cum effectu &
affectu acquirendi accipitur, *argum. l. aliud est. 71. &
l. frugem. 77. ff. de verb. signif.* Ideoque licèt inventor
pecuniam primus apprehenderit: non tamen cepisse
eam dici potest: cum domino illam statim restituerit.
Nec præterea sufficit, solo corpore & actu possessio-
nem alicujus rei apprehendere; sed necessum etiam
est, ut oculis & affectu ea occupetur, & sub custodia
habeatur. *l. possideri. 3. §. Neratius. 3. ff. de acquir.
vel amit. possess. Hancq; quæstionem in individuo lon-
gius persequitur Georgius Beatus in suis decisior. ibus.
quæst 12. pag 66 & seq.*

35 Porrò, quemadmodum ad acquisitionem rerum
in litore maris positarum, non nudum sufficere aspe-
ctum, sed corporalem quoque apprehensionem & oc-
cupationem requiri, edocuimus *in §. item lapilli. 18.
s. h. t. num. 5.* ita etiam in thesauri acquisitione solam
inventoris inspectionem non sufficere, sed naturalem
ipsius apprehensionem necessariam esse, cum commu-
ni Doctorum turbâ (*contra Accursium in d. § item la-
pilli. ejusq; sectatores*) concludimus; *Bartolo in d. l.
3. §. Neratius num. 2. Alexandro num. 2. Iasone nu.
1. Zas. num. 1. & Duareno. ff. de acquir. vel amit. pos-
sess. Cyno ad l. licet. 45. ff. eod. & ad l. item lapilli. 3.
ff. de rer. divis. Connano libr. 3. Comment. jur. civ. c. 4.
num. 1. Fornerio libr. 2 select. c. 26. Ludov. Schwartz-
majer. libr. 1. Miscell. cap. 19. Iohann. Borckolten in
Commentar. de acquir. vel amitt. poss. cap. 3. num.
Berlichio d. part. 2. conclus. 66. numer. 23. Sixtino d.
tract. de regalib. libr. 2. cap. 21. num. 38. & seqq. Bar-
bosa in l. divortio 7. § si fundum. 12. num. 35. ff solut. ma-
trim. Treutlero, Disput. 20 th. 2 ad lit. b. vol. 2 Hackel-
manno quæst. illustr. Disp. 19. th. 5. Graseckio Disp de
dominio. de Anno. 90. th. 185. & seqq Forstero juniore
d. lib. singul. de dominio c. 9. nu 101 cum seqq pag. 271.
& seqq. Tilemanno part 2. Disp 13. th. 16. Hieronymo de
Cavallos. in spec. aur. opinionum commun. contr. com-
munes tom. 2. q. 514. Thoma Linto, & Gilkenio n 47. a-
liisq; ad hunc §. nostrum.* Ratio hujus conclusionis non 36
obscura est: Tum quia res, quæ nullius sunt, qualis est
Thesaurus, non nisi occupatione & naturali possessio-
ne acquiruntur. *§. feræ. 12 s. h t. l 3. ff. de acqu rer. dom l.
1. §. 1 ff. de acqu vel amitt. possess.* Tum quia Paulus IC.
*in d. l. 3. §. Neratius v. quidam putant. ff d. tit. post Sabi-
num, & alios,* perspicuè docet; quòd thesaurus inven-
tus non possideatur, antequam loco motus, id est, oc-
cupatus & apprehensus fuerit. Quamdiu enim est in eo
loco, ubi fuit reconditus, videtur adhuc thesaurus, at-
que sic nullius esse.

Neque huic repugnat, quòd thesaurus ipsa inventio- 37
ne dicitur fieri inventoris, *in hoc § & d. l. u, qui. 63. ff.
de acquir. rer. dom.* Nam tametsi invenire, quandoque
aliud est, quàm inventum apprehendere, *ut in l. qui le-
vandæ. 8 ff. de l. Rhod. de jact.* tamen in præallegatis lo-
cis thesaurum invenisse dicitur, non qui oculis tantùm
illum notavit & aspexit, sed potiùs, qui occupavit si-
mul, & apprehendit. Sic rem invenire, non solùm
rem videre sive aspicere, sed & visam rem occupare &
apprehendere significat, *in l. si quis. 7. ff pro derelicto.
l. falsus. 43 §. quid ergo. & § si jactum. ff. de furt.* Pa- 38
riter non adversatur, quòd traditis clavibus ad hor-
reum, frumentum venditum, quod intus est, etiam
absque apprehensione traditum censeatur *l. clavibus.
47. ff. de contrahend. empt. §. item si quis merces. 45.
infra hoc tit.* Ergo, fundo vendito, thesaurus quo-
que simul venditus & traditus existimatur. Sicut e-
nim frumentum horreo; ita thesaurus fundo contine-
tur. Non, *inquam*, illud adversatur: quoniam argu-
mentum à simili sæpe periculosum & infimum esse
constat, *teste Sichardo ad l. 1. num. ult. C. communia* 39
*utriusq; judicii. & Andrea Knichen, de jure territo-
rii. c. 1. numer. 143.* cùm similia multa videantur, quæ
tamen reverâ dissimilia sunt. Vnde Plato dixit *in Soph.*
sapientis esse, similitudines & dissimilitudines rerum
cognoscere. Deinde illa planè sunt dissimilia. Nam
si venditor tradit clavem emptori horrei; in quo posi-
tum est frumentum, aut vinum venditum: acceptâ
clavi, id habet sub custodiâ suâ: atque ideo faciliùs
intelligitur in eum translata possessio rei venditæ. Sed
si thesaurus in fundo sit; non propterea est sub custo-
diâ emptoris. *d. l. 3. § Neratius. 3. in fin. ff. de acquir.
vel amitt. possess.* Idque latiùs ibidem persequitur
Duarenus, & Forsterus *d cap. 9. num. 103. pagin.* 273.
item D. Boecius *d. tract. de regalib. cap. 3. numer. 191.
qui uti alias nonnullas, ita & hanc materiam diligen-
ter explicat.* Præterea & illud hîc subjiciendum: acci- 40
dit haud rarenter, si quis in fundo aliquem thesaurum
inveniat, & propterea dimidiū domino fundi restituere
teneatur: quod is thesaurū occultet, vel neget, vel si oc-
cultare

cultare & negare non possit, nec ausit; minus, quàm invenit, fateatur: ideòqve iste meritò ad juramentum adigi queat, ut jurejurando, quantum invenisset, indicet. Quinimò si inventor est homo levis, ad jurandum facilis, & de metu perjurii suspectus; poterit is etiam torturæ subjici, ut summam thesauri inventi manifestet. *Ita tradunt Daniel Meller. in comment. ad constitut. Saxon. part. 2. constit. 53. numer. 7. & seqq. & lib. 2. semestr cap. 27. num. 4 cum seqq. Petrus Heigius part. 1. quæst. 13. num. 57. eosq. citans Matthias Berlichius d. part 2. conclus 66 numer. 33. & seq. ubi ita non solùm à Scabinis Lipsiensibus, sed etiam VVitebergensibus, 4. Septemb. Ann. 1608. pronunciatum fuisse attestatur.*

41 Postremò silentio non involvendum & illud 1 quòd is, cui thesaurus totus, vel ex parte debetur, contra possidentem, restituere recusantem, rei vindicationem instituere possit: propterea quòd ipse dominium habeat; 42 & cuilibet domino, sive jure civili, sive jure gentium nactus sit dominium, ejusmodi actio competat. *l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat.* Atque istam actionem de thesauro rectè institui, tradunt *Accursius hic in verbo, domino. & Angel. Aretin. num. 3. Ioan. Faber. num. 5 Ioan de Plat. in d. l. unic. col. 3. versic. item qua actione. C. de thesaur. lib. 10. Alvarott. in d. c. unic. nu. 8. vers. sed per quam actionem. tit. Quæ sint regalia. in usib. feudor. eosq. referens Regnerus Sixtin. d. tract. de regalib. lib 2. cap. 21. num 68. & seqq. edit. 2. ubi hanc rem explanatiùs exequitur.*

§. Per traditionem. 40. §. Venditæ. 41. §. Nihil autem interest. 42. & §. Qua ratione. 43.

Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideò, cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis sunt, inter quæ, nec non & Italica prædia, ex nostrâ constitutione nulla est differentia. Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet aliâ ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

§. 41. Venditæ verò res & traditæ, non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit: veluti expromissore, aut pignore dato. Quod quanquam cavetur ex lege duodecim tabularum; tamen rectè dicitur, & jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit: dicendum est, statim rem emptoris fieri.

§. 42. Nihil autem interest, utrùm ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit.

§. 43. Qua ratione, si cui libera universorum negociorum administratio permissa fuerit à domino, isque ex his negotiis rem vendiderit & tradiderit: faciet eã accipientis.

SVMMARIA.

1. *Traditionis definitio.*
2. *Traditio duplex: vera & ficta sive quasi.*
1. *Vera traditio quid.*
4. *Quæ ad veram traditionem sint necessaria.*
5 *Nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet.*
6. *Quatenus creditor pignus distrahere possit.*
7. *Quod quis per alium facit, ipse facere videtur.*
8. *Nemo errans rem suam amittit.*
9. *Pupilli, prodigi & furiosi, sine tutorum & curatorum auctoritate res suas alienare nequeunt.*
10. *Maritus prædium dotale inæstimatum alienare non potest.*
11 *Res incorporales traditionem non recipiunt.*
12. *Prædia stipendiaria seu tributaria & Italica quomodo inter se differant, remissive.*
13. *Ad traditionem requiritur justa causa.*
14. *Homines ad delinquendum non invitandi.*
15. *Ex titulo emptionis quando dominium transferatur.*
16. *Ratio, cur ex aliis titulis dominium traditione protinus transferatur; ex venditionis titulo non, nisi pretio soluto, aut fide de eo habita.*
17. *Nemo suum jactare creditur.*
18. *Quando fides de pretio habita intelligatur.*
19. *Satisfactio non præsumitur.*
20. *Qui inam de pretio fidem habere nequeant.*
21. *Possessione dominium jure gentium acquiritur.*
21. *Error in causa nihil impedit, quo minùs dominium per traditionem transferantur.*
21. *Conciliatio l. si ego. 18. ff. de reb. credit. cum l. cum in corpus. 36. ff. de acquir. rer. domin.*
24 *Conventio quid sit.*
25. *Ad validam traditionem exigitur, vacua possessionis apprehensio.*
26. *Qui rem vere tradere censeatur.*
27. *Contrariorum argumentorum confutatio.*
28. *Quod unâ lege omissum, ex aliâ lege supplendum est.*
29. *Incivile est, de toto jure judicare, particula ejus tantùm inspectâ.*
10. *Explicatur l. hac in factum 14. ff. quæ in fraud. creditor, &c.*
31. *Pauliana actio de quibus rebus competat.*
32. *Quæ interpretatio in dubio accipienda.*
33. *Possessio cum proprietate nihil commune habet.*
34. *A separatis & diversis mala illatio.*
35. *Quæ proprietati cum possessione communia.*
36. *Sententia l. 10 §. penultim. & l 54. §. ult. ff. de acquirend. rerum domin.*
37. *Contra rationem juris communis recepta, ad consequentiam produci non debent.*
38. *Enucleatur l si fundum. 16. ff. de fund. dotal.*
19. *Duo in solidum eandem rem possidere nequeunt.*
40. *Instantia diluitur.*
41. *Alia instantia confutatur.*
42. *Respondeatur ad aliam instantiam.*
43. *Rerum hereditariarum & legatarum dominium ipso jure transfertur in heredem & legatarium.*
44. *Vltima defunctorum voluntates ex animo fortiri debent.*
45. *Mens & intellectus l. 4. C. de pact. int. empt. & vend. compo. & l. 1. C. de donationib. quæ sub modo, &c.*

Duo-

1 DVodecimus & ultimus jure gentium sive naturali acquirendi dominii modus, nempè *Traditio*, diligenter & latè, cùm præter cæteros maximè insignis & frequens sit, hic explicatur. Traditio non incommodè definitur, naturalis acquisitio, quâ res corporalis à domino ex justâ causa alteri traditur, ad dominium transferendum, *hoc §. nostro. l. quâ ratione. 9. §. hæ quoque res. 3. & §§. seqq. l. traditio. 20 & leg. nun-* 2 *quam. 31. ff. de acquir. rer. dom.* Estque duplex: traditio vera & naturalis, sive propria: & ficta vel quasi seu repræsentata, sive impropria & imaginaria. *l. qui saxum. 6. ibi, quasi traditio. ff. de donationibus. Cujac. lib. 4. obs. c. 3 D. obrecht. disput. 22. de dominio & modis acquir. naturalib. th. 339 cum seqq. & disput. 23. de traditionib. th. 6 & seqq. Althus. lib. 1. Dicæolog. 37. n. 5 Hotoman. illustr. quæst 12. Borcholt. & Wesenbec. in § interdum. 44. infr h. t numer 1. Giphanius, Wolfius & Valtejus h. num. 5. Specul. tit. de empt. & vendit. §. 1. numer. 53. Bocer. in d §. intendum. 44. infr. hoc titul. pag. 119. & class. 5. Disput 7. th. 26. edit. 2. Schegk. in Delibatis jur. Disputat. 6. thes. 28. Grafeck. Disput.* 3 *de dominio. &c. de Anno 1590. thes. 287.* Vera & propria traditio est, cùm vel res mobilis de manu in manum datur: vel quis in rei immobilis possessionem inducitur. *Theophil. hic & Mynsinger numer. 7. Dd. in l. si me in vacu. 34. ff. de acquir. vel amit. possess. Philipp. Matthæus ad l. id, quod nostrum. 11. num. 15 ff. de* 4 *reg. jur.* Hæc ut valida sit, & dominium transferat, quinque sequentia potissimùm concurrere necesse est.

Primò, ut tradens sit dominus rei, *ut hic in verb. voluntatem domini. item, & à domino tradita, &c.* 5 Nam non dominus licèt tradat; non tamen in accipientem dominium transfert: cùm nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habet, *d. l. traditio. 20. in princip. ff de acquir. rer. domin l si noxale. 27. §. ex his. vers. quia nullum ff. de noxalib. actionib. l. nemo plus juris. 54. l. nemo plus commodi. 120. & l. ali-* 6 *ud. 160. in fine. ff. de reg. jur.* Nec obiicit, quòd creditor possit pignus distrahere; cùm tamen ipse ejus non sit dominus. *§. contrà 1. infr. quib. alien. licet, vel non l. non est novum 46. ff. de acquirend. rer. domin. tot. tit. C. de distract. pignor.* Etenim cùm creditor pignus vendat voluntate debitoris, ex pacto scilicet vel tacito, vel expresso: ipse debitor vendere videtur. *l. pactum. 4. C. de pigneratit. act. Rittershus hic pag. 179. Forster. junior libr. singulari; de dominio c. 9. numer. 138. pag. 290.* Nihil autem refert, dominus ipse alicui rem tradat: an hoc per procuratorem suum, cui libera universorum negociorum administratio est concessa, faciat. *§. nihil autem interest. 42. & §. seq. h. t. d. l. qua ratione 9. §. nihil. 4. ibiq. Gothofred ff. de acquirend rerum. domin. l. procurator, cui generaliter.* 7 *58. cum. l. seq. ff de procuratoribus.* Quia quod quis per alium facit, ipse facere videtur. *cap. qui facit. 72. de regulis juris. in sexto. leg. quod jussu. 180 ff. eod. l. qui mandat. 56. ff. de solut.*

Secundò, ut voluntas sive animus & consensus domini transferendi adsit *l. in omnibus 55. ff. de obligat. & act.* Alioquin enim si dominus tradat, non tamen hac voluntate, ut transferat dominium, sed tantùm, ut commodet, vel ut deponat; dominium non transfertur. *§. item is, cui. 2. cum § seq. infr. quibus modis re contrah. oblig. l. rei commodatæ. 8. & l. seq. ff. commo-* 8 *dati.* Idem est, si dominus in tradendo erret. Nemo siquidem errans rem suam amittit *l si procurator. 35. ff. de acquir. rer. domin. l si per errorem. 15 ff. de jurisdict. l. 2. in princip. ff. de judic. l. si id, quod. 7. in fine. ff. de rescind. vendit. l. re tua. 18. C. de rei vindicat.* Cæ- 9 terùm isthæc voluntas libera esse debet, nec ab alterius pendere arbitrio. Et propterea pupilli, prodigi, furiosi, qui voluntatem liberam non habent, dominium soli non transferunt: sed tutorum & curatorum auctoritate ad hoc indigent. *§ nunc admonendi. 2 inf. quib alien. lic. vel non. l. obligari. 9 § pupillus, 2. ff. de auctor. & consens. tutor. l. 1. ff. de curatorib. furioso, & aliis ext. minor. dand. l. 3. C. de in integr. restit. minor.* Sic & maritus, licèt dominus rei dotalis sit. *l. in rebus.* 10 *30. C. de jure dot.* prædium tamen dotale inæstimatum alienare, vel in alium transferre nequit: cùm ejus voluntas ex legis arbitrio pendere videatur. *infr. in princ. d. t. quib. alien. lic. vel non. tot. t. ff. & C. de fundo dotal.*

Tertiò, ut res sit corporalis, quæ tradi ac possideri 11 possit. Hujus quippe propriè traditio est. Res enim incorporalis, cùm tactum & possessionem effugiat, traditionem non recipit; sed in eâ, usus ac patientia est loco traditionis *§. 2. infr. t. proximo l. servus. 43. § 1. ff. de acquir. rer dom. l. si ego. 11. §. 1. ff. de Public in rem. act. l. 3. in pr. ff de usufr l. fin ff. de servitutib. l. 1. in fin. ff. de servit. præd rusticor. l. 3. ff. de acquir. vel amitt. poss. ff.*

Porrò inquit hîc Imp. res cujuscunque generis cor- 12 porales, hoc est, tam mobiles, quàm immobiles, tam prædia stipendiaria sive tributaria, in provinciis posita, quàm prædia Italica, per traditionem alienari, & transferri posse. Quæ autem olim inter ista prædia fuerit differentia (quam Iustinianus suâ constitutione sustulit *l. unic. C. de usucap. transformand.*) & unde appellationis hujusce fluxerit occasio, Theophilus, Borcholt. & Rittershusius ubertim hoc loci referunt. Adde Bachovium, contra Hotomanum, Triboniani calumniatorem, prolixè disputantem, *n 3. p. 306. & seq.*

Quartò, ut res sit tradita ex justa causa, sive titulo. 13 Quandoquidem, *auctore Paulo*, nunquàm nuda traditio transfert dominium: sed ita, si aliqua justa causa præcesserit, *l. nunquam. 31. ff. de acquirend. rer. domin. l. nuda. 26. ff. de donationib l. traditionibus. 20. C. de pact.* qualis est, emptio, donatio, dos, permutatio, solutio, legatum, mutuum, &c. *hoc §. nost. in fin. §. sed tamen. 4 ibi, vendiderit, aut donaverit, &c. infr. de usucapionibus. §. adeò autem 3. infr. de locat. & conduct. l. 1. & ll. seqq ff. de Publ. in rem act. l. quotiens. 47. §. ult. ff. de pecul. l pro soluto. 46. ff. de usurpat. & usucap. tit. ff. pro emptore. tit. ff. pro donato. tit. ff pro legato & tit. ff. pro dote. Vlpian. in fragment. titulo. 19.* Cur autem ex injusta causa, veluti furto, rapinâ, me- 14 tu, contractu illicito, facta traditio dominium non transferat, ratio facilis est: ne scilicet homines invitentur ad delinquendum, *argum, l. in fundo. 38. vers. neq.*

15 malitiis indulgendum. ff. de rei vindicat. Ex titulo ta-
men emptionis, quamvis ad transferendum aptus &
habilis sit, tum demum dominium transfertur, cùm
venditori vel pretium solutum, vel alio modo, veluti
fidejussore vel pignore dato, satisfactum, vel fides de
precio habita fuerit. §. vendita. 41. h. t. l. quòd vendidi.
19. l. ut res emptoris. 53. ff. de contrahend. empt. l. procu-
ratoris. 5. §. penult. ff. de tribut. act. l. arboribus. 12. in
fin. l. sed & si quid. 25 §. 1. ff. de usufruct. l. si rem. 9. §. o-
mnis. 3. ff. de pignorat. act. l. quoties. 15. ibi, ac precium
exolvisse C. de rei vindicat. Vnde venditor, si precio
nondum soluto rem tradidit, vindicare eam rursus po-
test: vel si nondum tradidit, quasi pignus retinere; do
nec emptor pretium totum offerat. l. Iulianus. 13 §. of-
ferri 8. ff. de actionib. empt. l. eum, qui emit. 14 §. 1. in fi-
16 ne. ff. de furtis. Ratio autem, cur ex aliis titulis omnibus
traditione dominium statim transferatur; ex venditio-
nis verò titulo non aliter, quàm aut precium emptor
venditori solverit, sive aliter ei satisfecerit, aut venditor
emptoris fidem secutus fuerit, hæc esse videtur: Tum
quia ea mens est contrahentium, sive vendentium, ut
pro merce statim precium recipiant. Nemo quippe
suum jactare creditur. l. cùm de indebito. 25. in princip.
17 vers. qui enim solvit. ff. de probationib. Tum quia ven-
ditor hac lege & conditione censetur tradere, si soluta
sibi sit pecunia, quam omnimodò spectat, & protinus
pro re venditâ habere desiderat. Atqui sub conditio-
ne si res tradita sit, dominii translatio impeditur. l. pro-
inde. 8 ff. de reb. credit si cert. pet. Bachovius hic num.
4. pagin. 307. Tum etiam quia plerunque impediren-
tur commercia (in quibus salus Reipubl consistere vi-
detur. l. juste. 44. in princ. ff. de usurp. & usucap.) si non
protinus venditori satisfieret, qui sæpè necessitate
compulsus rem suam vendit, ut precio utatur, docente
Giphanio ad d. § vendita 41. h t & ibidem Schneide-
vvino num. 2. Porrò fides de precio habita tunc maxi-
mè intelligitur, cùm vel dilatio solutioni expressè præ-
fixa est, vel pecuniâ libenter non acceptâ, rem tolli per-
18 missum est l. ad solutionem. 5. C. de re jud. gloss. & Mu-
daeus in d. l. quod vendidi. 19. ff de contrah. empt. Vul-
tejus & Mynsing in d § vendita. nu. 4. infr hoc t. In
dubio tamen (si nulla prorsus precii mentio est facta)
verius est, ex solâ & simplici traditione rei non præsu-
mi, venditorem emptoris fidem secutum esse: quoni-
am fidem sequi, est quasi satis accipere, præallegat. l.
19 quod vendidi. 19 ff. de contrah. emptio. Satisfactio au-
tem cùm facti sit, non præsumitur. l. sive possidetis. 16.
C. de probationib l. asseveratio. 10. C. de non. nu. pec. ut
nec novatio l ult. C. de novation. Wesenb. in d §. vendi-
ta. num 4 infr h t. Donell. lib. 4. Comment. de jure civ.
c 16. in fin. Knipschildt exercitat. Acad. 8. quæst. 10. pag.
299. Sed istâ de re vide Gilkenium in dict. §. vendita.
41. hoc tit. ubi num. 2. & seqq. multas Doctorum au-
ctoritates & rationes in utramque partem diligenter
congessit, & demum n. 13. suam sententiam exposu-
it: quem, qui volet, consulere poterit. Adde Aca-
cium Antonium de Ripoll. variar jur. resolution. cap.
20 11. numer. 40 & sequentibus fol. 331. Enimverò repe-
riuntur, qui fidem de precio habere nequeunt: putà
procurator fisci aut Cæsaris, & Ecclesiæ. l. si curator. 5.
§. 1 ff. de jure fisc tutor itidem & curator. l. magis pu-
to. 5. §. non passim. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. quo-
rum est rem paratâ, præsenteque pecuniâ distrahe-
re. Aliud tamen in procuratore, cui privatus libe-
ram rerum suarum administrationem concessit, obser-
vatur. Hic enim omnia, quæcunque dominus factu-
rus erat, facere potest. præd. l procurator, cui genera-
liter. 58. ff de procur. Vult. in d § Vendita. num. 3. & Gil-
ken. in §. nihil. autem. 43. num. 4. & seq h t. itemque
Ripold. cap. 11. num 47. fol. 332.

Quintò & ultimò, in accipiente requiritur, tum rei 21
seu possessionis traditæ apprehensio, tum consensus.
Apprehensio quidem possessionis: quia per hanc do-
minium jure gentium acquiritur. l. 1 §. 1. ff de acqui-
rend. vel amitt. possess. §. ex his itaque. 5. circa finem.
infr. per quas pers. cuique acquir. Consensus verò:
quia in omnibus rebus, quæ dominium transferunt,
concurrat, oportet affectus ex utraque parte contra-
hentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive
quælibet alia causa contrahendi vel alienandi fuerit:
nisi animus utriusque consentiat, perduci ad effectum,
quod inchoatur, non potest, inquit Iavolenus in l. in
omnib. 55. ff. de O. & A.

Sanè si de corpore rei inter contrahentes conveniat, 22
licèt erretur circa causam transferendi dominii: nihil
impedit, quò minùs in accipientem dominium tran-
seat: veluti, si tradam tibi fundum, tanquam à me de-
bitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum
accipias: vel si pecuniam tibi dem donandi animo; tu
accipias quasi mutuam. His simil. casibus constat,
efficacem traditionem esse, & proprietatem ad te transi-
ire, teste Iuliano in l. cùm in corpus. 36. ff. de acquir.
rerum domin. Ratio hæc est: quia sufficere videtur,
quòd & ego dominium in te transferre voluerim: &
quòd tu dominium illius pecuniæ accipere volueris;
& justus aliquis titulus ad dominium transferendum
idoneus, etiamsi in eo dissenserimus, subsit.

Sed huic ex diametro refragari videtur Vlpianus, in
leg. si ego. 18. ff. de rebus credit. qui in hac specie, cùm 23
dedi tibi pecuniam quasi donaturus, tu quasi mutu-
am accipis, ait putare se, nec donationem, mutuum
esse, nec accipientis nummos fieri: quia aliâ opinio-
ne acceperit. Verùm distinguendum est inter traditi-
onem; & contractum, traditioni prævium. Iulianus
in dicta leg. cùm in corpus 36. loquitur de traditio-
ne, quæ est modus transferendi dominii: quod ipsum
etiam arguit legis istius collocatio, quæ facta est sub
titulo, de acquirend. rerum dominio. At Vlpianus in
dicta leg. si ego. 18. agit de contractu, qui est modus
acquirendæ obligationis; quòd & ipsum arguit collo-
catio istius legis, quæ facta est sub titulo, de rebus cre-
ditis, si cert. petat in quo de obligatione agi certò cer-
tius est. Sicuti ergo obligatio est distincta à domino:
ita etiam casus dictæ legis si ego. distinctus est à casu di-
ctæ legis. cùm in corpus & ideo distincta decisio illi-
us, à decisione hujus. Itaque cùm de traditione quæ-
ritur: an, cùm facta est, sit efficax, si dominii transfe-
rendi voluntas adfuerit, & duæ causæ præcesserint, ex
quarum alterutrâ traditio rectè fieri potuit: errore
in causa non obstante, traditio ita est efficax, ut res.

tra-

tradita, ab eo, qui eam tradidit, repeti non possit. At verò si nondum quæratur de traditione seu effectu, sed tantùm de constituendo contractu, quem traditio postea insequatur, *ut in dicta l. si ego.* tunc necesse est, ut de causa priùs constet, id est, de contractu, qui validus non est, nisi in unum & eundem uterque consentiat. Contractus enim est species conventionis.
24 *l. jurisgentium 7. ff. de pactis.* Conventio autem est duorum pluriumvè in idem placitum consensus. *l. 1. §. 2. ff. eod.* In dictâ *l. si ego.* dans & accipiens in eundem contractum, atque in idem placitum non consentiunt. Nullus igitur est contractus. Proinde rectè Ulpianus ait: si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, nec donationem esse, nec mutuum: atque adeò nihil esse actum, si respicias contractum; & tamen aliquid actum esse, si respicias dominium. Atque ita ista duo responsa ingeniosè conciliant, acutissimus Vultejus *in hoc §. numer. 8. & doctissimus* Gœddæus *in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 3. conclus. 2. num. 8. & 9.* Quot refert etiam & sequitur Forster junior. *d. lib. singular. de dominio cap. 9. num. 153. pag. 266. nec non Kaipschbildt exerc. Acad. 2. quæst. 16. pag. 68.* Quamvis, post veteres, alii alias conciliandi rationes afferant: *Cennan. lib. 3. Commentar. jur. civil. c. 7. nu. 4. Alciat. lib. 5. parerg. c. 15. Charond. verisi. lib. 2. cap. 2. Molin. in Labyrin. de divid. & c. part. 1. numer. 248. Donell. præfato lib. 4. Comment. c. 18. pag. 266. ibiq. Hilliger. in suis notat. ad lit. C Pacius. cent. 3. ἐναντιοφανῶν. q. 68. Bronchorst. centur. 1. assert. 67. edit. 1. D. Besold. in tract. mutui. quæst. 5. num. 3. & seqq. & in delibatis juris ex lib. 41. ff. quæst. 2. pag. 142. Bachovius. in not. & animadvers. ad Treutler. volum. 1. disput. 20. thes. 4. lit. A pag. 753. & vol. 2. disputat. 20. thes. 4. lit. E. pag. 208. cum seq. D. Rumelin. in disput. ad tit. 1. libr. 12. ff. de rebus credit. thes. 7. Arnmeus Exercit. Instit. 4. thes. 21. Robertus Disput. 7. cerenid. 2. Gilber. Regius libr. 2. ἐναντιοφανῶν. cap. 20. pagin. 82. Hunn. libr. 2. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 38. & in resolut. ad volum. poster. Treutleri. disput. 18. th. 4. q. 23. pag. 403. Timæus Faber disp. 14. ad Instit. Imperial. th. 12. lit. b. Lyslama. lib. 5. membr. eclog. 16. Losamer. quæstionum jurid. fascic. 19. quæst. 5. Theod. Straitman. in suis antinomiis jur. c. antea. 1. Nicolaus à Salu in suis Sicilimentis jur. pag. 36. Nicol. de Passerib. à Genoa, in conciliat. legum in jure civ. contrar. pag. 127. edit. 1. & Gilkenius hic num. 6. cum multis seqq.* ubi variis Doctorum solutionibus relatis & rejectis, tandem dubius ad vulgarem glossæ interpretationem confugit, eamque amplectitur. *num. 13.* Hucque referantur, quæ annotavimus ad principium *tit. infr. quibus mod. re contrahit. obligat. num. 70. & seqq.*

25 Denique quod diximus, ad validam traditionem requiri traditæ possessionis apprehensionem sive acceptationem: possessionem justam & vacuam intelligimus: utcunque, *post Bartol. Bald. Salicetum, Fulgosium, Cynum, Angelum, Gilkenium numer. 11. & Glossographos in l. cùm res. 12. Cod. de probat.* dissentiant *Donell. d. lib. 4. cap. 19. ibique Hilliger. D. Hunnius disp. 4. th. 40. & Philipp. Matth. in l. id, quod nostrum. 11. nu. 37. & seqq. ff. de regul. jur.* Rem enim tradere, ejusque 26
dominium in accipientem transferre is verè censetur, qui possessionem illius vacuam, & non occupatam, certam, ac non litigiosam, perpetuam, ac non temporariam tradit *l. 2. §. 1. l. 3. ff. de actionib. empt. l. si pater. 8. C. eod. l. non videtur. 22. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. sequitur. 4. §. tunc in potestate. ff. de usurpat. & usucap. l. mulieris. 13. § 1. ff. de verb. signif. d. l. cùm res. 12. C. de probat. l. qui prædium. 13. ibique Gothofred. C. de distract. pignor. egregiè Contius libr. 1. disput. jur. civil. cap. 8. Hotoman. illustr. quæst. 11. Bronchorst. centur. 2. assert. 61. edit. 1. Wes. in Parat. ff. de contrah. empt. num. 13. Mynsing. centur. 1. obs. 53. Ias. in §. actionum. 28. num. 141. inf. de actionib. Gœddæus ad l. habere. 183. ff. de V. S. Anton. Matthæus, & Guilielm. Forster. in hoc §. nostro. & d. lib. sing. de dominio cap. 9. num. 157. pag. 299. Nicol. Intriglioi. de feud. quæst. 12. numer. 26. Tobias Paurmeister. de jurisdict. imperii Roman. lib. 1. cap. 20. num. 14. & seqq. & noviter Hunnius sibi ipsi contrarius d. lib. 2. var. resol. jur. civ. tr. 1. quæst. 39.*

Non obstat huic sententiæ, quòd ad dominium tra- 27
ditione transferendum, præter ipsam traditionem ac voluntatem domini, rem suam transferre in alium intendentis, & justam causam, ex quâ fiat traditio, nihil amplius desideretur, *hoc §. nostro. & l. traditionibus. 20. C. de pact.* Tradi autem res generaliter intelligatur, cujus corpus alteri apprehendendum & tenendum sine cujusquam impedimento datur, etiamsi in accipientem vacua veraque possessio non transferatur. *Nam haud incommodè respondetur*: non esse infrequens in jure nostro, ut quod in unâ lege omissum est, id ex aliâ lege suppleatur, *arg. l. non est novum. 26. & l. seq. ff. de legibus*, ac incivile esse, de toto jure judi- 28
care vel respondere, ejus particulâ duntaxat inspecta & considerata. *l. incivile. 24. ff. eod.* Cùm igitur *in d. l. cùm res. 12. C. de probat. dict. l. si patre. 8. C. de actionib. empt. d. l. qui prædium 13. C. de distract. pignor. & concordantibus*, vacua possessio ad dominium traditione transferendum disertè requiratur: non immeritò ex hisce claris atque perspicuis textibus interpretari & supplere debemus *hunc § nostrum. & dictam. l. traditionibus. 20. C. de pact. & similes.*

Non quoque obstat *l. hæc in factum 14. ff. quæ* 29
in fraud. creditor. facta sunt, ut restitut. ex quâ dum liquet, quòd illorum bonorum, quorum in possessionem missi sunt creditores, si in fraudem creditorum fuerint alienata, dominium transferatur: & tamen vacua possessio à debitore fraudante tradi non possit, utpote in quâ jam tum constituti sint creditores. *l. 2. §. 1. ff. de act. empti.* inde dicendum videtur, dominium sine vacua possessione transferri posse. *Respondetur enim*: quod *in dict. l. 14.* dicitur, actione in factum revocari dominia rerum, in fraudem creditorum alienatarum: non 30
necessariò intelligendum illud esse de dominio earum rerum, quarum in possessionem missi sunt creditores: siquidem Pauliana actio competit de rebus in fraudem creditorum alienatis, non solùm quando bona à creditoribus possessa sunt,

sed etiam quando possessa non sunt. *l. si quis. 15. & l. omnes. 17. § 1. ff. quæ in fraud creditorum, &c.* Quare cùm ex legibus suprà adductis constet; fieri non posse, ut traditione dominium transferatur, cùm possessio vacua non est: vacua autem non sit possessio earum rerum, quarum in possessionem missi sunt creditores.
31 *d. l. 2 §. 1. ff. de actionib. empt.* Ideirco dominium earundem rerum tunc demum transferri statuendum est, quando creditores in possessionem missi non sunt; atque eo de casu *dicta lex. 14 ff. quæ in fraud. credit.* omnino exaudienda videtur: quoniam semper in dubio ea arripienda & retinenda interpretatio est, quæ vitio caret, & rationi juris ac legibus congruit, *vulgatâ l. in ambiguâ. 19 ff. de legib.* Nec quicquam movet, de illis rebus, quarum in possessione sunt creditores, alienatis revocandis frustrà dari actionem, si alienatio non sit rata, nec dominium transferatur. *Quandoquidem* etiam res eas, quæ ab aliis nudè solummodò detinentur, quarumque dominium translatum non est, actionibus revocare possumus, *argum. §. 1. infr. de actionib.*

32 Similiter non obstat, quòd possessio cum proprietate nihil habeat commune *l. 1. §. hujus. 2. ff. uti possidetis. l. naturaliter. 12. §. 1. & l. permisceri. 52. in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ac proinde in acquirendo dominio possessionis vacuæ traditione non
33 sit opus. *A dominij namque* acquisitione ad essentiam ipsius dominii, tanquam à separatis & diversis, malè infertur. *l. ultim. ff. de calumniatoribus. l. neque natales. 10. C de probationib.* Neque sequitur, possessio est diversa & separata à dominio, nec quicquam
94 cum proprietate commune habet: ergo ab acquisitione etiam dominii separata esse, nec quicquam cum eâ commune habere debet. Perinde siquidem est, ac si quis hoc modo argumentaretur: Titulus, seu causa, qualis est emptio, donatio, solutio mutuum, dotis datio, &c. est ab ipso dominio acquisito diversus, nec cum dominio aliquid habet commune: ergò ad dominium, traditione acquirendum, titulus non est necessarius, *contra l. nunquam. 31. ff. de acquir. rerum domin. & eâ, quæ animadvertimus supra num. 13. & seq.* Præterea quòd affirmatur *in prædictis legibus*, possessionem nihil habere commune cum proprietate, & possessionē à proprietate esse separatam, id non uni-
35 versaliter verum est. Dubio quippe omni caret: proprietatem cum possessione hoc habere commune, ut duo pluresvè unius ejusdemque rei domini vel possessores singuli in solidum esse nequeant. *l. si ut certò. 5. §. ult. ff. commod. l. possideri. 3. §. ex contrario. 5. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Sed & id possessioni & proprietati commune est, ut per servum communem uni ex dominis in solidum acquiri possessio vel dominium possit *l. 1. §. per communem. 7. ff. eodem.*

Nihil item obstat *l. acquiritur. 10. § penult. ff. de ac-*
36 *quir. rer. domin.* ex quâ apparet, liberum hominem bonâ fide servientem, id, quod donationis causa ipsi ab alio traditum est, sibi acquirere absqve possessione: cum placeat, eum possidere non posse, qui ipse ab alio possidetur. *l. homo liber. 54. §. ult. ff d tit.* Nam *in hac l. 54.* non simpliciter dicitur; liberū hominem, bona fide possessum, naturaliter possidere non posse: sed non possidere intelligi, id est, civili ac singulari ratione non
possidere fingi. Indubitatum autem est, ea, quæ con- 37
tra rationem vel tenorem juris communis (quod in aliquo genere rerum de toto genere, vel verbis, vel ratione in universum primò constitutum est) propriâ & singulari ratione certis in causis & personis postea sancita sunt, ad consequentiam producenda non esse. *l. quòd verò. 14. & duab. ll. seqq ff. de legib. l. 1. §. ult. ff. de constitutionib. princip. c. sanè. 9. ext. de privilegiis. c. constitutus. 11. de concess præbenda. c. quæ à jure. 28. de regul. jur. in 6.*

Rursus non obstat *l. si fundum. 16 ff. de fundo dotal.* 38
ubi proponitur; fundum, quem Titius possidebat, cujusq; possessio vacua non erat, à muliere marito in dotem esse datum: adeòq; ejus dominium in maritum traditione esse translatum, licèt alius in possessione fuerit. *Etenim* in casu istius leg fundus, qui à Titio possidebatur, non fuit marito traditus, & consequenter nec dominium illius ei acquisitum; sed solum in dotem destinatus ac promissus. Et quòd corporaliter non fuerit marito traditus, inde relucet; tum
quòd à Titio corporaliter possideri proponatur: duo 39
autem in solidum eandem rem simul corporaliter possidere nequeant. *d. l 3. § ex contrario. 5 ff. de acquir. vel amitt. possess.* tum quòd proponat Tryphoninus: maritum petere debuisse & vindicare fundum à Titio. At petere & vindicare fundum non potuisset maritus, si à Titio non corporaliter possessus fuisset. *§. 1. & 2. infr. de actionib.* tum etiam quòd (*ut ipsi dissentientes statuunt*) ad dominium traditione transferendum exigatur, ut vacua tradatur detentio rei corporalis. Atqui *in casu dict. l. 16.* detentio fundi non erat vacua: quoniam fundus à Titio corporaliter detinebatur. Igitur dominium fundi in maritum illic non fuisse
translatum, omnino credendum est. *Nec hanc* re- 40
sponsionem turbat, quod regeritur: fundum *in d. l. 16.* dici dotalem constitutum: dotalis autem fundus tunc demum constitutus censeatur, cùm dominium ejus marito quæsitum est. *l. dotale. 23. §. 2 ff. de fundo dotali.* Nam in jure nostro mulier aliquando rem in dotem dare dicitur, cùm eam promittit, etiamsi nondum traditio secuta sit. *l. si rem æstimatam. 14. & l. seq. ff de jure dot.* Nec obest, quod abusivè & impropriè dicatur res dotalis, quæ promissa est in dotem,
nondum verò tradita: quæ impropria significatio re- 41
cipi non posset, nisi manifestum fuerit, hoc sensisse ac voluisse legislatorem. *l. non aliter. 69 in princip. ff. de legat. 3.* Quòd enim Triphonius *in d. l. 16 ff de fund. dotal.* à propriâ verbi significatione recedere, illumq; fundum, qui nondum traditus fuerit, dotalem appel-
lare voluerit, ex suprà dictis constat. *Sic quoq;* non be- 42
nè replicatur; Iurisconsultum *in d. l. 16* proponere, maritum petere potuisse fundum: petere autem fundum à Titio non potuisse actione personali, ut qui cum Titio nihil contraxerit: igitur actione in rem eum petere potuisse: ast actionem in rem nemini, nisi domino competere: & consequenter maritum *in casu d. l. 16.* dominium fundi esse. *Etenim* maritus in propositâ specie petiit fundum actione in rem, sibi ab uxore
cessâ

cessâ. Et licèt cessionis nulla fiat *in dict. l. 16.* mentio: quia tamen admodum solenne olim & assiduum fuit, ut mulier actionem, & nomen in dotem daret. *l. nuptura. 57. l. cum post. 69 §. 1 l. mulier bona. 72. ff. de jure dotium* Idcirco verisimile est, idem quoque *in d. l. 16.* factum, actionemque in rem marito à muliere cessam fuisse: id quod etiam superiores rationes, quibus demonstratur, fundum marito non fuisse traditum, nec dominium in eum translatum, luculenter evincunt. *Atq; ita respondent Contius, Paurmeister, & Hunnius locis prasllegatis.*

43 Præterea non obstat, quòd rei hereditariæ & legatæ dominium ipso jure transferatur in heredem & legatarium; quamvis ejus possessionem nondum nacti fuerint. *l. à Titio. 64 ff de furt. l legatum. 80. ff. de legat. 2. l. 1. in fin. ff. de Public in rem act. l cùm heredes. 23 in princip. ff. de acquir. vel. amitt. possess* Jure namque singulari receptum & introductum est; ut domi-
44 nia rerum hereditariarum & legatarum directò à testatore transierint in heredem & legatarium, quò eitius extrema defunctorum judicia exitum sortirentur, *argum. l. vel negare. 5. ff. testamenta quemadmodum aperiant l. hereditas. 50. in fin ff. de petit. heredit. l. 1. in princip. ff si quis omissa caus. testament. &c. Linglois decis. Iustin. 15. quæst. 3. num. 5. folio 155. & seq.*

45 Postremò non obstat *l commissoria 4. Cod. de pact. inter emptor. & vendit. compos. & l. 1. Cod. de donationib. quæ sub modo, &c.* ex quibus colligitur, quòd dominium sine traditione, & vacuæ possessionis apprehensione acquiri possit. *Quia* cùm res lege commissorià in prioris domini dominio rursus esse incipit, non novum dominium acquiritur, sed vetus, quod præcesserat, retineri fingitur: siquidem & traditio ad eum casum dominium prorogare non potuit cùm eam legem & conditionem ex voluntate domini, & consensu accipientis ab initio acceperit. *Anton. Cont. d. lib. 1 disput. jure civil. cap. 8. circa finem, & Hunnius d libr. 2. variar. resolut. jur. civil. tract 1. quæst. 39. in fine.* Adde de eàdem quæstione late disputantem Bachovium *in not. & animadvers. Treutler. volum 2. disput. 20 thes. 4. lit. D. vers. de vacua possessionis. pag. 204. & seqq.* nec non Timæum Fabrum *dict. disput. 14. ad Institut. Imperial. thes. 12. ad liter. C.*

§. Interdum etiam. 44. & §. Item quis merces. 45.

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit, ad rem transferendam: veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit: posteà aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit: eo tamen ipso, quòd patitur, tuam esse: statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.

§. 45. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

SVMMARIA.

1 *Ficta sive quasi traditio quid.*
2 *Ficta traditio quibus modis fiat.*
3 *Horreum quid: item merces & vina quando tradita censeantur.*
4 *Instrumenti traditione dominium transferre intelligitur.*
5 *Item demonstratione, & patientia, & constituto possessorio.*
6 *Ex parte accipientis quomodo fiat quasi traditio.*
7 *An, si dominus rem, quam suam esse scit, ab alio conducat, eo ipso dominium transferat.*
8 *Qui simpliciter aliquid disponit, quod valere nequit, alia dispositione non precedente, hanc quoque dispositionem fecisse censeatur.*
9 *Plura ficta sive impropria traditionis exempla, remissive.*

In paragraphis proximè præcedentibus, Justinianus de vera sive propria traditione tractavit: hîc de ficta sive quasi traditione sermonem instituit. Ficta seu quasi à repræsentalis traditio est, quâ res etiamsi naturaliter & verè tradita non sit: interpretatione tamen juris pro tradita habetur. *l 1. §. si jusserim. 21. vers. nam pro traditis ff de acquir. vel amitt. possess. hoc § num. in fin. Cujac. lib. 4 observ. cap. 3. Altbus lib. 1. Dicaolog. cap. 73. num. 6. pag 143.* Hæc multis & variis fit mo- 1
dis, tam ex parte tradentis, quàm accipientis. Ex parte 2
tradentis: primò, per clavium traditionem. Nam si quis merces in horreo (quod designat quodlibet repositorium, vel vini, vel frumenti, vel aliarum rerum. *Dd. in l tabernam 7. ff. de instructo, vel instrument. leg. Schilbock. hic in fine. & Bachovius num. 2. pag. 311.* depositas vendiderit, simul atque claves horrei in re 3
præsenti, id est, apud horreum, vel in conspectu horrei, emptori tradiderit: confestim transfert proprietatem & possessionem mercium ad emptorem: si modò venditor dominus sit. Alioquin enim usucapiendi tantùm conditio in bonæ fidei emptorem transit. *§. item si quis. 45. hoc tit. l. clavium. 74. ff. de contrah. empt l. quà ratione 9. § item si quis merces 6 ff. de acquir. rer. domin. dict. l. 1 §. si jusserim 21 & ibid. gloss. Bartol. Angel. Baldus Alberic. num. 4. & Iason. num. 16. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Sic & vina tradita videntur, cùm claves cellæ vinariæ emptori apud eandem cellam traditæ fuerint. *dict. l. 1. §. si jusserim 21. in fine. ff eod.* Sic quoque claves olim à marito tradebantur novæ nuptæ, quasi quæ jam omnium in domo rerum potestatem haberet juxta cum marito: & in divortiis rursum eidem adimebantur, vel etiam ultrò ab uxore remittebantur marito. *Quâ de re videatur Brissonius libr. singul. de ritu nupt. quem refert Rittershusius in dict. § item si quis 45. hoc tit. pag. 182.* Deinde, per instrumenti porrectionem: veluti, si quis coemptio mancipiorum, instrumentum emptionis (Den Kauffbrieff) mihi donatario tradat: dominium in 4

me transtulisse censebitur. *l.1.ubi Bartol. Cod.de donationib. Mynsiger. & Schneidevvin. in dict. §. item si*
5 *quis 45.num.2.hoc tit.* Præterea, per demonstrationem: ut, si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat: non minùs possidere cœpi, quàm si pedem finibus intulissem. *l.quod meo.18. §.si venditorem.2. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Item per patientiam transferentis: putà si quis rem, quàm antè tibi commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit, postmodum sibi vendat, donec, vel dotis nomine det, aut ex alio titulo habili tuam esse patiatur. *hoc § num, dict. l quâ ratione 9. §. interdum. 5. ff. de acquir. rer. domin.* Etenim, quoad translationem dominii, nihil interest, præcedat voluntas, & sequatur traditio, an vice versa, neque ordo, aut tempus hic respicitur, *argum. l. ubi est. 21. ff. de rebus dub. l ult. Cod. de sacrosanct. Eccles.* Hujus quoque generis traditio est, si debitorem meum jussero id, quod mihi debet, ex causa alienandi rei tibi tradere. *l. singularia 15 ff de rebus creditis d. l. 1. §. si jusserim. 21 vers. idemque ff de acquir. vel amitt. possess.* atque ejusmodi traditio brevi manu fieri dicitur. *l. licèt. 43 § 1. ff. de jure dot.* Quò referri quoque potest constitutum possessorium: cum videlicet vendens, donans, aut aliter concedens, rem, quam ipse vendit, donat, aut aliter concedit, sese constituit possidere vel simpliciter, vel precariò, ejus nomine, cui ea conceditur. In hunc siquidem per istiusmodi constitutum transferri possessionem, & consequenter dominium, passim ab omnibus traditum est; quos longà serie recenset Tiraquellus *in peculiari suo tractat. de jure constituti possessoris, part. 1. num. 2.* Eoque facit *l. quædam mulier. 77. in fine, ibique Gothofred. ff. de rei vindicat.*

6 Ex parte accipientis ficta traditio fit, per rei consignationem: velut si emptor rem emptam signet, *l. quod si. 14. §. 1. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* Nisi fortè signata res sit, ne permutetur. *l. 1. §. si dolium. ff eod.* Similiter per vini degustationem. *l. 1. & l 4 ff. dict. titul.* Item per aspectum. *l pecuniam. 79. ff. de solution. dict. l 1. § si jusserim. 21 ff de acquir. vel amitt. possess.* ut & per custodum appositionem. *l.*
7 *quarundam. 51 ff. dict. titul.* Ad quid statuendum, si dominus rem, quam suam esse scit, ab alio conducat: ante eo ipso dominium transferet in eum, à quo conduxit? Et hoc verum esse putat Molin. *in conf. Paris. tom. 1. §. 1. gloss 5. num. 34. & seqq.* quando dominus rem suam, non ut alienam, sed expressè ut suam ab alio conduxit: quod hisce fit verbis: *Titius rem suam à Sempronio conduxit, animo dominium transferendi, vel non obstante, quòd sua sit.* Secus esse judicat idem Molineus, ubi dominus simpliciter rem suam ab alio conduxerit. Sed probabilius videtur: dominum utroque casu, & quidem tum etiam, quando rem suam simpliciter, sciens tamen, conduxit, dominium transferre. *§. 1. f. qui testamento tut. dari possess & l. 2.*
6 *ff. de jurisdict.* Ex quibus locis recepta juris colligitur theoria: eum, qui simpliciter aliquid disponit, quod valere non potest, aliâ dispositione non præcedente, intelligi eam quoque dispositionem fecisse, quæ præcedere debet. Unde infertur; illum, qui rem suam scienter conduxit, voluisse priùs dominium rei suæ in locatorem transferre, ut conductio sequi posset. Non igitur necesse est, ut expressè dicatur: *Titium volentem suam in Sempronium transferre, eam à Sempronio conduxit:* sed sufficit, enim simpliciter à sciente Titio conduci. Nam & *in d § 1 f qui test. tut. dari possess.* testator simpliciter servum suum tutorem dederat, non appositâ ista clausula; quòd non obstante servitute, eum velit tutorem esse: & nihilominus tamen libertas ei concessa intelligitur. *Ita quoq; sentit D. Collega Halbritterus in Disput. de rer. divis & acquir. ear. domin. de Anno. 589. thes 117.* Porro plura fictæ seu 8
imaginariæ traditionis exempla, *post Interpretes hic,* videre est apud Hotom. *illustr. quæst. 12.* Philip. Matth. *in l. id, quod nostrum. 11 nu. 17. & seqq ff de reg. jur.* & D. Boceium *hic pag 119. & seq.* Hocque loco observari poterunt quatuor versiculi, quibus veteres impropriam possessionis translationem comprehendere voluerunt. Referuntur autem isti ab Accursio *ad titul. de consuetud. recti feud. libr. 2. titul. 33. ad verb. fundi. in fine.*

Visu, sit e rei mutuata venditione:
Si conductorem jussi deponere: rerum
Clavibus & chartis: non si conduco scienter:
Quamvis non aliter detur, possessio transit.

§. Hoc ampliùs. 46. & §. Qua ratione. 47.

Hoc ampliùs, interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, prætores & consules, cùm missilia jactant in vulgus, ignorant, quod eorum quisque sit excepturus: & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse: statim eum dominum efficiunt.

§. 47. Quâ ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus eâ mente abjecerit, ut in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.

S V M M A R I A.

1 *Dominium etiam in personam incertam transferri potest.*
2 *Missilia quid.*
3 *Missilia hodie prohibita.*
4 *Quæ sint res pro derelicto habitæ.*
5 *In dubio nemo rem suam jactare censetur.*
6 *Res tam mobiles, quam immobiles, pro derelicto habentur.*
7 *An & quatenus res pro derelicto habita usucapiatur.*
8 *Res semel nostra, non potest ampliùs esse nostra.*
9 *Usucapio est adjectio dominii.*
10 *Nemo plus juris alterum transferre potest, quam ipse habet.*

1 DIctum est hactenus: non solùm traditione verâ, sed & quasi sive nudâ voluntate domini, absque traditione, in personam tamen certam, dominium rei transferri. Hic additur, etiam in personam incertam atque incognitam dominium transferri posse, ut fit in
2 missilibus, & rebus, quæ pro derelicto habentur. Erant autem missilia variarum rerum donaria, quæ publicæ lætitiæ, spectaculi, vel liberalitatis gratiâ, in perpetuam rei memoriam, à consulibus & prætoribus in vulgus spargebantur: & ita cuique primo occupanti acquirebantur, *hoc nostro §. ubi Mynsinger. num. 2. l. qua ratione. 9. § hoc amplius. 7. ff. de acquir. rer. dom. Ioan Bredans Miscellan. libr. 3. cap. 12.* Sed eorum usum in consulibus prohibuit Imperator Marcianus.
3 *l. 2. C. de consulib. & non spargen. &c.* quam legem postea abrogavit Imper. Justinianus *Novell. 105.* quâ consulibus rursus permisit spargere pecuniam; sed argentum tantùm. Sólus enim Imperator aurum spargebat. *Heigius hic num. 4.* Tandem totum hunc usum sustulit Imper Leo diu post Iustinianum. *Novell. 24. & tradit hic Giphanius in vers. ut ecce Praetores &c.*

4 Res porrò pro derelicto habitæ sunt illæ, quæ à domino ea mente abjiciuntur, ut eas in dominio suo amplius habere nolit. *§. quâ ratione. 47. h. t.* Et ideò statim primi occupantis fiunt: quia eorum ab ectio vim tacitæ cujusdam donationis habet. *l. 1. & l. si id,*
5 *quod. 5. ff. pro derelicto*: si modò occupans sciat, rem à domino pro derelicto habitam. *l. 2. in princip ff eod.* Nam in dubio isthæc voluntas non præsumitur: cum nemo rem suam jactare temerè censeatur. *l. cùm de indebito. 25 in princip. vers qui enim solvit. ff de probat. Bruning. discurs. palastra Imperial. 5. thes 4. ad lit. F.*
6 Cæterum non tantùm res mobiles; quæ abjici possunt (*ut colligi posse videtur ex dict. §. quâ ratione. hoc tit. ex verb. abjecerit*) sed etiam res immobiles pro derelicto haberi possunt; velut, si quis agrum vel domum ita derelinquat, ut in bonis suis amplius esse nolit, statim ejus dominus esse desinit, reditque res ad nativam libertatem: & nullius jam in bonis, quod sic derelictum est, esse censetur *d. l. 2. in fin. ff. pro derelicto l. falsus 43. §. quòd si dominus. 5 ff. de furt.* Itaque naturali ratione occupanti conceditur, *secundùm §. fera. 12 f. h t.* quia (*assertore Vlpiano*) iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus acquiruntur. *dict. l. 1. ff. pro derelicto. l. nihil tam naturale. 35 ff. de reg. jurũ. Mynsingerus hoc num. 4. Schneidevvin. num 3. Heigius num. 9. & Gilkenius in dict. § qua ratione. 47. num. 7.*

Antedictis non obstat *l. id, quod. 4. cum duabus*
7 *seqq ff pro derelicto.* in quibus res pro derelicto habita dicitur usucapi ab eo, qui occupavit. Si usu capi-
8 [illegible]: ergo non statim ipsa occupatione vel apprehensione facta est accipientis. Nam si statim ejus facta esset, quid opus esset usucapione? cùm res semel nostra non possit amplius esse nostra. *§. sic itaq; discretio.*
9 *4. infr. de actionib.* Usucapio autem est adjectio dominii. *l. 3 ff. de usurpat & usucap.* Istud, *inquam*, non obstat. Etenim per distinctionem respondetur: Aut is, qui dereliquit rem, dominus ejus fuit: & tunc ille, qui eam occupat, continuò ejus dominus efficitur.
Aut derelinquens non fuit dominus: & hoc casu qui 10
rem. occupat, non statim fit dominus, sed opus habet usucapione. Non enim plus juris in alterum transferre potuit, quàm penes derelinquentem fuit. *l. nemo plus juris 54. ff. de reg. jur. & docet Rittershus. in d. §. quâ ratione. 47. hoc tit. pag. 183.*

§. *Alia sanè causa. 48. & ultimus.*

Alia sanè causa est earum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur. Hæ enim dominorum permanent: quia palàm est, eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere nolit, sed quò magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè videntur discedere ab his, quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt.

SUMMARIA.

1 *Differentia derelicti, & ejecti.*
2 *Ratio differentiæ.*
3 *In necessitatibus nemo liberalis censetur.*
4 *Res navis levandæ & periculi vitandi gratiâ projectas, animo lucrandi auferens, furti tenetur.*
5 *Quilibet scire debet, quod suum non est, hoc pertinere ad alios.*
6 *Res naufragio amissa, occupanti non cedunt.*
7 *Quod jus est in rebus projectis: idem est in iis, quæ ignorantibus excidunt.*
8 *Inventor, ut furti suspicionem eluat: rem inventam publicè significare nec inventionis præmium exigere debet.*
9 *Si de domino res inventæ non constet, quid inventori faciendum.*

DIfferentia derelicti & ejecti insignis hic exponi- 1
tur: quòd nimirum illius dominium statim admittatur, hujus autem non item. Ratio differentiæ evidens est: quia in illo voluntas est abjiciendi: in hoc 2
est necessitas, sive non voluntas: idest, quia illud eâ mente abjicitur; ne amplius sit nostrum: hoc vero non eo animo ejicitur, quod quis id in numero rerum suarum ampliùs habere nolit; sed ut eo faciliùs maris & exortæ tempestatis periculum effugere possit, *hoc §. l. qua ratione. 9. §. ult. l. quæcunq;. 58. ff. de acquir. rer. domin. l 2. §. fin. & l. qui levanda. 8. ff. ad l Rhod. de jact l interdum. 21. §. idem juris. 2 ff. de acquir. vel amitt. possess. Arumaus Exercit. Iustin. 4. thes. 22.* Huc 3
pertinet, quòd in necessitatibus nemo liberalitâtem exercere præsumatur, *l. rem legatam. 18. in fin. ff. de adimend. vel transferend. legat item argum. l. donari. 29 in princip. ff. de donationibus. & l. donari. 82. ff. de reg. jur.* Et quidem adeò verum est, rerum istarum, 4
quæ in tempestate, navis levandæ & periculi evitandi gratiâ ejiciuntur, dominium prioris domini permanere; ut actio furti ei detur, contra illum, qui eas lucrandi

crandiq; animo occupaverit, *hec § nostre. vers. quâ de de causa. & l. falsus eredicor. 43. §. si jactum ex nave. 11. ff de furt e. si quid invenisti. 14. q. 5.* Nec interest, sive is, qui abstulit, sciverit, cujus sint, sive ignoraverit. Nihil enim (*ut bellè admodum ad Sabinum Vlpianus scri-*
5 *psit*) ad furtum minuendum facit, quòd cujus sint, ignoret. *d. l. falsus. 43. §. qui alienum. 4. ff. eod.* Et quilibet (*ut eleganter Iustinianus rescripsit*) scire debet, quod furtum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere. *l. fin. C unde vi. & dixi in §. item lapilli 18.*
6 *n. 3. s h. t.* Res quoque naufragio amissæ non statim nostræ esse desinunt, aut occupanti cedunt: quoniam non sunt in derelicto, sed in deperdito. *d. l. interdum. 21. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* adeò, ut qui eas sciens rapuit, aùt reposcenti non reddit, quadruplo teneatur. *l. Pomponius 44. vers. idem ait. ff. de acquir. rer. dom.* & ex constitutione Friderici Imperatoris, publicatione omnium bonorum mulctetur; consuetudinesq; huic sanctioni adversantes, improbæ ac injustæ habeantur. *Auth Navigia. C. de furtis & servo corrupt. D. Christoph. Beseld. & Georg. Hieronymus Marstaller in disput. juridicopolit. de divitiis. thes. 84.* & latiùs explicatum *in §. sine scripto. 9. nu. 14. & seq. supr.*
7 *de jure nat. gent. & civ.* Planè, quod jus in rebus tempestatis causa, in mare projectis militat: idem etiam in iis rebus, quæ de curru vel rhedâ currente, non intelligentibus dominis excidunt, observari Imperator hic
8 in fine ostendit. l. quo naufragium. 3. *in princ. ff. de incend. ruin. naufrag. &c.* Vt autem is, qui jacentem rem invenit & sustulit, à furti suspicione & obligatione se liberet; tutissimè fecerit, si per præconem aut libellum, vel publicè ex suggesto curet significari, se rem aliquã invenisse, quam sit redditurus ei, qui certis indiciis demonstraverit, illam esse suam. Et tum gratis eam restituere debet: nec probè facit, si aliquid petat: nisi dominus liberè & ultrò *ἑυρετρον*, hoc est, inventionis præmium obtulerit, *praalleg. l. falsus. 43. § proinde. 8. & § quid ergò. 9. ff. de furt. Did. Covarruv. in cap. peccatum. 4. parc. 2. relect. § 5. num. 3. de reg. jur. libr. 6. Bruning. discurs. palastra Imperial. 5. thes. 4. sub lit F.*
Cæterùm si non appareat, qui rem inventam suam asseriat: si quidem inventor inops est, retinere poterit: si dives, rectius honestiùsque egerit, si eam, vel ejus æstimationem, in manus pauperum, aliosvè pios usus erogaverit, *argum. authent. omnes peregrini. Cod. communia de successionibus &c. Nemo, qui rapit 14. quæst. 5. Faber Mynsinger. Schneidevvin. Schilbeckà Heigius & alii ad hunc §. Vultej. in dict. § item lapilli. num 7. & ibidem. Thadaus Piso num. 3. Gilkenius in §. thesauros. num. 46. s. hoc titul. Covarruv. in dict. cap. peccatum. part. 3. § 1. num. 2. de reg. jur. libr. 6. Gomezius tom. 3 variar resolut. cap. 5. num. 2. Forsterus junior. libr. singulari. de dominio. cap. 9. num. 88. pag. 269. Emanuel Soarez. in thesaur. receptar. sentent. verb inventores num. 180. Petrus Theodoricus disput. 2. Collegii criminal. thes. 4. sub liter. b. Martinus Bonacina in tractat. de contractibus & restitutionibus. disput. 1 quæst 3. part. 4. num. 3. & seqq.* Hucque pertinent, quæ in similibus terminis tradit Iohannes Bonifacius *in tractat. de furtis. §. contractatio 9 num. 132 & seqq.* nec non Matthias Berlichius *part. 2. conclusion practicabil conclus. 66. de thesauro. num. 26. & seqq. pag ult. item part. 5. conclus 44. num. 1. & seq pag 214.*

DE REBVS CORPORALIBVS, ET INCORPORALIBVS.

TITULUS II.

Quædam præterea res corporales sunt: quædam incorporales.

§. 1. Corporales hæ sunt, qui tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ rei innumerabiles.

§. 2. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea; quæ in jure consistunt: sicut hereditas, usufructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ, Nec ad rem pertinet, quòd in hereditate res corporales continentur. Nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur; corporales sunt: & id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est: veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum jus hereditatis & ipsum jus utendi fruendi, & ipsum jus obligationis incorporale est.

§. 3. Eodem numero sunt jura prædiorum urbanorum, & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Quæ res dicantur corporales.*
3 *Sola individua corporalium rerum nomine continentur.*
4 *Corporales res rursus vel mobiles sunt, vel immobiles.*
5 *Mobiles iterum aut moventes, aut in specie mobiles vocantur.*
6 *Discrimen inter moventia & mobilia sæpe confunditur.*
7 *Res immobiles, quæ sint, & quotuplices.*
8 *Res soli quæ sint.*
9 *Res solo cohærentes quæ.*
10 *Fructus pendentes pars fundi censentur: & quatenus rebus mobilibus annumerentur.*
11 *Pecunia numerata inter quas res referenda.*
12 *Pecunia prædiorum emptioni destinata, quibus rebus accensenda.*
13 *Res qualibet retinetur faciliùs, quam acquiritur.*
14 *Destinatio simplex nullum producit effectum.*
15 *Quatenus destinatum habeatur pro perfecto.*
16 *Pecunia, ex venditione prædii redacta, mobilis putatur.*
17 *Aliud precium, aliud res ipsa.*
18 *Nummus, ex re furtiva redactus, non est furtivus.*
19 *Ex uno testamento æstimationem habens, ex altero rem petere non prohibetur.*
20 *Res empta ex pecunia mea, non est mea.*
21 *Pisces quibus rebus assignandi.*
22 *Quo casu illi pars aquæ intelligantur.*
23 *Res incorporales quæ sint.*
24 *Quâ ratione in hereditate res corporales contineantur.*
25 *Præcipualiter quod sit, non quod in consequentiam venit, spectandũ.*
26 *Hereditatis definitio à Cicerone tradita reprehenditur.*
27 *Seneca irrisio exploditur.*
28 *Alciati & Breckæi opinio refutatur.*
29 *Hereditas quid significet.*
30 *Dictio verbalis quid denotet.*
31 *Hereditas & bonorum possessio dominium tribuit.*
32 *Quatenus hereditas divisionem recipiat.*
33 *Sensus & intellectus l. debitori. 7. C de pactis.*
34 *Semel heres, non desinit esse heres.*
35 *Diluitur error eorum, qui obligationes non ad rerum, sed ad personarum vel actionum jus pertinere, contendunt.*
36 *Status personæ quâ in re consistat.*
37 *Quomodo & cur personæ obligentur.*
38 *Instantia Vultejii refellitur.*
39 *Obligatio mater actionum.*
40 *Alius ordo in Digestis, alius in Institutionibus observatus.*
41 *Tria juris objecta: personæ, res & actiones.*
42 *Res incorporales, in legibus vel constitutionibus nominatæ, eo jure censentur, quo res, quibus inhærent.*
43 *An & quatenus nomina, jura, actiones, annui reditus, & similia, inter mobilia, vel immobilia sint referenda, remissive.*

1 EXpositâ primâ rerum divisione, quâ res vel sunt in patrimonio, vel extra patrimonium: sequitur modò altera, quâ res vel sunt corporales, vel incorporales. *l. 1. §. 1. ff. de rer. divis. §. tam autem corporales. 21. infrà de legatis. Vlpian. in fragment. tit. 19. §. in jure cedi. & §. res autem corporales. Cajus lib. 2. Institut. tit. 1. Paulus libr. 3. sentent. receptar. tit. 6. de legatis. §. finiendi, &c. Cicer. in Topicis. Timaus Faber disput. 15.*
2 *ad Institut. Imperial. corollar. 1.* Corporales res sunt, quæ sui naturâ sub tactum, & visum sive aspectum cadunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & aliæ innumerabiles. *§ 1. hoc tit. d. l. 1. §. 1. ff. de rer. divis.* Illa autem verba *sui naturâ*, ideo adduntur: ne quis res infixas cœlo, ut stellas; vel in abysso seu profundo maris existentes, vel montibus occultatas, rerum corporalium numero eximat. Has etenim res licèt actu nemo tangere valeat: sui tamen naturâ & potentiâ, tangi demonstrarique possunt, *Mynsinger. & Schneidevinn. hic num. 2.* Sola igitur individua 3
rerum corporalium nomine continentur: quippe quæ sola sub sensus cadant. Quod si ita est: nec fundus, nec homo, nec equus, cæteraque, quæ speciei nomine à Dialecticis, generis à Iurisconsultis appellantur, res corporales dici queunt. Nam cùm in genere fundum hominemvè dicimus: rem universam significamus. Res autem universæ cadere sub sensus non possunt: quippe à quibus sint remotissimæ. Quapropter cùm Iustinianus hîc tradit, fundum & hominem res esse corporales: intelligi debet de hoc fundo, putà Tusculano: & de hoc homine, putà Pamphilo vel Davo, adeòque de homine in individuo, non in genere seu specie: ut benè monet hîc Hotoman. *enunciat. 1* & Wesenbec. *ad lit. b.*

Corporales res iterum vel mobiles sunt, vel immo- 4
biles. *initio tot. infr. de inutilibus stipulationib. Iohan. Althus. lib. 1. Dicælog. cap. 1. num. 17.* Mobiles dicuntur, quæ integræ loco moveri, & ex uno loco in alium transferri possunt. *l. si chorus 79. §. 1. ff. de legat. 3 l. à Divo Pio. 15. §. in vendit. 2. ff. de rejud. l. possideri 3. §. si rem. 18. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. verum. 25. §. 1. ff. de furt. l. 2 ff. de supellect. legat. libr. ult. § 1. & 2. ff. de requir. reis, &c.* Quæ rursus aut moventes 5
sunt, aut in specie mobiles vocantur. Et illas quidem dicimus animalia, & res alias, quæ per se, vel suo motu agitantur atque moventur: ut sunt, equi, boves, asini, oves, agni horologia, &c. has verò appellamus res inanimatas, quæ nimirùm anima carent, & ab aliis moventur, nec certum perpetuumque locum habent: veluti sunt, vestis, lectus, liber, scamnum, candelabrum, pelvis, mensa, navis, granaria solo non affixas vasa vinaria, &c. Germanicè fahrende Haab und Güter/ vel unico verbo Fahrnuß. *l. moventium. 93. ubi eleganter Gæddeus. num 2 ff. de verb. significat. & l. unic. C de usucap transformand. l. fundi. 17. in princip. ob granaria. 18. ff. de actor. emptione. l. 3. §. 1. ff. de tritico, vino, vel oleo legat. D. Collega Besoldum. in thesaur. pract. lit. F. num. 3. pag. 250.*

Necei, quod de moventibus dictum, refragatur *dict. l. 2 ff de suppellectile leg.* ubi res moventes opponuntur animalibus, *& d. l. possideri. 3 §. Nerva filius.* 6
13 ff. de acqu. r. vel amitt. possess. in qua à rebus mobilibus homo excipitur. *& dict. l. ult, §. 2. ff. de acquirend. reis.* ubi refertur, Divum Trajanum rescripsisse, inter moventia fructus quoque haberi. Hæ, *inquam*, leges non refragantur. Discrimen enim inter mobilia & moventia sæpe confundi, & promiscuè eadem usurpari certum est. *dict. l. à Divo Pio. 15. § in venditione. 2. ff. de re jud. l. 1. §. 1. ff. de rei vindicatione. l. qui universas 30. §. item quod mobile. 4. ff. de acquir. vel amitt. possess dict. l. moventium 93. ff. de verbor. significationib. & similib. Roberus disput. 6. ad Institut. thes. 5. Vultejus libr. 1. Iurisprud. Roman. cap. 62. num. 6. pag. mihi. 248.*

Res immobiles sunt, quæ loco moveri omninò su- 7
aptè naturâ nequeunt, Germanicè Liegende Gründe

oder unbewegliche Haab und Güter. *Panormitan in cap. multi.5. num.9. de reb. Eccles. alienand. vel non* Decius *cons.*772.*vel* 4.*num.*4. *Ludovici conclus.*48. *Gratian.tom.*5.*cap.*811.*reiq, laudans Dn. Besold dict.*
7 *thesaur.pract.lit.L num.*45.*pag.*518. Hæcque vel res soli sunt, vel solo cohærentes, *l. qui acervus.*16. *ff. Quod vi, aut clam.l* 1 *§.& generaliter.*4 *ff. de vi,& vi*
8 *armat.tit* 1,*§.ult.lib.*2 *feundor.* Res soli sunt fundi. *l.*1. *ibi, sive mobiles sint,si vel soli,quare fundũ queq̃,&c, ff. de condict. triticar. d l.*1.*§.*1 *ff.de rei vindic. l.quam Tuberonis.*7.*§. in peculio.*4. *ff. de pecul.d l. unic.vers. ideo per præsentem. C.de usucap transform* qui vel singuli considerantur, vel in universitate, veluti territorio, ducatu, marchiâ, comitatu, baroniâ. *l.pupillus* 239. *§.territorium.*8.*ff. de verb. significat.tit* 14.*in princip. lib.*1.*& tit* 10.*lib.*2.*Feudor.c.fundamenta.*17. *in fine. ibi, sub nomine comitatus, barona. &c. de electione in* 6.

9 Res solo cohærentes, perhibentur res solæ junctæ; ut, arbores. *l.si altius.*7.*§ nota vimus.*5.*vers. atqui arbores.l.interdictum.*19.*ff. quod vi. aut clam,* ædificia. *d.l quia acervus.*10 *ff.eod l. adeò.*7 *§.cùm in suo solo. ff. de acquir.rer.domin §. cum in suo solo.* 29. *f. tit. proximo.* molendina *.l.quæsitum* 12. *§ & molas* 10. *juncto.§ seq.& l.cùm fundus.*21. *vers. de molis ff. de instructo.vel instrum.legat. Tiraquell.in Comment. de retraict.lignagier.§.*1.*gloss.*7.*num.*92.*Ioan. Heringius in tractat. de molendin. quæst.*8.*num.*10 *ubi pro hac sententia magnum Dd. Catalogum recitat.* sylvæ. *l. item si fundi.*9.*§ ult & l.seq. l.si absente* 48.*§ ult. ff. de usufructu.* castra.*tit.*4 *§ item si vasallus possederit castrum.lib.*1.*Feud.juncte.dict.tit.*1.*§.ult lib.*2. *Feudor.* lacus & stagna. *l.quid tamen* 10. *§. agri.*2.*& §. seq. ff. quibus modis ususfruct. vel usus amitt.l unic.§. lacus.*3.*& §.seq ut ff in flumin.publico &c. D. Bocerus class.*4.*disput.*1,*thes* 8.*edit* 1.
10 Sanè & fructus pendentes sunt res solo cohærentes: siquidem pars fundi dicantur. *l.fructus pendentes* 44 *ff. de rei vindicat.* Vnde agro vendito, fructibus jam maturis sive pendentibus, etiam fructus ad emptorem spectare, nisi aliud conveniit, exploratum est. *l.Iulianus* 13.*§.si fructibus* 10.*ff.de actionib. empti.Covarruv.libr.*1 *variar. resolut.cap.*15.*num.*1.*&* 2. Verum si fructuum pendentium finis spectetur, qui in ipsis à solo separatis cernitur: res potiùs mobiles, quàm immobiles censentur, *ut multis probat Tiraquellus in dict. Commentar. de retraict.lignagier.§.*1.*gloss.*7.*num.*44. *& seq.* Vide Antonium Tessaurum *in quæstion. forens. libr.*1 *quæst* 26. cumque referentem D. Besoldum *thesaure pract.lit.F.nu.*3.*p.*249.

11 Quæritur de pecunia numerata, utrùm rebus mobilibus & corporalibus, an verò in corporalibus sit annumeranda? Et quidem si ea in concreto consideretur, ut corpus: meritò annumerantur rebus mobilibus & corporeis, sin in abstracto, tanquam valor sive æstimatio, quantitas, & potestas; in numero incorporalium eadem rectè reponitur. *Nevell* 4.*cap* 3. *l. quisquis.*95.*ff.de legat.*3.*si u, cui.*94 *§.*1.*ff. de solutionib.& similib. Videantur Hotoman. quæstion. illustr.* 25.*& libr.*3.*observ.cap* 3. *Pincl.in l.*1.*part.*2.*num.*45. *& seq.ff. de bon.matern. Menoch. libr.*4. *tom.*2.*præsumpt.*138.*Hartmann. Pistoris libr* 1.*quæst.*26.*num* 7. *cum seqq & Matth. Stephani cent.*2 *quæst.*9.*sub lit.e.* Adde Forstenum juniorem *in libr.singulari, de dominio. cap.* 7. *num.* 50 *& seqq.* itemque Bachovium *hic num.*1 *pag* 313 *& seq* nec non Lommei *quæstion. jurid fasc* 20.*quæst.*1.

De pecunia quoque prædiorum sive immobilium emptioni destinatâ, an mobilis sit, nec ne, quæsitum est? Et distinctione adhibita, respondendum. Aut enim ex venditione immobilium pecunia redacta est, & rursus emptioni immobilium destinata: & rebus immobilibus accensetur, *argum. l.fundi.*17.*§ fin.ibi.pali, qui exempti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt ff de actionibus empt. & l granaria.*18 *§* 1. *Digest dict.tit.ubi regula, quæ detracta sunt, ut reponerentur, ædibus accedunt.* Res siquidem quælibet facilius retinetur, quàm de novo acquiritur, *argum. l. patre furioso.* 8. *ff. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt. Wesenbecius cons.*79 *num.*11. Aut ultrò & simpliciter destinata est, putà si paterfamilias dixerit: Ego his mille aureis emam prædia seu immobilia: & mobilibus annumerabitur: quoniam simplex & sola destinatio nullum producit effectum. *l.si id, quod* 58.*§ item Celsus.*1. *ubi Gothofred.ff pro socio l.ligni appellatio.* 55. *§. si lignum.* 7. *ff. de legat.* 3. *cum libris concordantibus.* 12 13 14

Nec resistit, quòd destinatum habeatur pro re sive actu perfecto. *l.*1 *§.cœpisse* 3 *ff de pollicitationib. l. cùm aurum.*19.*§ infectis.*11. *ff. de auro, argento, mundo legat.* Ea namque regula tum demum locum habet, cùm intentio actum perficit: diversum est, si requiratur factum hominis: *ut post Baldum, Bartolum, Iasonem, & alios, notavit Andreas Gailius libr.* 2. *observat.*11. *nu.*4.*&* 5. Etenim si rei forma ac finis sit in destinatione, ea haud dubiè pro actu perfecto habetur: secus, si destinatio tantùm causæ impulsivæ locum obtineat, *argum l.si nondum.*3.*Cod. de furt, l.carbonum.*167. *ubi post alios à se allegatos Goeddæus numer.*4.*&* 12,*ff. de verbor signif.* Cæterùm si destinatio sit proxima perfectioni: veluti si paterfamilias emerit rem immobilem, & nondum solverit precium, quod tamen jam tum solutioni destinavit: ratione obligationis pecuniam fictione quadam haberi pro immobili, probabilius est. *argum.l.penult ff. de testam. milit.l.ex Iulianus* 4.*ff de fundo dotali Robar.prædicta disput.*6.*ad thes* 10 *in fine. D.Marta tom* 3. *digestorum novissimorum. Tit.pecunia cap.*1.*fol.*246 *ex decisione Cameræ Imperialis* 11.*part* 2 *Andrea Gail, & decisione senatus Burdegalensis* 209. *Nicolaii Bogerii.* Et istam quæstionem omnium latissimè explicat Henricus Nebelkræ *decision. forens. libr.*1. *decis* 11. *pag.*127.*& seqq.* nec non Hunnius *in resolutione ad Treutlerum. volum. poster. disput.*13.*thes* 4 *quæst.*18. *pag.*80.*& seq.* 15

Planè pecuniam, ex venditione prædii redactam, mobilem esse, juris ratio. Tum quia aliud est precium, aliud res ipsa. *l.fundum.*28 *ff.de novationibus l. si alii.* 42.*§.*1. *ff. de usufruct l.nemo.*82 *ff. de verb. obligat.* Tum quia nummus, ex re furtiva redactus, non est 16 17 18

suc-

19 furtivus *l. qui vas. 48. §. ult. ff. de furt.* Tum quia ille, qui ex uno testamento habet æstimationem, ex altero
rem petere non prohibetur. *l. planè 34 §. sed si duorum*
20 *2. ff. de legat. 1. l. Mavius. 66. § 1. ff. de legat. 2.* Tum quia res empta ex pecunia mea, non est mea, *argum. l. si ex ea. 6. Cod. de rei vindicat.* nec ex pecunia dotali res comparata, est dotalis *l. ex pecunia 12. Cod. de jur. dot.* neque res ex nummis pignoratis empta, est pignorata. *l. idemq́; 10. § ult. ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habeant.*

21 De piscibus etiam dubitatum; & communiter receptum est: eos, qui custodiæ causa in stagno habentur, mobilibus, qui propagationis, immobilibus assignari. Priori siquidem casu non habentur pro parte fundi. *l. lines. 15. in fin. cum ll. seqq. ff. de actionib. empt.*
22 Posteriore casu pars àquæ censentur. *Guido Papa decis 91. num. 5. Molineus in consuetud. Parisiens. tit. 1 §. 1. gloss. 8 num. 18. Pisteris libr. 1. quæst. 24. num 63. cum seqq. Schraderus in tractat. feud 2. part. 9. partu princip. sect. 4. num. 10. Georg. Mor. de nigro monte, in tract. de jure venandi part. 1 cap. 9. num. 11. & seqq. Forsterus junior dict. libr. singulari de dominio. cap. 7. num. 79. & seqq. aliiq́; plures per eos adducti. Et eadem de re monuimus in §. feræ. 12. sup. tit. proxime. num. 69. & seq.* Adde Antonium Monterum *decis 26.* cumque laudantem Dn D Besoldum *dict. thesaur practic. lit. F. num. 1. pag. 250.* Atque hæc de rebus corporalibus sufficiant.

23 Incorporales res sunt, quæ sui naturâ manibus tangi & oculis videri non possunt; sed sola mente seu intellectu percipiuntur: qualia sunt ea, quæ in jure consistunt: sicut hereditas, servitutes prædiorum, ususfructus, usus, & obligationes re, verbis, literis, vel quoquo modo contractæ. §. *incorporales 2. & §. seq hoc tit. dict. l. 1. §. quædam præterea. 1 ff. de rer. divis.* imò etiam actiones ipsæ. Nam ut obligatio definitur vinculum juris, *initio titul infrà de obligationibus.* ita & actio definitur jus persequendi, *initio titul. infrà de actionibus.*

24 Nec quicquam movet, quòd in hereditate, cæterisque exemplis hìc commemoratis res corporales continentur. Non enim quid, sed quo respectu aut contemplatione dictum sit, expendendum est, *argum. l. penult. ibi, relatione scilicet facta, &c. ff. de just. &*
25 *jure.* Res autem incorporeas non partium subjectarum, sed juris universalis ratione hoc loco dictas esse constat. Ideoque non quid in hereditate, sed quid ipsa sit hereditas, explorandum erit, ut etiam alias magis inspicitur id, quod principaliter, quàm quòd in consequentiam venit. *l. 1. & l. quod dicimus. 7. in princ ff. de auctoritat. & consens. tutor. Henric. Schilbeck hìc in fine. Vide Forsterum junior. dict. lib singul. de dominio. cap. 7. num 34. itemque D. Besoldum in dissertat. juridico-polit. de jure & divisione rerum cap. 5. num. 12. pag. 43.*

26 Malè igitur, minusque ad juris civilis subtilitatem accomodatè Cicerone *in Topicis,* definita videtur hereditas, pecunia, quæ morte alicujus ad quempiam pervenit. Non enim hereditas pecunia est, sed jus acquirendæ pecuniæ, sive jus succedendi in locum defuncti *l. nihil est aliud. 24. & l. bonorum. 208. ff de verbor. signific. & l. hereditas. 62. ff. de regulis juris.* Videatur tamen Iohannes Mercerius *libr. 2. opinion. & observation. cap. 11.* ubi istam Tullii definitionem omni studio ac industriâ defensare conatur, Minime- 27
que toleranda Senecæ irrisio est, *qui lib. 6. de benefic. cap. 5.* sic scribit: *Iurisconsultorum istæ argutæ ineptiæ sunt. qui hereditatem negat usucapi posse. sed ea, quæ in hereditate sunt: tanquam quicquam aliud sit he-*
reditas. quam ea, quæ in hereditate sunt. At licèt Al- 28
ciatus & Brechæus *in d. l. nihil est aliud. 24 ff de verber significat.* Philosophorum opinionem sequantur, adeòque hereditatem pro rebus ipsis hereditariis, non pro jure succedendi accipiendam esse tradant: tamen eos toto, *quod ajunt,* cœlo errare perspicuum est. Hereditas quippe juris nomen est, sicut bonorum possessio. *l. bona. 3. hereditatis 1. ff. de bonorum possessionib. l. hereditatis appellatio. 119. ff. de verbor. si-*
gnif. id est, significat universitatem juris, quam defun- 29
ctus habuit. *d. l. nihil est aliud 24. ff. eod.* & hereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet. l. *hereditas 50. in princ ff. de petit. heredit.*

Nec primò obstat, quòd apud Grammaticos dictio 30
verbalis (qualis est successio, & quâ dictione utitur Cajus IC. *in d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. signif.* & Iulian. *in l. hered 62. ff. de reg jur.*) item ipsam denotet. Nã Iurisconsultos dictionibus verbalib. jura demonstrare soleres vocabulo possessionis, usucapionis, obligationis, stipulationis & actionis, luculenter docet Iohannes Borcholt. *in tract. de gradib. part. 2. sub tit. unde hereditas dicatur, & quid sit. pag. mihi. 145. & seq.*

Secundò non refragatur, quòd heres dominum si- 31
gnificet; adeòque hereditas rerum ipsarum dominium tribuat. § *fin. infr. de heredum qualit & different. l. item Mela. 11. §. legis autem. 6. ff. ad l. Aquil.* Quia & bonorum possessio tribuit dominium. *l 1. ff. de bonor. possessionib.* & tamen jus manet. *l. bona autem. 3. §. bonorum. 2. ff eod tit.* Adde, quòd ipsum quoque dominium jus definitur, teste Bartolo, *in l. si quis vi. 17. § differentia ff. de acquir. vel amitt. possess. & dictum §. ad princ. tituli proximi nu. 10.*

Tertiò nihil obest, quòd hereditas divisionem re- 32
cipit. *l. quotiens. 9. §. heredes. 12. l. interdum. 13. §. 1. & l. servum. 50 §. ult. ff. de heredib instituend §. hereditas. 5. infrà dict. titul.* quæ in res ipsas cadit, non in jus, quod dividi nequit: cùm sit quiddam incorporale. *§. incorporales. 2. hoc tit l. arbor. 19 §. si per eundem. 2. vers. quæ enim communio juris, &c ff. communi divid.* Cùm enim Iurisconsulti hereditatem dicunt: per hereditatem res, quæ in hereditate sunt, intelligunt; non jus successionis, quod non dividitur, nec unquam pro diviso possideri potest. *l Pomponius. 8. in fine. ff. de rei vindicat. Hoteman. in quæst. illustr 21. Gœddæus in Commentar de contrahend & committend stipulat. cap. 6. conclus. 22 nu. 302.* Vnde qui rem hereditariam vel minimâ pro herede possidet, heredem repræsentat. *l. regulariter. 9. in fin. cum l. seq. ff de petit. heredit. l. 1. § 1 ff si pars heredit. petatur.*

Quartò minùs repugnat *l. debitori. 7. Cod. de pa-* 33

ctis. ubi dicitur, hereditatem tradi posse. Incorporalia autem non tradi, manifestum est. *l. servus.43.§.1. ff. de acquir. rer. domin.* In dictam namque lib.7. res hereditarias, non ipsum jus tradi, patescit ex eo, quòd heres interposuit pactum: ut is, cui hereditatem tradiderat, satisfaceret creditoribus hereditariis, qui possunt heredem convenire. *l.2. Cod. de heredit. vel act.*

34 *vendit.* Quo pacto opus non esset, si ipsum jus esset translatum. Idque jus à persona discedere nequit: cùm qui semel factus est heres, non possit desinere esse heres. *l.ei, qui solvendo 88 in fin. ff. de heredib. instit. l. ait Prator.7. §. sed quod Papinianus.10. in fin. ff. de minoribus Robertus prædict. à Disput.6. thes.2.* Eâdem de re videri quoque poterunt *Donellus lebr.6. Comment. de jure civil. cap 2. Robertus lib.3. animadversion. cap.12. Valentin. Forster. libr.2. de successionib. cap 2. & 3. hujusq. filius, Valentin. Guilielm. Forsterus Disputat. Instit.6. thes. uls. & noviter & Collega Bocerus ad princip. tit. infr. de testam. ordinand. num.3. & seqq.*

35 Porrò quod Instinianus Imperator hoc loco obligationes etiam in rerum numerum diserte refecit: inde crassus perspicitur error eorum, qui illas vel ad personarum, vel actionum jus & tractatum pertinere contendunt, *Loriot de jur. art. tractat.17. de pact. axiom.2. Accurs. Angel. Nicas. Peretus & Vultejus ad princip. tit. infr. de obligationib. item libr.1. Iurisprud. Roman. cap.26 & lib 1. Disceptat. Scholastic. cap 16.* Nec movet, quòd persona personæ obligetur, non res rei: item, quòd in obligatione unus fiat creditor, alter debitor: idque personarum sit, non rerum: item, quòd obligatio pariat actionem in personam, non in rem; adeòque obligatio ad jus personarum, non rerum spectet. *Hæc enim* argumenta vitio homonimiæ laborant. Ambiguitas siquidem est in verbo, *personarum vel jure personarum*; quod jus in proposito themate significat conditionem & statum personæ, qui

36 in libertate, civitate & familiâ consistit. *argum. tot. tit. supr. de capitis deminution. ubi & nos latius.* in argumentis autem contrariis affectionem & circumstantiam, aut actum necessarium sive adjunctum personæ cohærens extrinsecus, non statum, designat. Hinc, *secundùm Vultejum dissentientem.* ita argumentari licet: Personæ utuntur, fruuntur, usucapiunt, possident. Ergo ususfructus, & cætera ad jus personarum pertinent: cùm nihil in jure sit, quod ab hominibus non expediatur. Atque hoc est, quod Hermogenianus dixit: hominum causâ omne jus constitutum esse. *l.2. ff. de statu hominum.* Minimè igitur sequitur: hoc personæ cohæret, seu personam non egreditur. Ergo pertinet ad jus personarum. Sic enim & ususfructus datur personæ, & dominium quoque nullum datur extra personam: nec tamen vel ususfructus, vel dominium pertinet ad jus per-

37 sonarum, *ipso Vultejo teste.* Itaque dispiciendum erit; quomodo, & cur obligentur personæ. Obligantur autem invicem personæ: non ut personæ: hoc est, ut status vel conditio ipsarum, putà libertas, civitas & familia sit obligatione, *contra l. inter stipulantem 83. §. ... ff. de verb. obligat.* sed ut, cùm obligatio personam non egrediatur, *argum. §. alteri.18. infrà de inutilibus stipulat.* demonstretur: in qua persona, quæ obligata est ad dandum vel faciendum, obligatio subsistat: ut sic intentio contrahentium sit in rem quandam, nec in ullam jus personæ: ac propter res, ut sciatur, à quo petendæ sint, obligatio constituitur personam; non etiam, ut jus in persona constituatur ex obligationibus. Ergo datur actio in personam; non quia jus personæ in obligatione est, *contra dict. leg. inter 83. §. 5. ff. de verbor. obligationib.* sed quia obligatio, ut affectio seu adjunctum, inhæret personæ, eamque non egreditur. Exinde verò non concludendum; obligationes ad jus pertinere personarum: nisi & ususfructum, usum, dominium, usucapionem (quia & hæc, ut affectio, personæ cohærent) ad jus personarum quispiam referre velit, *contra §. incorporales.2. hoc tit. & jura similia.* Ast inquit Vultejus *ad d. princ.*

infr. de obligationib. num.5. Obligationes non sunt pars rerum: cùm res olim fuerint, atque etiamnum sint, quæ in obligatione nunquam fuerunt, neque nunc sunt, neque fortasse unquam erunt: quæ sanè res, si obligationes sunt pars rerum, res non fuerint. *Verùm* hæc si concludunt; pariter concludi poterit: nec dominium, nec usucapionem ad jus rerum pertinere: siquidem dantur res, quæ nunquam fuerunt in dominio & usucapione, nec etiam sunt, nec futuræ sunt: Quod tamen nec Vultejus ipse admiserit. Non ergò firmum est fundamentum: Non est pars rerum: Ergo non pertinet ad res. Sed hæc enucleatiùs examinat Quirinus Kubachius *cent. 3. quæstion. illustrium politico-juridicar. decurs.7. quæst.1. pag. 822. & subseqq.* 38

Nec præterea urget, quòd obligatio gignat actionem, sicque (*ut vulgo loquuntur*) mater actionem existat. *l. licèt in popularibus.42. §. ea obligatio.2. ff. de procuratoribus.* ac proinde ad tractatum actionum obligatio pertineat. *Nam* & ex dominio, & matrimonio, & tutelis actiones nascuntur (ut enim ex obligatione actio in personam; sic ex dominio actio in rem nascitur) & tamen, dominium & reliqua nil minùs, quàm ad actionum doctrinam pertinere, liquidò constat. Ac certè si isthæc opinatio subsisteret; inde sequeretur, quòd non tria, sed unum duntaxat juris nostri esset objectum, videl. act o. *contra §. final. supr. de jur nat. gent. & civ. l.1 ff de stat. hom.* 39

Similiter illorum opin. minimè juvat, quòd obligationes & actiones in Digestis conjungantur. *Etenim* extra controversiæ aleam positum est: alium ordinem in Digestis, alium in hisce Institutionibus observatum esse. Digesta siquidem composita sunt juxta ordinem edicti perpetui. *d. l.1 ff. de statu hom.* quod unicum habeat præcipuum caput, *de actionib.* Unde & in Digestis unum præcipuum extat caput, nempe *actio*, ad quam omnes tituli ac materiæ diriguntur. Ast in Institutionib. tria distinctè tractantur juris objecta: personæ, res, & actiones, *d. § ult. f. de jure nat. gent. & civ.* Proindèq; & rebus obligationes meritò annumerantur. *d. §. incorporales.2 hoc tit. & §. fin. infr. de usu & habitat. Iacobus Schegk. in delineatu. jur. Disput.15. thes.1.2. & 3.* 40 41

Bacho-

Bachovius in tract. de actionib. disput. 1. ad thes. 13. & miscell. c. 21. Hilliger. in Donell. enucl. lib. 12. c. 1. lit. d. Arumaeus Exercit. Iustin. 12. thes. 2. & 3. Forster. junior. Disputat. 2. ad Institut. thes. 1. Kubach. d. cent. 3. decur. 7 quaestion. 1. Riemer. decad. 9. quaestion. illustr. 1. qui novissimè contraria Vulteii argumenta diligenter abundèque refutat.

42 Illud tandem silentio hic supprimendum non est: quamvis res incorporales, propriè neque inter mobiles, neque inter immobiles res computentur. *l. à Divo Pio. 15. §. in venditione. 2. vers. quòd si nec quae soli sunt. ff. de re judicat. l. quam Tuberonis. 7. §. in peculio. 4. ibi, hoc amplius & nomina debitorum. ff. de peculio* tamen si constitutio, aut lex de incorporalibus etiam intelligenda sit, eo jure illas censendas esse, quo res istae, quibus inhaerent, aestimantur. Quâ de causa servitutes, annui reditus, nomina, & actiones, pro diversa ratione rerum, ad quas competunt, aut in quibus haerent, vel mobilibus, vel immobilibus rebus rectè accensentur, *Latissimè Tiraquellus de retract. lignager. gloss. 5. 6 & 7. Guil. libr. 2 observat. 10. & 11. Mynsingerus cent. 1. observat. 69. Pinel. ad rubric. Cod. de bon. matern. part. 1. Gomezius tom. 2. variarum resolut. cap. 10. numer. 2 Simoncel. in tract. de decret. libr. 1. tit. 3. Heigius in hoc tit. num. 19 & sequent. Hartman. Pistor. libr. 1. quaestion. 26. Colerus in tractat. de processibus execut. part. 1. cap. 3. numer. 234. & sequentibus. Iosephus Ludovicus in conclusionib. jur. c. 48. fol. 329. D. Beeer. Class 3. disput. 22. de jure retractus. th. 23. pag. 601. cum seq. Robertus praallegata Disputat. 6. th. 7. & 8. Gabriel. Roman. libr. 6. commun. conclus. tit. de verborum significat. conclus. 8. Henricus à Rosenthal. in tract. totius jur. feud. cap. 4. conclus. 5. & 6. nec non Matthias Stephani d. cent. 2 quaest. 9 ad lit. b. & quaest. 10. ad lit. a.* Verùm an & quatenus nomina, jura, acti- 43
ones, annui reditus, & similia, inter mobilia, vel inter immobilia referri debeant, noviter, *post ferè innumeros à se laudatos*, plenissimè & planissimè declarat Matthias Berlichius *part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 33. 34 & 35.* Quibus addendi sunt Paulus Matthias Wehnerus *libro singulari practicar. observation. lit. F. in verb.* Fahrnuß/ Fahrende haab/ Bewegliche gutter. *edit. ult. pag. 241. & seqq.* D. Besold. *d. thesauro practico lit. L. num. 45. pag. 519.* Marcus ab Eichstedt *apud Arumaeum vol. 2 de jure pub. discurs. 31. th. 3. pag. 918.* Iohannes Zapfius *apud eundem Arumaeum d. vol. 2. disc. 32. th. 4. cum seq. pag. 946. & seq.* Linglois *decis. Iustin. 15. quaest. 13. fol. 173. cum seqq.* Ioan. Stephanus Duranius *quaest. jur. 22 pag. 101. cum seq.* Ioan. Grinvellus *decis. Senatus Dolani 52 fol. 160 & seq.* nec non David Doringius *in bibliotheca Iurisconsultor. tom. 1. 2. verb. actio. num. 46. cum seqq. fol. 233 & seqq. Forster. junior. d. libr. singul. de dominio. cap. 7. num. 71. cum aliquot subsequentib. Bachovius, in tract. de actionib. disput. 3. ad th. 33. pag. 100. & Wilhelmus Antonii in appendice tractatus de rescriptis moratoriis, &c sect. 2. corollar. 14. pag. 20. & Speidelius in Notab. jurid. histor. polit. lit. F. num. 3. verb.* fahrende haab *pag. 279. & subseqq. ubi & alios complures citat.*

DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM.

TITULUS III.

PRINCIPIUM TITULI.

Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus. Iter, est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus, est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: qui actum habet, & iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via, est jus eundi, & agendi, & ambulandi. Nam & iter & actum via in se continet. Aquaeductus, est jus aquae ducendae per fundum alienum.

SUMMARIA.

1. *Connexio hujus tituli cum superiori.*
2. *Varia servitutum species.*
3. *Servitus unde dicatur.*
4. *Servitus in genere quomodo definiatur.*
5. *Servitus duplex; realis & personalis.*
6. *Servitus realis quid, secundùm Bartolum.*
7. *Servitus jus est, praedioque inhaeret.*
8. *Servitus utilitatem praedii dominantis respicit: & libertatem praedii servientis diminuit.*
9. *Intellectus & explicatio l. 1. §. ult. ff. de aquâ, & aqua pluvial. arcend.*
10. *Libertas quid sit.*
11. *Expositio l. 1. §. praeterea. 11. ff. de aq. quotid. & aest.*
12. *Mens & sententia l. si fundo. 19. ff. de servitutib.*
13. *Definitio bona ad regulam accommodanda.*
14. *An & quatenus servitus constitui possit, quae utrique praedio, tam servienti, quàm dominanti sit utilis.*

15. *Quale jus sit servitus*
16. *Propria forma ac natura servitutum*
17. *Num jus decerpendi pomum, spatiandi, vel cœnandi in alieno, servituti bus sit annumerandum*
18. *Servitutum personalium proprietas*
19. *Vsusfructus omnium fructuum percipiendorum jus continet.*
20. *Vsus tantũ commoditatis concedit, quantũ necessitatis utentis sufficit*
21. *Dictio,* non, *præposita verbo* potest, *quid importet*
22. *Consideratio l. hoc jure 3. in princip. ff. de aquâ quotid. & æstivâ.*
23. *Iura decerpendi pomum, spatiandi in alieno, &c. quid prosint, & quomodo differant à servitutibus*
24. *Confessoria actio ad quid competat, & contra quem*
25. *Servitutes quo jure sint inventæ*
26. *Servitus quatenus jure sit immunitio*
27. *Pactum verbo quid significetur*
28. *Servitus rerum, alia urbana, alia rustica*
29. *Servitus rustica quid sit*
30. *Servitus rusticæ species*
31. *Iter quid sit, & ire quis dicatur*
32. *Iumentum unde nomen habeat*
33. *Quæ animalia nomine jumentorum contineantur*
34. *Iumentis legatis, boves non comprehenduntur*
35. *Hotomanus refellitur.*
36. *Itinere concesso, quid tributum intelligatur*
37. *Itineris quæ sit latitudo*
38. *Itineris vel via servitute simpliciter legata, quis locum, in quo iter sive via constituatur, eligere debeat*
39. *Quibus casibus per locum alienum, qui servitutem non debet, ire sit licitum*
40. *An is, cui iter constitutum est, possit iter reficere, & refectionis causa fabros in fundum inducere*
41. *Aliquo concesso, omnia tributa censeantur, sine quibus concessum commode explicari nequit. & n. 83*
42. *Sensus l. usufructuarius. 61. ff. de usufruct.*
43. *Vt dominus fructuarii conditionem: sic fructuarius domini causam deteriorem facere non potest.*
44. *Explanatio l. 2. §. rectè Neratius. vers. namque sciendum. ff. si servit. vindicet*
45. *Pars in toto continetur*
46. *Enodatio l. pater: 6. ff. de servit. legat:*
47. *Vltima voluntas omnibus modis servanda*
48. *Actus quid sit, & quid complectatur*
49. *In majori minus intelligitur inclusum*
50. *Consideratio l. servitutes 20. §. penult. ff. de servit: prædior urban.*
51. *Consideratio l. 2. ff. quemadm servitut amitt.*
52. *Intellectus l. loci. 4. §. 1. ff. si servit. vindicet*
53. *Contractus ex conventione legem accipiunt*
54. *Declaratio l. si mater. l. 11. §. si quis iter ff. de except. rei jud.*
55. *Ad objectionem quandam respondetur*
56. *Cui licet, quod majus est, ei etiam minus licebit*
57. *Sententia l. 2. §. item si 5. ff. de verb obligat:*
58. *Interpretatio l. si tam angusti. 13. ff: de servitutibus*
59. *Actus latitudo quæ sit*
60. *Via quid sit, & quomodo differat ab actu*
61. *Multum interest, utrùm via dicatur continere iter vi & naturâ suâ, an verò tacitâ contrahentium mente*
62. *Conventiones, cum naturâ juris pugnantes, non valent*
63. *Viæ latitudo est legitima, dictùs sive itineris non item*
64. *Viam habens, quale jus habeat*
65. *Agendi verbum generale, quemvis actum significat*
66. *Si quis fundum confinibus ita circum latum habeat, ut ad eum venire non possit, judex confinem cogere poterit, ut aditum confini ad illiusmodi fundum concedat*
67. *Transiens viam insolitam, contra se indicium delicti facit*
68. *Aquæductus quid sit, & quomodo ab haustu aquæ secernatur.*
69. *Aqua per quæ instrumenta ducatur*
70. *Servitutem aquæ ducendæ habens, lapidibus rivum sternere nequit*
71. *Servitus sine fundo consistere non potest*
72. *Res sua nemini servit*
73. *Clausula in fine posita, refertur ad omnia præcedentia capitula.*
74. *Mens & sententia l: si ego: 11. §. 1. ff: de Publiciana rem act.*
75. *Sententia l. Lucius. 37. ff. de servit. præd: rustic.*
76. *Non novum est, servitutem suâ naturâ realem, fieri personalem:*
77. *Si ab initio non sit pars fundi destinata, per quam aqua ducatur; totus fundus servire dicitur*
78. *Consideratur l. sed & si lege: 25. §. consuluit: 11. ff. de petit: heredit. cum similibus*
79. *In dispositionibus limitatis effectus est limitatus*
80. *Aqua fundum dominantem ingressa, quatenus in alium quemvis locum duci queat*
81. *Aquæ haustus quid sit*
82. *Quatenus ex flumine publico aquam haurire liceat*
83. *Concessa servitute aquæ haustus, iter quoq; concessum intelligitur*
84. *Haustus aquæ, sicuti aquæ ductus, ex eodem loco pluribus concedi potest*
85. *Pecoris ad aquam appulsus quid sit*
86. *Pecoris verbo quid contineatur*
87. *Pecoris appulsus alias realis, aliàs personalis servitus est, aut simplex jus personale*
88. *Vtrùm, si quis plura pecora, quàm in servitute constitutum est, appellat, totam amittat servitutem; an quæ numerum excedunt constitutum, repelli tantùm possint*
89. *Vtile per inutile non vitiatur in separabilibus.*
90. *Servitus pecoris pascendi quid sit*
91. *Pascua quædam publica, quædam privata*
92. *Pastor publicus si pecus per culpã amittat, ad ejus solutionẽ tenetur*
93. *Nemini licet pecus suum in alieno pascere, nisi pascendi jus aliquo modo sibi habeat constitutum.*
94. *Consideratur c. un. §. fin: de pace tenend. &c. in usib. feud.*
95. *An aliquis pecus alienum suo agro deprehensũ includere valeat*
96. *Exponitur l. hoc amplius 9. §. Neratius. ff. de dam. infect. & l. ratis. 8. ff. de incend. ruin. naufrag.*
97. *De consuetudine animalia, in alieno agro deprehensa, retinentur. donec damnum emendetur*
98. *An dominus prædii servientis loca, a quibus alteri jus pascendi debet, mutare possit*
99. *Servitutem pascendi habenti non permittitur uti pascuis cum pecoribus morbosis*
100. *Ovis scabiosa ab ovili repellenda*
101. *Peste infecti è civitate removendi*
102. *Vt lenones, ita & scholares impudici, à civitate sive universitate excludendi*
103. *Si controversia sit de pascuis vel nemoribus alicujus communitatis, quis idoneus testis esse possit*
104. *In causa propria nemo testis idoneus*
105. *An & quatenus testibus de universitate credatur in causa universitatis*
106. *Vtrùm ille, in cujus fundo servitus pascendi est constituta, nihilominus ibi sua pecora pascere possit*
107. *Iura servitutum, fundi & jurisdictiones, regulariter cumulativè & non privativè permixtum esse censentur*
108. *Si pascua utrisq; & domino fundi servientis, & domino servitutis, non sufficiant, uter præferendus*
109. *Quomodo is, cui servitus pascendi debetur, ea uti debeat*
110. *Si quis per legitimum tempus in alieno prædio mille pavit oves, licet postea grex ille augeatur; tamen plures oves, quam mille, ibi pascere nequit.*
111. *Tantum præscriptum, quantum possessum*
112. *Si quis alicui dedit potestatem pascendi certum genus pecorum, in alio genere uti servitute haud potest*
113. *Qui jus pascendi ex uno ovili in pluribus locis habet, non potest novum ovile extruere in alio loco*
114. *Nisi servitus pascendi generaliter & simpliciter constituta fuerit.*
115. *An quilibet civis possit in communibus pascuis habere tot pecora, quot ei placuerit*
116. *Servitus calcis coquendæ quid*
117. *Servitus arenæ fodiendæ quid sit*
118. *Num talis servitus possit constitui, ut promittatur jus calcis coquendæ, vel arenæ fodiendæ ultra, quam opus sit pro fundo dominante.*
119. *Germaniæ servitutes frequentissimæ realibus accensendæ*
120. *Ius venandi num quid servitutibus annumerandum.*

Cùm

1 Cùm in fine tituli præcedentis dictum sit, inter res incorporales numerari quoque servitutes: meritò earum tractationem Iustinianus Imperator hic subjicit. Servitutum species à Doctoribus variæ recensen-
2 tur. Primò enim quædam servitus à personâ personæ debetur: quam merè personalem appellitant, *Accursius, Bartol & cæteri in l. 1. ff. de servitutib. Schneidevvin hic num 3. Capoll. in tract. de servitutib. urbanor. prædior. c 1. n. 1. & Forcatul. in Rub. tit. ff. de servi-*
3 *tutib. num 1.* Et hæc servitus, à servando dicta (servitus porrò, quæ de rebus dicitur, à serviendo nomen accepit, *docente Vultejo hic num. 1.*) definitur constitutio juris gentium, quâ quis dominio alieno contra naturam subjicitur. *§. 2. & 3. sup. t. de jure personar. l. libertas. 4. §. 1 ff de statu homin.* Sed de hac servitutis specie non hoc, sed titulis modò allegatis agitur. Deinde quædam perhibetur servitus, quæ à persona rei præstatur: ut cùm quis jubetur, monumento testantis adesse, & ibidem statuto tempore lucernam accendere, & solennia mortis peragere. *l. Mavia. 44. ff de manumissis testamento.* vel in certâ aliquâ civitate domicilium habere *l. Titio centum. 71. §. 2. ff. de conditionibus & demonstrat.* vel custodiam curamvè templi habere. *l. servos. 17. ff. de aliment. vel. cibar. legat.* Atque de isthac etiam servitute, sive potiùs obligatione personali, & onere libero homini in juncto, hic non tractatur. Verùm illa de re videantur. *Donellus libr. 9. Commentar. de jure civil. c. ultim. Corasius ad rubr. tit ff. de servitutib. numer. 24. cum seqq. Forsterus Iunior libr. 2. Disput. ad Institut. 7. th 2. D. Besold in delibat. jur. ex lib. 7. Pandectar. num. 1. pag. 516. Hænonius Disput. 5 sub controvers. 1. Petrus Augustin. Morla, in emperio utriusq. jur part. 1. tit 6 in præmissis. num. 3. Henningus Wegnerus Disput. ad Instit. 5 th. 1. sub lit. h. & Helfricus Vlric. Hunnius lib. 2. variar. resolut jur. civ. tract. 2. quæst. 1.* Præterea quæ-
4 dam est servitus (de quâ præsens. & duo proximè sequentes titul. loquuntur) quæ in genere non incommodè definitur jus quoddam, quo vel prædium, vel res alterius, alienæ vel rei, vel personæ præter naturam servit, eique utilitatem aliquam adfert. *l quotiens. 15. in princ. ff. de servitutib. l. ergo. 5. in fine ff. de servitutib. præd. rusticor. Arnmæus Exercitat. Iustin. 5 thes. 1. Timæus Faber disp. 15. ad Institut. Imperial. th. 1. lit. f.*
5 Eaque duplex est, *secundùm Martianum*: rerum, & personarum. *l 1. ff. de servitutibus. Vide, post alios, quos citat, Ioannem Stuckium part. 1. Exercitat. Iustin. Decad. 4 assert. 3. ad lit. g.* Illa etiam servitus in rem, vulgo realis. *l. Cajus 12 ff. de annuis legat.* Item prædiorum, sive prædialis servitus vocatur. *d. l. quotiens. 15. in princ. ff. de servitutib. & per rubric. tit. ff. de servitut. urbanor. præd.* Hæc verò personalis quoque servitus. *l. non solùm. 8. §. tale legatum. ff. de liberatione legat. l. Lucius. 37. ff. de servitutib. præd. rustic* item servitus in personam, & hominum servitus appellatur. *d. l. Gajus. 12. ff. de ann. legat. d. l quotiens 15. in princ ff. de servitutib. l. si mihi. 20. in fin. ff. de servit. præd rusticor.* quam infrà titulis proximis σὺν Θεῷ explicaturi sumus.
6 Servitus realis sive rerum, est jus quoddam, prædio inhærens, ipsius utilitatem respiciens, & alterius libertatem seu jus diminuens. Hæc definitio Bartoli est *in d l. 1. n. 2. ff. de servitutib.* quam, post veteres Interpretes, amplectuntur & approbant *Mynsingerus hic numer. 5. Capolla d. tractat. de servitutib. urban. prædior. c 2. num. 3. Iohannes Superior in proœmio de servitutib num 6. Giphanius lib 2 Disput. jur civil. Institut. Disput. 10. th. 3. & ibidem in suis notis Olemannus num. 3. & seqq.* Quanquam autem istam definitionem, ut vitiosam, impugnant & rejiciunt *Wesenbecius in paratit ff. de servitutib num. 4 Corasius ad rubric. tit. ff. de servitutib. num. 5 Roberus Disput. 8. ad Instit. th 1. Iohan. del Castillo Sotomayer in tract. de usufruct. cap. 49. num. 6. & alii neoterici pleriq.*: nos tamen, eam omnibus modis perfectam, usique apprimè convenientem esse, paucis monstrabimus. Quòd servitus sit *jus*, liquidò constat *ex l. 1. in fine ff de divis. rerum. §. ultim. s. tit. proxime l. hæc autem jura. 6. ff. de servitutibus. prædior. urban. & l. 1. ff. de servitut.*
præd. rusticor Quòd prædio inhæreat, argum *l servitutes. 14. ff. de servitutib l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. ff. de servitut. præd. urbanor. l. unus ex sociis. 34. & l seq. ff. de servit. præd. rusticor.* Est quippe servitus velut qualitas inhærens ipsi prædio, ut subjecto, non principaliter, sed accessoriè. *d. l. servitutes. 14. ibi, etiamsi corporibus accedunt ff. de servitutib. l. què fundum. 12. ibi. fundus enim qualiter se habens. ff. quê ad. servitut. amittunt. l si aliena. 10. §. 1 ff. de usurpat. & usucap. l. quid aliud. 86. ff de verborum. significat.* Quod tamen utilitatem prædii dominantis respicere sive augere debeat, patet *ex prædictâ l quotiens. 15 ff. de servitutib.* ubi Pomponius negat, servitutem va- 8
lere, si nihil vicinorum intersit, vel si ea utilitatem prædii, cui constituitur, non contineat. Eodem facit *l. si ædes 38. ff. de servitut. præd. urbanor & l. veluti. 6. §. 1. ff. de servit præd. rustic. Franc. Hoteman. libr 8. observat. cap. 11. Connan. lib. 4. Commentar. cap 7. un. 3. Hænen Disp. 5. controvers. 11. Hunn. dict lib. 2. tract. 2. quæst. 11. Paul. Berens disp. 4. ad Iustitut. them. 1 quæst. 1. Paul Busius libr. 4. subtil cap. 11. D. Collega Besol. in delibat jur. ex libr 8. Pand num 3 pagin. 543. Morla d. part. 1. tit. 6. in præmissis num 65 & seqq aliiq., ab his relati.* Quòd denique servitus alterius, prædii scilicet servientis, libertatem seu jus diminuat & extenuet; notius est, quàm ut operosâ probatione indigeat. Illa siquidem nihil aliud, quàm libertatis privatio censetur: nec de ea potest cogitari, non præsuppositâ diminutione libertatis, *argum. l de pupillo. 5. §. & bellè Sextus. 9 in fin. ff. de operis novi nunt. & l. stipulatio ista. 38. §. si quis fortè. ff. de verb. obligationibus.*

Huic definitioni, ita breviter explicatæ, non ob- 9
stat *l. 1. §. ultim. ff. de aqua, & aquæ pluvial. arcend.* ubi jus aliquod refertur, quod prædio superiori inhæret, ejus utilitatem promovet, & inferioris utilitatem seu libertatem impedit; & tamen non est servitus, ut Vlpianus illic semel atque iterum ostendit, *in vers. sanè enim & in servitutibus, &c. & ibi; erit q. ista quasi servitus.* Nam jus illud, quod consistit in flumine superioris agri, per inferiorem agrum excipiendo,

do, tale non est, quo inferioris libertas minuatur. Cùm enim inferior ager isthoc fluminis incommodum naturaliter patiatur: dici non debet, per onus illud im-
10 minui libertatem prædii sive agri inferioris. Libertas siquidem definitur naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur §. 1. *f. de jure personar. l. libertas 4. ff de statu homin.* Atqui facultatem naturalem respuendi aquam superioris agri, inferior ager non habet: sed potiùs, rerum naturâ ipsâ jubente, huic oneri obnoxius est. *d. l. 1. §. fin. ibi, at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum. ff. de aqu. & aquæ pluv. arcend.* Prædia namque, quæ in suo naturali habitu possidentur, omnia libera appellantur: etiam ea, quorum conditio deterior facto aliquo fiat; proindeque etsi ædes tuas tollendo obscures meas; nihilo tamen magis servire meæ dicuntur; nec actio mihi competit. *l. cum eo. 9. ff. de servitutib. præd. urb. l. altiùs. 8. C. de servitutib. & aquâ.* Unde rectè Vlpianus ait: nunquam competere actionem, cùm ipsius loci natura nocet, *d. l. 1 §. huic illud. 14. ff. de aquâ, & aquæ pluv. arcenda.*

11 Similiter non adversatur *l. 1 §. præterea Labeo. 12. ff. de aquâ quotid. & æstivâ.* ubi aquæductus, tametsi servitus est, non tamen semper prædio inhæret. *Etenim* aquæductus aut fundi sunt, aut personarum: & illi prædiis, hi verò non prædiis, sed personis magis inhærent. Quò pertinet, quod ex mente Labeonis Vlpianus allegato loco respondit: *Etsi quidam ductus aquarum non sint fundi, qui à quocunque duci possint: tamen ad hoc interdictum pertinere.* Quibus verbis, ductus aquarum, qui quocunque duci possunt, fundi esse negat Iurisconsultus: quia cui jus aquæ ducendæ, quocunque velit, concessum est; is non servitutem prædialem sive realem (*de quâ Bartoli definitio loquitur*) sed jus personale habet, *l. penultim ff. de servitutib. prædior. rusticor. Ioannes Superior d. proœmio de servitutibus. num 6. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 96. vers. secundò & ec edit. 2.*

12 Nihil item resistit *l. ei fundo. 19. ff. de servitutib.* ubi dicitur, servitutem aquæductûs imponi posse ei fundo, quem quis vendit, etsi non sit utilis. *Licèt* enim aquæductus, in facti specie illius legis, prædio dominanti in præsentiâ, cùm constituitur, utilis revera non sit: ad hoc tamen sui naturâ comparatus intelligitur, ut quandoque prædio, cui debetur, utilis existat. Sufficit autem ad servitutem constituendam, eam naturâ suâ esse talem, ut quandoque prædio afferre possit utilitatem, quamvis statim utilitas hæc non subsequatur. Quod igitur de utilitate servitutis, in definitione nostrâ positum est: sic intelligi debet, servitutem esse jus, quod suâ naturâ dominis prædiorum prodest: tametsi ex facti contingentiâ interdum accidat, ut servitutem aquæductûs itinerisvè quidam habeant, quorum prædiis nihil illa utilitatis in præsentiâ conferat. *d. l ei fundo. 19. ff. eod.* ubi etsi non expediat in præsentiâ aquâ ducere; quia prædium nostrum aquâ aliunde quæsitâ non egeat: nihilominus tamen ipsum per se jus aquæ ducendæ utile est. Prodest enim, illud habere saltem ad casus repentinos, & postea incidentes: ac maximæ partis bonorum nostrorum utilitas in eo est, ut sit parata ad ea, quæ usus postmodum aut necessitas postulabit; *ut explicat Donellus lib. 9. Comment. de jur. civ. cap. 21. circa finem. Et ita quoque novissimè sentit D. collega Becerus hic num. 8.* Quò spectat etiam tritum istud: bonam definitionem accommodari ad regulam, & communiter accidentia, *argum. l. 3 & 6. ff. de legib. Glos. Cagnol. & alii in l. omnis definitio. 202. ff. de reg. jur. Fernand Vasquius lib. 3. de successionum progress. § 27. num. 2. ubi plures citat.* Sed & hoc haud inconvenienter dici potest: quamvis servitutes, quæ nec hominum, nec prædiorum utilitatem augent, constitui non valeant. *d. l. quotiens. 15. ff. de servitutib.* etiamen fundo, quem quis vendit, servitutem rectè imponi, etsi utilis non sit. Idque singulari ratione: quoniam habere & retinere possumus etiam ea, quæ nobis utilia non sunt, inquit Labeo, *in d. l. ei fundo. 19. ff. de servitutib.* In Labeonis igitur exemplo, qui servitutem in venditione fundi, quantumvis inutilem, excipit & retinet: non videtur novam servitutem acquirere, sed potiùs jus quoddam, quod non transfert in emptorem, sibi retinere. Et, si liberum ei fuit, suam rem non alienando, omni ejus commoditate uti & frui: an non ei fieret injuria, si quod in ista re vendendâ excepisset, per occasionem juris eidem negaretur? Ratio etenim juris nemini, qui sibi diligenter caverit, obesse debet. *l. debitor. 3 circa princip ff. de separationibus. Ioan. Superior d proœm. de servitutib. num. 6. ad finem. ubi fusiùs paulò id declarat.* De eodem videantur Ludovicus Vitalis *lib. 2. var. lect. c. 2. num. 11. Goveau. lib. 1. var. lect. c. 15 Marcus Lycklama lib. 2. Membran. ecloga. 7.* aliique quos refert Osvaldus Hilligerus *in Donello enucl. lib. 9. c. 21. ad lit. N.*

Adhæc nil movet, quod objicitur; posse constitui 14 servitutem, quæ utrique fundo, hoc est, tam servienti, quàm dominanti, sit commoda & utilis: quod patet exemplo servitutis altiùs tollendi ædificium, quæ commodo & emolumento esse potest domui etiam servienti, tempestatibus & ventis expositæ; contra quos munitur elevatione vicinarum ædium, quibus altius tollendi servitus debetur. Hoc, inquam, nil movet. Etsi enim servitus ex unâ parte prædio quoque servienti utilis esse possit: ex alia tamen parte, alioque respectu semper minuit libertatem prædii servientis: velut ex proposito exemplo servitutis altiùs tollendi cernere licet: quæ utilitatem quidem suppeditat prædio servienti, si per elevationem vicinarum ædium servientes ædes, adversus ventorum & tempestatum injuriam, muniantur: aliotamen respectu servitus isthæc libertati prædii servientis non parùm detrahit: quoniam per servitutem illam fit, ut dominus ædium servientium lumine cœli, & libero ejus aspectu frui non possit: quod sanè cum incommodo non mediocri cõjunctum est.

Tandem nullius momenti est, quod opponitur; de- 15 finitione nostrâ, ex Bartolo petitâ, non declarari, quale sit jus servitus: atque ideò illam minimè probandam esse. *Quandoquidem* definitione nostrâ satis superque declaratur, quale jus sit servitus, nimirum quod utilitatem prædii dominantis respiciat, & libertatem sive jus prædii servientis minuat. Quibus verbis pro- 16

pria

pria forma ac natura servitutum abundè distinguitur: quæ ea est, ut unus aliquid patiatur cujus libertas minuitur, & ut alter suam inde quærat utilitatem & commodum. *d. l. quotiens. 15. ff. de servitutib. d. l. ds pupillo. 5. §. & belle. 9 in fine, ibiq. Gothofredus ff. de operis nunciat.* Exempli gratiâ: si ego ex meis ædibus fistulas vel canales habeo protensos in vicini aream: mea aqua avertitur, adeòque aliquid utilitatis mihi præstatur: vicini contrà libertas impeditur: dum aquam ferre atque recipere cogitur: & ita quoque aliis in servitutibus accidit, tradente Conrado Olemanno *præallegatâ Disput. Giphanii 10. num. 3.* qui *ibidem num. 8. & seq.* etiam ad alias inanes quasdam objectiunculas respondet.

17 Explanatâ, & assertâ à neotericorum quorundam cavillis Bartoli definitione nunc; antequam ad divisionem servitutis prædialis progrediamur, dispiciendum est, & indagandum: num jus decerpendi pomum, vel jus spatiandi, cœnandivè in alieno, servitutibus sit adnumerandum? Et quidem non desunt, qui statuerunt, ejusmodi jura sive concessiones esse servitutes personales: *Regerius glossator, Petrus & Cynus, hosq. referens Cerasius in l. ut pomum. 8. num. 9. & 10. ff. de servitutib. Donellus lib. 11 Commentar. de jur. civ. cap. 1. pag. 557. Duarenus ad d. l. ut pomum. 8 ff eod. D Collega Bocer. class. 3 Disput. 10 th penult. lit. b. edit. 2 & hic num. 14. pag. 126. Bachovius. in not. ad vol 1. Treutler. disp. 17. th 5 lit. C. pag. 668. Faber & Iason. in §. æquè. 2. infr. de actionib. Zasius libr. 1. respons. c. 11. & Bernardus Grammarus in tract. de servit. q. 5.* Plerique verò alii rectiùs, me judice, censuerunt; prædicta jura nec personarum, nec prædiorum servitutes esse. *d. l. ut pomum. 8. ubi, post Ioannem glossatorem, Accursius, Bartolus & cæteri. ff de servitutib. & in l. Mela. 14. §. fin. ff. de alimentis vel cibar. legat. Capoll. in tractat. de servit. urb. prædior. cap 2. num. 8. & seq. Iacob. Schegk. in delibat. jur. Disput. 7. th. 14. Martinus Pegius. lib. t. de servitutib. tit.* von ettlichen *obligationen, &c. pag. 6. Alexand. consil 18. num 3. vol. 4. Menoch. in l. & in provinciali num. 25. C. de servitutib. hosq. citans Augustin. Morla. d. part. 1. emporii jur. tit. 6. in præmiss. num. 77.* Quibus adjiciendus est Menochius *de retinend. possess. remed. 6. num. 46. & 47. item Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quæst. 9.*

18 Ius namque spatiandi, cœnandique in alieno, cùm nihil de fructibus fundi, in quo illud concessum est, detrahat: in numero personalium servitutum reputari nequit: quatum hoc maximè est proprium, ut in fructuum perceptione consistant, & commoditatem fructuum personæ, cui illæ debentur, concedant. Etsi autem pomum decerpere, fructibus fundi detrahat aliquid, & decerpenti adjiciat: tamen ne hoc quidem casu personalem servitutem

19 subesse, probabilius est. Vsumfructum enim quomodo hic intelligere possumus, ubi non omnium omnino fundi fructuum; sed pomorum duntaxat usus est permissus: Exploratum quippe est, usumfructum omnium fructuum percipiendorum jus esse: nec subsistere posse, ubi non omnium fructuum acquirendorum jus est concessum. *l. 1. ususfr. 7. l. iti si fundi. 9. l. si pendentes. 27. l. arbores. 59. §. 1. & simillib. ff. de usufr.* Vsus porrò qui hic esse possit, non video. Nam usus tantum 20 commoditatem ex fundo capiendi facultatem concedit, quantum utenti familiæque ejus ad quotidianum usum sive victum sufficit. *§. 1. infr. de usu & habitat. l. plenâ. 12. § 1. ff. eod.* Hoc autem loco non omnium pomorum, ad usum necessariorum, decerpendorum facultas concessa est. Quare cùm neque ususfructus, neque usus, in istiusmodi juribus consistat: ea non esse servitutes personales, meritò concluditur. Sed ne prædiorum quidem servitutes esse, demonstrat Paulus *in d. l. ut pomum. 8. ff. de servitutib.* ubi dicit: *ut pomum decerpere liceat; ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus: servitus imponi non potest.* Quod Paulinum pronuntiatum (*utut alii aliter interpretantur*) ego indistinctè accipiendum puto: ut scilicet istarum rerum nulla prorsus, neque prædialis, neque personalis, servitus constitui possit. Dictio enim *non*, præposita sive juncta verbo *potest*, præcisam necessitatem inducit, 21 omnemque potentiam negat, quemadmodum communis est Doctorum sententia, *glos. in c. 1. in verb. non potest. de reg. jur lib. 6. Bartol. in l. ultim. num. 7. ff. de feriis. ibiq. Fulgos. Roman. Paulus Castrens. Alexand. & Iason. & idem Bartol. in l. Gallus. 29. in princ. num. 4. & ibidem Bald. ff de liber. & posthum. heredit. instit. Tiraquell. in tractat. de legib. connubial. glos 4 num. 1 & Menoch. consil. 717. num. 2 lib. 8.* Deinde cùm ad prædii ipsius utilitatem præfatæ concessiones non pertineant, sed ad meram solummodo voluptatem: servitutum albo insculpi nequeunt. *d. quotiens. 15. in princ. ff. de servitutib.* Etenim ut servitus censeatur prædialis; necesse est, prædium io ipso melius fieri; aut certè utilitate non remotâ, sed propinquâ & cohærente cum ipso prædio, augeri. Neque enim servitutem quoquo modo utilem esse, sufficit. Hinc servitus imponi non potest, ut quispiam facere aliquid cogatur, tametsi stipulatori utile sit. *l. 6. si servitus 6. §. etiam. 2. vers. & Gallus putat. ff. si servitus vindicet.*

Nostræ sententiæ non refragatur *l. hoc jure. 3. in* 22 *princ ff. de aq. quotidianâ & æstivâ.* ubi aquæductum constituere licet, etsi nulla ejus sit futura utilitas, sed amœnitas saltem, adeòque volupras. *Tum* quia illic agitur de momentaneâ possessione, quam interdicto tuemur. Interdicto autem cùm experimur, non quærimus, utrùm utilis aqua sit, an ad voluptatem comparata. *l 1. §. illud quæritur. 11 ff. eodem tit.* Tum quia illa ipsa amœnitas utilitatem habet satis copiosam: cùm ejusmodi prædia amœna pluris vendi, & carius emi soleant, *arg l quod si 10. ff. de impens. in res dotal. fact & l. si cujus. 13 §. fructuarius. 4. ff. de usufruct.* Cæterùm juribus prædictis concessis; prædium, quod quis habet vicinum, nullam neque commoditatem, neque amœnitatem percipit. Nam etsi persona pomum decerpendo, vel spaciando, cœnandove in alieno, delectatione & voluptate non parva perfunditur: prædium tamen ipsum, cujus intuitu personæ jura isthæc ex conventione exercet, propterea amœnius dici nequit. Servitus autem ex rebus amœnitatum demum constitui potest, quando hujusmodi servitute constitutâ, ipsum quoque prædium domi-

nans amœnius, sicque ubi id redditur. Ex quibus intelligere promptum est juris ratione vetante, servitutem, ut liceat alicui pomum decerpere, vel spaciari, aut cœnare in prædio alieno, nullam constitui posse. *Ad reliqua, quæ in contrarium adduci solent, argumenta respondet Hunnius d. lib. 2. tract. 2. quæst. 9. & 11.*

23 Porrò quod jam diximus, ejusmodi concessiones non esse servitutes: nequaquam cò pertinet, quasi penitus inutilis esset illiusmodi jurium concessio Quamvis enim ut servitutes non valeant: obstringunt tamen promittentem personali obligatione, quâ urgeri potest ad præstandam patientiam, & sic ad implendum, quod in conventionem deductum est, *arg. l. Cajus 12. ff. de annuis legat. D. Besold. in delibat. ex libr. 8 Pand. numer. 1. pagin 541.* Sanè in hoc est differentia: quòd ob servitutem constitutam, confessoriâ actione experiri possimus. *l. 2. ff. si servit. vindicet §. æquè. 2. infr. de actionib.*

24 Ast illarum rerum permissa facultate, confessoriâ agere non licet: quoniam ad servitutum tantum vindicationem actio hæc proposita est. *dict. l. 2. ff. si servit. vindic. l. uti frui. 5. §. 1. ff. si ususfruct. petet. l. ergo. 5. in princip ff. de servit. præd rustic.* Hinc altera differentia perspicitur: quòd ad servitutes defendendas, contra quemcunque possessorem sive impedientem in usu earum, experiri valeamus. *dict. l. uti frui 5. §. 1. ff. ususfruct. petet.* In propositis verò concessionibus adversus eum tantùm, qui ex suâ promissione obstrictus est, non contra alium, actionem movere possumus. *argum. dict. l. Cajus 12 ff. de ann. legat. & l. final. § fin. ff. de contrahend. empt. Bartol. in dict. l. Mela. 14. § fin. numer. 3 ff. de aliment. vel cib. legat.* Ratio differentiæ ex naturâ actionum, quibus utimur, proficiscitur. Confessoria namque, quæ in servitutibus vindicandis locum habet, contra quemlibet prohibentem sive impedientem intentari potest. *dict. l. 2. §. 1. & l. si quis diuturno. 10. § 1. ff. si servit. vindicet.* Personalis autem actio, quæ in speciebus propositis competit, personam concedentis, vel illius, qui se obligavit, non egreditur. *dict. l. fin §. ult. ff de contrah. empt. l. 1. §. si heres. 16. ibi, neque enim personalis actio fundum sequitur. ff. ad senatusconsult. Trebell.*

25 Quo jure servitutes sint inventæ seu inductæ, hic non omninò in confesso est, quæritur! Et quamvis eas nonnulli Interpretes juri civili adscribans, *Donellus libr. 5. Commentar de jure civil. cap. 1. pagin. 323. & sequent. Comaz. in dict. §. æquè 2. numer. 2. infr. de actionibus.* verisimilior tamen illorum traditio est, qui easdem juri gentium accensent, *argum §. final infr. de usu & habitat.* ubi Iustinianus dicturus de usucapione civili, recedit à servitutum tractatu, sicque eum haud obscurè juri gentium imputat. Et meritò quidem: cùm illo jure rerum dominia fuerint distincta. *l. ex hoc jure 5 ff de justit. & jur.* quæ subjecta sunt servitutum *l. 1. ff communia prædior. Cerasius in rubr. tit. ff de servitutib numer 11 Forcatulus in l. 1. numer. 1 ff eod. Padilla in rubr. C. de servitutib. num. 9. quos refert. & sequitur Forsterus junior. lib. 2. Disp. 7 th. 1.*

26 Non obstat, quòd servitus dicatur juris imminutio: ac proinde, cùm juri sit contraria, neque jure gentium, neque civili conferri aut agnosci queat. *l. de pupillo 5. §. & belle Sextus. 9. ibi jus suum deminuit. ff. de operis novi nunciat.* Quandoquidem servitus non est totius juris imminutio & destructio: sed potiùs juris plenissimi quædam delibatio, ut nihilominùs, licèt imminuatur, adhuc jus sit, & dici possit. Et quanquam jus imminutum, quatenus imminutum est, non sit jus: quippe cùm nihil sit ampliùs: attamen cùm accedat alterius commodo, atque ejus constituat: ab isto effectu non ineptè jus dici meretur, *Matthias Stephani cent. 2. quæst. 21.*

Nec urget etiam quidquam, quòd modi constituendarum servitutum omnes; velut pactiones & stipulationes, testamentum & usucapio sint juris civilis. *§ ult. infr. hoc tit. & d. § fin. infr. de usu & habitat.* Pactionis namque verbo, alios quoque contractus & conventiones juris gentium significari, expeditum est, *argum l. 1 § conventionis. l. juris gentium. 7. & pass. in. ff. de pact. l. traditionibus. 20. C. eod. & notat. gloss. in dict. §. fin. super verbo, pactionibus. infr hoc tit.* quoniam & vendi & donari servitus potest. *l. ultim. ibi, jus fundi venderetur. ff. de servitutib. l. si precariò. 17. ff. communia prædior.* Adde, quòd origini servitutum realium nihil detrahit, licèt postea ipsas inducendi quidam modi à jure civili emerserint: non aliter quàm in servitute merè personali contigit: quæ primò fuit juris gentium: quod posteà jus civile imitari, & aliquot servos producere cœpit. *l. & servorum. 1. § 1 ff. de statu homin §. servi autem. 4. f de jure personar l. eis, qui. 3. ff. quib. ad libertatem proclamare non licet.* 27

His ita interjectis & expositis; nunc de divisione servitutis realis sive prædialis videamus Ea igitur distribuitur in servitutem urbanam & rusticam, sive urbanorum & rusticorum prædiorum. *l. 1. ff. de servitutib. & toto hoc nostro titulo.* Rustica servitus (quæ ab urbanâ non loco differt, sed materiâ, id est, qualitate & formâ, quam finis & usus arguit. *l. urbana. 198. ibique Gæddæus ff. de verb. signific. l. 1. ff. communia prædior. D. Becer. class. 5 Disput 8 thes. 11. edition 2. Arumæus Exercitat. Iustin. 5. thes. 3.*) est, quæ ab alieno prædio debetur prædio nostro rustico. Æstimamus quippe prædiorum servitutes ex qualitate prædiorum quibus debentur, non ex qualitate eorum, qui servitutem debent, *ut fusiùs docet Capella in tractat. de servitut. urb. prædior. cap. 11. numer. 10.* Ejusmodi rustica servitus est, iter, actus via, aquæductus, *per hoc principium nostrum. & l. 1 ff de servitutib. prædior. rusticor.* item aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendæ, & arenæ fodiendæ. *§. inter rusticorum. 2. inf. hoc tit. d. l. 1. §. in rusticis. l. 2. § 1. l. 3. §. qui habet. 3 & ll. seqq. ff. de servitutib. præd. rusticor.* De quibus omnibus sigillatim dicendum. 28 29 30

Iter, & ius per prædium seu fundum alienum eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum, *hic initio. & d. l. 1. in princip. ff. de servitutib. præd. rust.* Et quidem jus eundi, principaliter; jus verò ambulandi per consequentiam (per se siquidem servitus non est, *l. ut pomum. 8. ff. de servitutib. & explicatum abundè supra num 17. & seqq.* debetur. Cui enim licet ire, quidni concessum eidem videatur ambulare, id est, spacii sui factus sæpius in sua vestigia regre- 31

regredi? *Cujac. lib. 22. observat. cap 35. Ant. Matthæus hic in suis notis. Wegner. Disput 5 thes. 9. lit a.* Ire autem non solùm ille dicitur, qui pedib. it & progreditur; sed etiam, qui sellâ, lecticâ, aut equo incedit, vel navi ad fundum portatur *l. qui sella. 7. l. inter actum. 12. l. via. 23. § 1. ff de servitutib. præd. rusticor. l. 1. §. hac interdicta 7 ff. de aq. quotid. & æstiv.* Nam quo casu ad fundum, nisi aquâ, perveniri non potest, navis quasi pro equo est. Verbo itaque *eundi* continentur, pedes, equus, lectica, sella, & navis quasi equus ligneus, ut bellè *hic in* § 1. tradit Theodorus Marcilius, & Althusi- *libr. 1 Diceolog cap. 22. num. 33. & seq pagin. 87.*
ditur in definitione, *non etiam jumentum agendi,*
32 *vel vehiculum.* Jumentum vulgo nomen habet à juvando; quòd hominis juvet excolendo terram, sarcinas gerendo, onera subvectando, currus trahendo, & similibus; ut Columellæ *lib. 6. de re rustic* Isidoro *libr. 17. cap 17.* Ambrosio Calepino *in suo lexico*, & aliis visum est Sed rectiùs veteres jumentum à jungendo dixerunt, *auctore Gellio lib 20. Noct. Atticar. cap. 1.* indeque Græci jumenta ὑποζύγια vocant, *referente Bor-*
33 *cholten hic num* 10. Cæterum jumentorum nomine equus, equa, mulus, mula, & reliqua animalia, quæ dorso domantur, eoque laborem expediunt, comprehenduntur. Hinc cùm boves dorso non domentur, sed collo & cervice ac armis, hoc est, humeris potissimum laborem & onus sibi injunctum peragant: armenta, non jumenta appellantur *l. ædiles ajunt. 38 §. jumentorum. 4 ff. de ædil. edict. l. boves. 89. ibiq; eleganter Gœddæus. ff. de verb. signif.* Et jumentis legatis, boves non
34 continentur: nec contrà. *l. legatis servis. 65. §. jumentis 5. ff. de legat 3.* Servitute igitur itineris concessâ, quamvis jumentum agere non liceat: non tamen prohibitum est, quò minus jumento quis vehi queat. *d. l.*
35 *inter. 12 ff de servit. rust. præd.* Porrò Hotomanus hic verbo *jumentum* rejecto, in ejus locum *armentum* reponit. Quæ lectionis correctio, cum absque firmâ ratione fiat, minimè admittenda erit. Nec enim stultum aut absurdum est: eum, qui jumento ire potest, prohiberi jumentum separatim, & eo tempore, quo ju-
36 mento non it, ducere sive agere. Siquidem itinere concesso, ea tantùm concessa intelliguntur, quibus iter conficitur, & quæ itineris conficiendi gratiâ adhibentur. *l. si iter. 10. ff. de servitutib. præd rusticor.* At qui jumentum agit, manu vè ducit, cùm ipsi jumento, quod agitur, vel ducitur, eundi gratiâ non insideat; contra servitutem constitutam apertè agit. Quare cùm plus juris usurpet, quàm ipsi permissum est; prohiberi optimâ ratione potest *Bachovius hic num 1. pag. 316. Inspice tamen aliter sentientem Donellum lib. 11. Com-*
37 *ment de jure civ. c 6 pag. 533. ad finem.* Latitudo autem itineris jure communi certa & determinata non est: sed prout in conventione demonstrata, vel ab arbitrio definita est, ita servatur. *l. certo generi 13 §. latitudo ff. de*
38 *servit. prædior. rustic* Hic à nonnullis quæri solet: si itineris viæ vè servitus simpliciter legetur sine ullâ determinatione partis fundi, per quam eatur: quis locum, in quo iter sive via constituatur, eligere debeat? Et verius & æquius est, electionem non ad legatarium, sed potius ad heredem spectare, quà fundi parte servitutem constituere velit, *per textum in l. si via. 26. ff de servitutib. præd. rustic.* Quòd si heres eligere negligat: liberum erit legatario, per quamlibet fundi partem ire, civili tamen modo; hoc est, ne fortè per vineas aut segetes ire cupiat, cùm per alias partes commodè transire possit. *l si cui 9 ff. de servitutib.* Et si heres eligat, contendatque legatarius, illâ electione captionem in servitute sibi fieri: ad arbitrum devenitur, qui utroque casu iter viam vè determinare debet. *a. l. certo. 13. § 1 circa finem ff. de servit præd. rusticor.* Atque ita hoc (quod implacabile plerisque visum est contrarium) breviter nervoseque explicant Corasius, Duarenus, & Forcatulus *ad d. l. si cui. 9. ff de servitutib.* Videantur etiam *Julius Pacius cent. 3. ἐναντιοφανῶν quæstion 53 Ludovic. Charondas, libr 1. verisimil cap. 5. Vital. libr. 1. var. lect. cap. 10. Bronchorst cent. 2. ἀνωμ. assert. 6. edit. 2 D. Beseld. in delibat jur ex libr 8. Pand numer. 6 pag. 548. & numer. 16. pag. 564 Donell. lib. 11. Commentar. de jure civil. c. 13. ibique Hillliger. ad lit. b. ubi à Donello dissentit: & Arumæus Exercitat. Justin. 5. thes 7. itemq; Valtejus hic numer. 20. & Schneidevvinus num. 13.*
Illud hoc loco observandum est: quòd licet regu- 39
lariter per agrum, aut alium locum alienum, qui servitutem non debet, ire nemini permittatur. *l. Divus. 16. ff de servit. præd rusticor. l. quod enim 3 §. 1. vers planè. ff de acquir. rerum domin §. fera. 12. vers planè. sup. de rerum divis. l per agrum. 11. C. de servitutibus. c. omnes. vers transire per agrum. Distinct. 1.* certi tamen casus ab istâ regulâ excipiantur. Primus est, si quis iret per alienum fundum, effodiendi ritè proprii thesauri gratiâ. *l. thesaurus. 15. ff. ad exhibend.* Alter est in servo fugitivo, legitimè exquirendo & investigando. *l. 1. § 1 & l. Divus. 3. ff. de servis fugitiv.* Tertius est in fructibus, qui ex arbore meâ in fundum vicini cadunt: quorum intra triduum colligendorum gratiâ, per fundum alienum ire mihi licet. *l. unic. ff. de glande legendâ.* Quartus casus: quando via publica destructa est. Tunc enim per fundum alienum quidem ire permittitur; sed tamen persoluto pretio fundi domino. *l. si locus. 14 §. fin. ubi Accurs. ff. quemadm. servitutes amittunt. l. 2. ibique Bald. C. quibus ex causis serv. pro premio libertatem accip.* Quintus casus est in eo, qui emit pendentem vindemiam; quam ut colligat, ire per fundum venditoris, adeòque alienum potest. *l. qui pendentem. 25 ff. de actionibus empt.* Sextus casus in eo est, qui iter ad sepulchrum non habet: quandoquidem justo pretio oblato vicino, per ejus fundum ire poterit. *l si quis sepulchrum. 11. in princ. ff. de religios. & sumpt. funer.* De quibus, & aliis casibus satis copiosè disserunt *Capella in tractat. de servitut rustic. præd. cap 1. numer. 22 & sequentib. Coras. in l. e num. 77. cum multis sequentib. ff. de servitutib. Mones & aliis in d. l. per agrum. 11. C. de servitutib.*

Sed & illud hic notandum: eum, cui iter legatum 40
sive constitutum est, posse iter reficere, & refectionis causa in agro, servituti obnoxio, fodere & substruere, fabros item & mercenarios refectionis causa in fundum inducere. *l. refectionis. 11. §. fin. ff. communia prædiorum, &c.* Hujusque ratio est perspicua: quia 41

(*juxta decantatam juris regulam*) cui aliquid concessum est, ea omnia censentur tributa, sine quibus concessum vel omnino non, vel commodè explicari nequit. *l. 2. ff. de jurisdict. l. ultim. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. l. hujus 6. §. quæ potiores in pig. vel hypoth. hab. l. qui penum. 3. in fine. ff. de penu legat. c. præterea. 5. &c. suspicionis. 39. ext. de offic. & potest. jud. delegat.* Quæ regula maximè locum habet in servitutibus, in quibus hoc nominatim cautum reperitur, quòd servitute alicui constitutâ, permissa videantur & concessa omnia, sine quibus servitute uti non potest, *prædicta l. si iter. 10. ff. de servitutibus. l. servitutes 20. §. 1. ff. de servitut. prad. urban. dict. l. refectionis 11. § fin. ff. commun. prædior.* Cùm igitur is, cui iter constitutum est, non possit ire commodè, itinere non refecto: manifestum evadit, reficiendi potestatem ei faciendam esse; quam si vicinus illi denegaverit, confessoria actione conveniri poterit. *l. loci. 4. § si quis mibi 5. & l. si si forte. 6. §. etiam. 2. ff. si servit. vindicetur. Ceraf. in d. l. 1. numer. 76 ff. de servitutibus Petr. August. Morla in emporio iuris utriusq. part. 1. tit. 6. in præmissis num. 85.*

42 Huic doctrinæ non obsistit *l. usufructuarius. 61. ff. de usufruct.* ubi Neratius respondit, usufructuarium ædificium inchoatum consummare non posse: etiamsi eo loco aliter uti non possit. *Nam* Accursius ibi *super verb. non possit.* & ejus Asseclæ tradunt; ideo fructuarium cœptum à proprietario ædificium consummare non posse: quòd ædificio rei forma mutetur; atque adeò usufructus extinguatur, *l. repeti. 5. §. penultim. & ultim. ff. quibus. mod. usufruct. amitt. Angel. Bald. & Fulgos. in d. l. usufructuarius. 61 ff. de usufruct. Pinel. in l. 1. part. 2. numer. 53. C. de bon. matern. Ioan. del Castillo Sotomayor. in tractat. de usufruct. cap 33.*

43 *numer. 17.* Deinde (cùm hæc Accursiana ratio censeatur infirma: eò quòd is, qui cœptum ædificium plenè absolvit, formam non mutare, sed imperfectam absolvere videatur) verior responsio ex naturâ usufructûs petenda erit. Quemadmodum dominus fructuarii conditionem; sic vice versa fructuarius domini sive proprietarii causam deteriorem facere nequit *l. fin. ff. de usu & habitat. l si cujus. 13. §. fructuarius. 4. & § sed si adium. 7. ff. de usufruct.* Atqui deteriorem facere intelligitur conditionem uterque, qui invito altero figuram & speciem rei commutat, etiam melius & utilius ædificando. *l. usufructuarius. 44. ff. dict. tit.* Ideoque fit, ut usufructuarius ædificium cœptum consummare, vel novum tectorium parietibus imponere non possit. *dict. l 44. & d. l. 61. ff. eod. tit.* Etsi enim cœptum ædificium absolvendo formam rei non immutet, sed potiùs absolvat: aliam tamen plerumque figuram & speciem induceit, quàm dominus, qui cœpit, inducturus fuisset. Eâ igitur ratione jus ille non habet cœptum ædificium ad umbilicum perducendi & absolvendi. Quæ ratio cùm in servitutibus realibus, in quibus etiam deteriorem domini condicionem facere licet, locum sibi non vindicet: liquet inde, dominium prædii dominantis, facere omnia posse ea, sine quibus ipse uti servitute non potest. *dict. l. si iter. 10. ff. de servitutibus & dict. l. servitutes, 20. §. 1. ff. de servitut. prad. urban.* Aliter obicem istum diluit *Cerafius lib 1. Miscellan. juris civil. c. 6. num 4. eumq. referens, Broncherst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 4. in fine edit. 2. nec non Hunnius in resolutionib. ad Disp. Trentlers. vol. 1 disp 16. th. 12 quest. 33. pag. 1160. & Paul. Berens. disp. 4 ad Instit. them. 2. q. 2.*

44 Quod porrò hoc loco iter inter servitutes, & quidem reales computatur: ei non contradicit *l. 2. §. recte Neratius. v. namque sciendum. ff. si serv. vindic.* ubi disertè dicitur, iter non esse servitutē. *Haud* enim illic simpliciter negatur, iter servitutem esse: sed ideò, quia ibi ususfructus, hoc est, jus utendi fruendi constituitur, illo jure utēdi fruēdi simul eratū dat iter: nec cōstituebat iter quasi servitus, sed quasi accessorium, & quasi pars ususfructûs. Pars quippe in toto continetur. *l. in 45 toto, 113 ff. de reg. iur* Intuitu igitur ususfructûs, sicque relativè, negatur ibidem, iter servitutem esse: absolutè verò considerando, per se iter esse servitutem, & quidem prædialem, efflorescit *ex hoc principio nostro, & l. 1. ff. de servit. prædior. rusticor.* Nec hanc responsionem 46 infringit *l. pater. 6. ff. de servitute legat.* ubi jus transeundi sive eundi personæ datum esse dicitur: proindeque iter malè servitutibus realibus assignatur. *Regulariter* namque & secundùm propriam suam naturam reales servitutes, rusticæ & urbanæ, à re rei debentur ac præstantur; & quod *ἐπὶ τὸ πλεῖστον* accidit, præcipuè attenditur. *l. 3. & sequentib. ff. de legib.* Interdum tamen contemplatione & respectu certæ personæ principaliter constituuntur, adeòque personales efficiuntur, *ut in dict. l 6. ff de servit. legat.* ubi pater ex singulari favore, amore & affectione erga suam filiam, ei jus transeundi constituit. Idque etiam in servitutibus pecoris pascendi, & ad aquam appellendi usuvenire solet: quæ etsi magis sunt prædii, quàm personæ: tamen si testator certam demonstrat personam, cui servitutem realem vult præstitam; emptori vel heredi eadem servitus non præstabitur. *l. pecoris. 4. ff. de servit. præd. rust.* Et ita propter certæ personæ demonstrationem, & ultimam voluntatem (quæ omnibus modis 47 servanda est *l. vel negare. 5. ff. quemad. test. aper. l. 1. C. de SS. Eccl. Novell. 22. c. 2 ver disponat, & c. an. ultim. voluntas. 13 q. 2.*) prædiales illæ servitutes factæ sunt personales, & propterea personam non egrediuntur, *arg. l. usus 21. ff. de usu & habitat. l. quia tale. 13. ff. sol. matrim. c. privileg. 7. de reg. jur. in 6. & l. privileg. 196. ff. eod. tit.* Tametsi aliàs generaliter, servitutes reales, cùm prædiorum sint, non hominis, ad heredem transeant. *l. si mihi. 20. in fine. l. via. 23. §. 2. & l. si via. 26 ff. de serv. præd. rustic. late Olemannus lib. 2. Disp. iur. civil. Giph. Disp. 10. in notis. n. 11. & seq nec non Ceraf. ad l. 1 ff. de serv. n. 523. & seq. itéq. Bercholt hic n. 33. & seq.*

48 Actus, est jus per prædium alienum agendi vel jumentum, vel vehiculum, *hic & l. 1. ff de servitutib. præd. rusticor. David Deringius in bibliotheca iurisconsulter. tom. 1. in verb. servit actus n. 2 fol. 525.* Quare hanc servitutem qui habet, & iter habet; non quidem ex natura actûs per se, aut ex se: verùm per consequentiam sive interpretationem, & ex præsumptâ constituentium servitutem voluntate. *l. 1. ff. de adim. vel trāsf legat.*

gat l. qui usumfructum. 58. vers sed qui actum. ff. de verb obligat. & l si pupillus. 9. §. ult. ff de novationib. 49 Ejusque ratio non obscura est: Tum quia nemo agere potest, nisi ipse simul eat, *arg. l. 2. ff. de jurisdict.* Tum quia in majore minus intelligitur inclusum: atque ita cui plus concessum est, utique ei & illud, quod minus est, tributum esse censetur. *l filiusfamilias 7. §. fin. ff de damnationib. l. non debet. 21. ff de reg. jur. cap. cui licet. 53 eod. tit. in 6.* Cui igitur servitus actûs constituta est: is itinere uti potest etiam sine jumento, *ut Justinianus hic loquitur*: hoc est, etsi non agat jumen- 50 tum, vel vehiculum. Idque apertè quoque evincitur *ex l. servitutes. 20 §. penult ff. de servitutibus. prædict verb.* ubi illi, cui servitus constituta est, permittitur conditionem domini prædii servientis facere leviorem, non item graviorem. Atqui non gravior sed levior fit conditio servitutis, si sine jumento solus eat, cui actus est constitutus: proindeque hoc ei jure permissum censetur. Accedit huc textus *in l. 2 ff quem-* 51 *admodum servitutes amittunt.* ubi Paulus ita scriptum reliquit: *Qui iter. & actum habet, si statuto tempore tantùm ierit, non perisse actum, sed manere, Sabinus. Cassius Octavenus ajunt: nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.* Ex quibus sanè verbis plusquàm manifestum evadit: eum, qui actum habet, etiam sine jumento ire posse. Atque ita sentiunt *Duaren. lib. 1. Disput anniversf. cap 31. Cujac. lib. 22 observat. cap 35. Donell. dict. lib. 11. de jure civ. cap. 6. pag. 574 ibique Hilliger in suis notis ad liter. E Giphanius, Baro & Anton. Matth. hic In suis notis Corasius. ad dict l 1. ff. de servitutib num. 89. cum seqq. Marcus Lycklama. libr 3. membran Eclog. 12. Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract 2 quæst 3. Bachovius hic num. 2. & 3. pag. 316. cum seq. & in Not. ad volum. 1. Treutler disput. 17. thes. 4 lit. c. pag 664. cum seq Riemer. decad. 4 quæst. illustr. 9. Arumæus Exercitat. Justin. 5. thes. 5. & Vngepaur. exercit. Iusti. 6 quæst. 5. pag. 265. & seq edit ult.* Quamvis, *post Accursium & alios*, reclamet Anton. Faber *libr. 1. conjecturar. cap. ult* ejusque perpetuus Assecla Gaspar. Schiferdeg. *libr. 2. tract. 20 quæst. 1. & tribus seqq.* Vide quoque D. Besoldum *in delibat jur. ex lib 8. Pandect. num. 14. pag. 561. & seq.* nec non Locamerum *quæstionum jurid. fascic. 20 quæst. 7 & fasc. 21. quæst 1.*

52 Non obstat *l. loci 4 §. 1 ff si servit. vindicet.* ubi Ulpianus ait, actum esse posse sine itinere. *Quod* enim jam dudum est: eum, qui actum habet, etiam iter habere, eoque uti posse & sine jumento: non sic accipi debet, quasi omnino necesse sit, illum iter etiam sine jumento habere: sed ut habeat, si actus simpliciter tantùm datus sit: ac nihil aliud in constituenda servitute extrinsecus convenerit, At si nominatim hac lege actus datus esset, ne liceret ire, nisi ad agendum ju- 53 mentum, aut vehiculum, *ut in dict. l 4. §. 1 ff. eod.* certè pactio servanda est: quoniam contractus ex conventione legem accipiunt. *l. 1. § si convenit. 6. ff. deposit l contractus. 23 ff. de reg. jur. Donellus & Arumæus dictis locis* Deinde non malè respondetur. *in dict. l. 4. § 1 ff. si servit. vindicet.* haud dici, quòd actus sine itinere consistat; sed quòd is, cui debetur actus, & cui itineris usum tantùm præstitit adversarius, vel contrà, cui actum præstitit. & iter nolit præstare, quod actui inest, actione de servitute integrum actum petere possit. *M. Lyclama & Vngepaur locis suprà notatis.*

Minus officit *l. si mater. 11 §. si quis iter. 6. ff. de except. rei judicat.* ubi qui succubuit in servitute itineris, agere potest ad servitutem actus. Proindeque in servitute actûs, iter non continetur: alioqui repelleretur actor exceptione rei judicatæ: quia idem peteret. *l. cùm quæritur 12 ff. eod. tit.* Minùs, *inquam*, lex illa officit. Quia itineris servitus per se considerata, ut est sejuncta & segregata prorsus ab aliis servitutibus; sine alia tollitur, & ab alia quacunque separatur. *dict l si mater. 11. §. 6. ff. de except. rei jud. Et ita quoque à nonnullis non insulsè accipitur prædicta l. loci 4. §. 1. ff. si servit. vindicat.* Considerata autem, prout inseparabiliter cohæret servituti actus: non potest ab ea quoquo pacto sejungi. *dict. l. 1 ff. de adimend legat.* cùm sit pars substantialis & integralis servitutis actûs. *dict. l. si pupillus. 9. §. fin ff de novationib.* non tamen propterea, quòd pars est, & totius appellatione continetur, propriam naturam perdit, ut subtiliter declarat Corasius ad *dict. l. 1 num 94 ff. de servitutib.* & hujus nomine suppressio, Roberus *Disput. 8. sub thes. 6.* Videatur quoque Forcatulus *ad dict. l. 1. ff. de servitut. num 24.* & Justus Majerne *decad. 3 codicum Justinianeorum. cap. 5.* 54

Multò minùs urget; quòd si is, cui actus constitutus est, sine jumento solus ire posset: non levi injuriâ & incommodo afficeretur, qui servitutem constituit: cùm pro una servitute, gemina oneraretur. *Nam respondetur:* nullâ injuriâ aut incommodo dominum prædii affici; siquidem hoc ipso, quod is, qui cum jumento ire quocunque tempore potest, itinere utitur sine jumento, leviorem & meliorem, non verò duriorem ac deteriorem reddit servitutis conditionem *Deinde* non hic gemina, sed una duntaxat constituitur servitus, actus nempe, qui iter in se continet, non quidem ex natura sua, sed ex sententia constituentis, *ut suprà expositum. num 49.* ne cui, quod plus est, liceat; ei, quod minus est, non liceat. *dict. loc. non debet. 21. ff. de reg. jur.* & ne cui duo conjunctim concessa sunt, ei non sint singula permissa, *Hunnius dict. quæst 3. in fine.* 55 56

Sic quoque non refragatur *l. 2. §. item si in facto. 5. ff. de verb. obligat.* ubi dum stipulatio sic concipitur, *ire agere licere:* inde colligi posse videtur; eum, qui actum habet, iter non habere: aliàs quippe satis fuisset stipulari, *agere licere.* Respondetur enim per distinctionem: Strictâ ratione qui actum habet, iter non habet Itaque non dicitur in definitione: *Actus est jus eundi, agendi, &c.* sed tantùm, *Actus est jus agendi.* Ideòque *in dict l. 2.* captionis ex stricto jure fugiendi gratia adjungitur, *ire licere.* Ex æquitate autem, cui agere licet, ire quoque licet, *ut hoc principio* Quia sine itinere ne agi quidem sive minari ducive potest jumentum, *docente hic Marcilio. pag. 242.* Sed & nihil moverit, quòd iter & actus sunt diversæ servitutes. *l. inter. 12. ff. de servitutibus præd. rustic.* Nam etiam via, iter, & actus diversæ sunt servitutes: & tamen via iter 57

& actum in se continet. Actus igitur & iter sunt qui dem duæ servitutes : quia qui iter habet, non statim habet actum; sed tamen qui actum habet, & iter habet. *hoc principio & d. l. 1. ff. d. tit. & expositum suprà nu. 48. & infrà nu. 60.*

58 Minimè definitioni actûs adversatur *l. si tam angusti. 13. ff. de servitutibus.* ubi habetur, actum esse, quando vehiculum duci non potest. *Nam* Pomponius ibi neutiquam negat, actum non esse, quando vehiculum duci nequit: sed hoc duntaxat affirmat, si vehiculum propter loci angustiam duci non possit, sed saltem jumentum, esse nihilominus actum. Et rectè sanè. Id enim particula, *vel*, in definitione actûs evidenter arguit. Significat quippe, quòd nihilominus actus sit, quantumvis unum solummodo, vel jumentum, vel vehiculum agi ducive possit. Quòd explicatiùs paulò persequitur Olemannus *prædlegata Disput. 10. Giphany num. 14. & Hilliger. in Donell. enucleat. d. lib. 11 cap. 6. in lit. F. ubi Hotomannum hic, & lib 2. observat. cap. 21. textum emendantem, meritò notat.* Idem facit Bachovius *in notis ad d. disp: 17 Treutleri vol. 1. thes. 4.* ubi rectè ais, nimis improbam hanc jura tractandi rationem esse, leges ex captu tuo metiri, & quidquid non capit tuum caput, protinus spurium &

59 expungendum clamitare. Cæterùm actûs latitudo similiter, ut itineris, ea est, quæ est demonstrata. quòd si de ea nihil dictum sit, ab arbitrio statui debet. *l. certe generi. 13 §. latitudo. ff. de servitut. prad. rusticor. Capell. in tractat. de servitut. rustic. prad. cap. 2. num. 6.*

60 Victa (dicta, quasi vehia, à vehendo, docente Althusio *lib. 1. Dicæolog. cap. 22 num 39 pag. 87.*) est jus per prædium alienum eundi, & agendi, & ambulandi, *per hoc princip. & d. l. 1. verf. via. ff. de servitut. prad. rusticor.* Quamvis autem alicui videri possit, viam non esse peculiarem servitutem, & nullam sufficientem inter actum & viam apparere differentiam; cùm qui habet viam, non plus habere censeatur, quàm ille, qui actum habet: attamen eas diversas esse servitutes, multisque modis differre, certum est. Primò enim qui actum habet, non directò & principaliter, sive ex vi & naturâ actûs habet iter; sed accessoriè & per consequentiam tantùm, atque ex tacita & verisimili paciscentium voluntate, *ut super iis dictum* Qui verò viam habet, utrumque & iter & actum habet principaliter, ac nominatim. *Duaren. d. lib. 1 Disput anniverf. cap. 31. Corasius ad d. l. 1. ff. de servitut num. 99. Cujacius d. libr. 22. observ. cap. 35. Boecerus class. 5. Disput. 8. thes. 17 edit. 2. Olemannus d. Disput. 10. num 15. Schegk. in delibat. jur. Disput 7. thes. 11. Balduin. Hannius, & Berchols. num. 18 hic, & Wegner. Disput. 5 thes. 3. sub*

61 *lit. a. Ioan. Stuckius part 1. Exercitat. Iustin. Decad. 4. assertat 4. ad liter. g. pag. 214.* Et certè multum interest, utrùm via dicatur continere iter vi & naturâ suâ, an verò tacitâ contrahentium mente & sententiâ, ut actus. Etenim si contineat tantum sententiâ contrahentium, non naturâ suâ: poterit rectè convenire, ut qui viam habet, non habeat iter sine jumento. Nihil siquidem hîc fit contra naturam rei, eoque nec contra jus; ac proinde rata conventio erit. *l. juris gentium. 7. §. ait prator. 7. ff. de pact.* Quòd si statuatur, id quod 62 res est, viam naturâ suâ & principaliter complecti jus eundi: inutilis erit conventio, si convenerit, ut cui via concessa erit, ei non liceat ire sine jumento: quia conventio est contra naturam rei, de qua agitur: cujus generis conventiones omnes, tanquam cum natura pugnantes, & contra jus, de re quaque constitutum, nullius momenti habentur *l. si tibi decem. 17. in princip. & l. penult. cum simil. lib. ff. dict tit. Donell. d. lib. 11. commentar. de jur. civ. cap. 6. pag. 575. num. 40* Deinde viæ latitudo legitima est. Nam lex duodecim tabularum in porrectum octo pedem latitudinem esse 63 voluit: in sinuosum verò, flexum & anfractum, propter vehiculorum vertendorum facultatem, sedecim pedum. *l. via latitudo. 8 ff de servitut. prædior. rustic. l. nam satis. 6 §. ult. ff. quemadmodum servitut. amitt.* Actûs latitudo, sicut itineris, legitima non est: sed est illa, quæ demonstrata est: quod si de ea nihil dictum sit, ab arbitrio statui debet, ut suprà ostensum nu. 37 & 59 *ex l. certo genere 13. §. latitudo ff. de servit prad rusticor. Ioan. Robert. lib 4 sententiar. jur. cap. 5 ubi malè opinatur, hanc unicam inter viam & actum esse differentiam.* Præterea via est, quâ vehiculum & jumentum ire potest: actus etiam est, quâ vehiculum duci nō potest, dummodo jumentum agi queat. *d. l. si tam angusti 13 ff de servitutib l via constitui 23. in princ. ff. de servit. prad rusticor. Berchols. hic num. 20.* Denique qui viam habet, eundi, agendique jus habet: item jus trahendi lapidem aut tignum, & rectam hastam ferendi, si modo fructus non lædat. Qui actum 64 habet: trahendi lapidem vel tignum jus non habet: nec hastam rectam ei ferre licet: quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret; & possent fructus eo modo lædi, *auctore Paulo in l. qui sella. 7. ff. de servit. prædior. rusticor* Unde apparet, mysteriosè tam à Iurisconsulto Ulpiano *in d. l. 1 ff. eodem.* quàm Imperatore Iustiniano hic in definitione actûs adjici; *agendi jumentum, vel vehiculum*: in definitione viæ adjici tantùm, *agendi* simpliciter: ut sic demonstrent, eum, qui habet viam, habere jus agendi non solùm jumentum, vel vehiculum, sed quicquid aliud. *d. l. qui sella. 7 ff. d tit. Alberic Gentil libr. 4. lect. cap. 4. August. Morla in d Emporio jur. part. 1 tit. 6 in præmiss. nu. 92.* Est quippe agendi verbum generale, & quemvis actû 65 sicque etiam lapidis tractum, & gestationem hastæ, designat, *argum. l. heredes 23. § fin. ff. qui testam. facere poss l. actus. 77 ff de reg jur l. Labeo 19. ubi Gœddæus num. 5 ff. de verbor signific. l actus. 8. Cod. de servit. Schardius in lexic. in verbo, agere.* Quamobrem immeritò reprehenditur ista hæc viæ definitio, quòd non omnia, quæ definitum exigit, complectatur: atque adeò malè à quibusdam Interpretibus, non contemnendæ aliàs auctoritatis, in illa pro verbo *ambulandi*, sive *eundi*, ponitur *vehundi* seu *avehundi.* Hoc siquidem est legem facere, non interpretari. *Hotoman. d. libr. 2. observat cap. 21. Connan. libr. 4. Commentar. jur. civ. cap. 11. Donell d lib. 11. commentar. cap. 6. pag. 576. Arumæus d. Exercit. 5. thes. 6. Forster junior. lib 2. disput. 7. thes. 4 liter b Wesenbecius & Anton Matthæus in suis notis.* Eadem de re videantur Marcilius

hic

hic pag. 243. & Timæus Faber. d. disput. 15. ad Instit. Imperiales thes. 3. itemq; Iustus Sinolt. aliàs Schütz. exercitation. jur. disp. 5. thes. 6 pag. 85.

Sed nec illud hoc loco omittendum : quòd, si quis
66 fundum confinibus ita circundatum habeat, ut ad
eum, colendi illius causâ, venire non possit; judici incumbat
cogere confinem, ut legitimo precio accepto,
aditum confini ad ejusmodi fundum concedat, *arg.
l. ult in princ. ff de servit. præd. urba, l. testatrix. 20. in
princ ff si servit. vindicet. l. servum 24. § fin ff. de legat
1 l damnum esto. 15 § 1 ff. de usu, & usufruct. legat.
Masverius in praxi §. item si quis petat viam. de servit.
Pap. lib. 14. Raph. Arest tit. 1. arest. 3 eosq; laudans*
67 *D. Bocerum class. 5. Disput. 8. thes. 23. edit. 2. & hic numer 30.*
Illud quoque obiter monendum : transeuntem
viam insolitam, ut sic non solvat vectigal,
puniri ; & contra se indicium delicti alicujus facere,
*de quo Blancus in repetitione l fin. ff de quæstionibus.
num. 7. vers. transitus non solum, &c. quem
refert Arnoldus de Reyger in thesauro juridic. liter.
S. num. 194.*

68 Aquæductus, est jus aquæ ducendæ per fundum alienum,
*hic in fine & d. l 1 in fine principij ff. de servit,
prædior rusticor.* Dicitur, *jus*: quia servitus omnis non
in facto, sed in jure consistit, quod incorporale est, *juxta
§ ult. supr. tit. proximo. l. 1 §. fin ff de rer. divis.* Dicitur,
aquæ ducendæ, ad differentiam servitutis *Haustûs
aquæ*. quæ aliâ est à servitute *aquæductûs, d. l. 1.
§. 1. ff. de servit. prædior. rusticor.* Illa namque etiam
aquæ, quæ duci non potest, imponitur ut puteali. *l 1.
§. quanquam. 6. ff de aqua quotid. & æstiv.* Ducitur
69 autem aqua vel per fistulas, id est, canales, vel per rivos,
vel per quodlibet instrumentum fictile : dummodo
nullum damnum domino fundi servientis detur.
*l Quintius. 15 ff. de servit. prædior rusticor. l. refectionis.
11. §. 1. ff communia prædior. l. hoc jure. 3 § penult.
70 ff. de acquir. quotid & æstiv.* Enimverò is, cui
constituta est servitus aquæ ducendæ, lapidibus rivum
sternere, & sic per lapidem stratum aquam ducere
non potest *l si priùs. 17. §. 1. ff. de aqua, & aquæ
pluv. arc.* Quoniam hoc majorem in modum fundo
servienti incommodaret: nec multò melior redderetur
inde conditio ejus, cui servitus debetur; cùm possit
fistulis plumbeis, & tubulis fictilibus aquam ducere.
*d. l. Quintus 15 ff. de servit prædior. rusticor. & similib
præallegatis. M. Vitruvius lib 8. de architect. cap. 7.
Corasius ad l. 1. ff. de servitutib. num. 122. Cæpol. in
tractat. de servit. rusticor. prædior. cap. 4. num. 1.* Dici-
71 tur præterea in definitione *per fundum alienum*. Per
fundum quidem: quia sine fundo sive prædio servitus
constitui nequit. *l. 1. §. 1 ff communia prædior §. idem
3 infr. hoc tit.* alienum verò: quoniam aquæductus
72 in proprio fundo non est servitus : cùm res sua nemini
serviat. *l. uti frui. 5. in princ ff si usufruct. petet. l in
re communi. 26 ff. de servit. præd. urbanor.* Cæterùm
hæc verba (*per fundum alienum*) tum in hoc principio,
tum *d. l. 1 ff. de servit. prædior. rusticor.* post definitiones
priorum jam explicatarum servitutum posita
ad omnes æqualiter sunt referenda. Clausula enim
73 (*ut vulgò dici solet*) in fine posita, ad præcedentia
omnia capitula refertur. *l talis scriptura 30. §. ult ff. de
legat. 1 l. 1. in fin. C. de libe. præterit l. 3 §. filius. ibique
Bartol. num. 7. & Iason num. 25. ff de liberis & posthumis,
&c. cap. secundò requiris 41. ext. de appellationib.
Augustin. Morla d. Empor. jur part. 1. tit. 6 in præmiss.
num. 94.*

Quòd autem in hoc principio habetur, aquæductum 74
esse servitutem rusticam : ei non obstat *l. si ego.
11. §. 1. ff. de Public. in rem act.* ubi Vlpianus indicat, aquæductum
esse servitutem urbanam, *Etenim respondetur*:
aquæductuum esse genera duo : unum
rurestre ad irrigandum, ad haustum pecoris, ad amœnitatem,
*l. hoc jure 3 in princ. ff. de acq. quotid. &
æstiv.* atque hujusmodi aquæductus est servitus rustica,
& definitur jus aquæ ducendæ per fundum alienum,
*hic in fine. & d l. 1. in fine principii ff de servit.
prædior. rusticor.* Alterum genus aquæductuum est
urbanum: atque hujusmodi aquæductus est servitus
urbana: nempe cùm quis aquæductum per domum
suam traduci passus est, *&c. d. l. si ego. 11 § 1. ff de Public
in rem act.* Sed quia ejusmodi urbana servitus infrequens
est; ad potiorem partem respiciens hic Imperator,
& IC. *in d l. 1.* sic loquitus, quasi nulla sit aquæ 75
ducendæ urbana servitus, *notante hic in fine Marcilio,
pag. 244.* Quòd insuper aquæductus numeratur
inter reales servitutes, huic non obstrepit *l Lucius 37.
ff. de servit. prædior. rusticor.* ubi aquæductus personæ,
non prædio debetur : quod est contra naturam
servitutum realium. *l. unus ex sociis 34 ff eodem.* Nam
in specie illius legis non jus servitutis, sed usus aquæ
ducendæ concessus erat : idque indicat Iurisconsultus
satis evidenter his verbis: *usum aquæ, &c.* & rursus
: *ad heredem Seii quasi usuarii, &c.* In confesso
autem est, usum personalem esse, adeòque cum persona
extingui. *§ 1 inst. de usu & habitat*, Sed & nec novum, 76
nec infrequens est : servitutem suaptè naturâ
realem, eo quòd ad personam referatur, & constringatur,
fieri personalem. *l cùm servus 39. § si quis alienus. 4 ff. de legat 1.*
ubi servitus lapidis cædendi, quæ
sui naturâ realis est. *l. ergo 5. & l. seq ff de servit. præd.
rusticor.* propter relationem facti ad personam, censetur
servitus personæ, & non prædii. Sic aquæ haustus
licèt sui naturâ sit prædialis. *d. l. 1. § 1. ff. de servit. præd.
rusticor.* prædicta tamen ratione fit quandoque personalis.
l Mela ait 14 §. fin. ff. de aliment. vel cibar. legat.
Eâ de re videantur *Corasius ad d. l. 1. ff. de servitutibus
num 122 cum seqq. Gualter. libr. 1. Miscell.
cap. 5. Forster lit. 2 Disput. 7. thes 5. Arnm. d. Exercit. 5.
thes. 10. & Cæpol. d. tractat. de servit. rusticor. prædior.
cap 4. num 2. Hucq; referenda sunt, quæ annotavimus
supr. nu. 11.*

Planè si destinata ab initio non sit pars fundi, per 77
quam ducatur aqua : totum fundum servire, Paulus
respondit. *l si mihi 21. ff. de servit. prædior. rusticor.*
Veruntamen is, cui jus aquæ ducendæ competit, in alium
locum, quàm ad quem servitus acquisita est, aquam
ducere non potest. *l ex meo 24. ff eod tit. l. 5. §.
illud. 15 ff. de aqua quotid & æstiv.* Cui consequens
est, non posse eum illius aquæ usum alteri cedere. *l.
cùm essent 33. § 1. ff de servit. præd. rustic.* Ratio clara
est:

est: tum quia servitutem qui habet, non potest eâ aliter uti, quàm ad suam, aut fundi sui commoditatem. *l. quotiens 15. ff. de servitutibus. l. ergo. 5. in fin. ff. de servit. prad rustic.* & nisi servatâ formâ concessionis. *argum. cum hi. 8. § si prator. 17. ff. de transactionib. l. nemo modus 12 C. de servitutib. & aquâ.* Tum quia alioqui servitus servitutis induceretur, *contra l. 1. ff. de usu, & usufruct. legat.*

78 Nec quicquam moverit *l. sed & si lege 25. §. consuluit. 11. ibi. dum re sua se abuti putant. ff. de petit. heredit l. neme exterus 9. C. de Iudais & l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* ex quibus locis cùm pateat: rerum propriarum administrationem cuique liberam esse, etiam abutendo: inde dicendum videtur, illum, qui jus habet aquæ ducendæ, eo liberè in alterius etiam gratiam uti posse. Is etenim, qui jus aquæ ducendæ habet; non illud simpliciter habet, & absolutè, sed limitatè & determinatè, ad designatum fundum, vel ejus certam partem: proindeque non potest illo uti ad aliam partem: quia sic non uteretur jure suo: siquidem jus istud non habeat: cùm in dispositionibus limitatis, effectus sit limitatus *l. in agris. 16. ff. de acquir. rer. dom*
79

80 Cæterùm prædicta declaranda sunt, ut procedant. priusquam aqua sit ingressa fundum dominantem. Nam cùm fuerit in agro, cui debita erat; poterit dominus aquam illam in alium quemvis locum ducere: nisi (quod semper subintelligendum) domino loci servientis noceretur, *d. l. 1. §. illud Labeo. 16. ff de aqua quotid & astiv.* Atque ita, *post Accursium, aliosque in dict. l. ex meo. 24. ff. de servit. prædior. rusticor.* docent Corasius *ad dict. l. 1 ff. de servitutibus num. 125.* & Thadæus Piso *hic in quæst. quid sit aquaductus. in fine.*

81 Aquæ haustus, est jus aquæ hauriendæ ex flumine, fonte, aut vivo puteo alieno, quatenus ad ipsum fundum, cui id jus debetur, opus est. *l. ergo. 5. in fin. & l. seq ff. de servit prad. rusticor. Cujacius lib 3. observat. cap. 28. D Becerus. class. 5 Disput. 8. thes 26. edit 2. & in hoc princip. num. 33.* Sanè ex flumine publico absque servitute aquam haurire licet. *l item sic. 3 §. fin. ff de servit. prad. rusticor.* modò ejus fluminis usus deterior inde non fiat. *l 2 ff de flumin. l. si autem. 11. §. ult ff. de aqua, & aqua pluv. arc.* Porrò de fonte, piscina, lacu, vel puteo, si aquam vivam & perennem non habeat, aquæ haustus concedi haud potest. *l. 1. § sequitur 5. ff. de aqua quotid. & astiv. Cujac. libr. 11. observ. cap 3.*
82

83 Illud indubitatum est: quòd, concessa servitute aquæ haustûs; iter quoque, id est. jus eundi ad istum locum, concessum videatur. *d. l. 3. § qui habet haustum ff. de servit prædior. rusticor.* Est quippe in omni juris parte frequentata regula: Cui aliquid concessum est, ea omnia etiam tributa intelligi, sine quibus concessum explicari nequit *l 2. ff. de jurisdict. l. 1 § 1 ff si usufr. pet. l. si iter. 10. ff. de servitutib. l. servitutes 20. § 1. ff. de servit. prædior urbanorum cum jurib. concordantibus, suprà adductis num 41.* Et contrà: concesso itinere ad privatum fontem, aquæ haustus quoque concessus juris interpretatione putatur. *d. l. 3. §. qui habet haustum ff. de servit. prad. rustic. Schneidevv. hic nu. 27 in fine.* Præterea & illud notatu dignum est: quòd haustus aquæ, sicuti aquæductus, ex eodem loco concedi pluribus possit: dummodo posterior concessio priorem non impediat. *l 2 §. ult. ff. de servit. prad. rustic. l. aquam. 4 C. de servitutib. & aqu.* Neque hoc casu servitus servitutis constituitur, *contra l. 1. ff. de usu & usufr. legat.* Vni námque servitute concessâ, itemque alteri, non constituitur servitus servitutis, sed alia servitus, quæ non à prima servitute dependet, sed à fundo *l qui per certa. 15. ff communia prædior.* Et sic, *post Bartolum, quem citant,* tradiderunt *Corasius ad l. 1. ff. de servitutib. nu. 132 Thadaus Piso, & Ioan. Borcholt. hic nu. 27.* 84

Pecoris ad aquam appulsus, est jus ad vicini aquas appellendi pecoris, ejus adaquandi causa. *l. pecoris. 4. & l. seq ff. de servit. prad rustic. l. 1 §. Trebatius 18 ff. de aqua quotid. & astiv. D Becer. d. class. 5. Disput. 8. thes. 28. edit. 2. & hic num. 36.* Pecoris autem verbo quæcunque quadrupedes, quæ gregatim habentur & pascuntur, veluti oves, capræ, boves, equi, muli, asini, meritò continentur. *l. 2. §. 2 ff. ad leg. Aquil. initio tit. inf. de lege Aquil. l. legatis servis. 65. §. pecoribus 4 ff. de legat. 3.* Hæc servitus trifariam dici solet: pecoris appulsus. *l. ergo. 5 ff de servit. prad. rustic.* pecoris appellendi. *l. veluti. 6. in fine ff. eod.* & pecoris ad aquam appulsus, *§. inter rusticorum 2. infr. hoc tit. l 1. §. 1. ff. de servit. prad. rustic. & l. Mela 14. §. fin. ff. de aliment. vel cibar. legat.* Ea si constituatur fundo, aut prædium habenti, cujus maximè fructus in pecore consistat, prædialis est; nisi certa persona à concedente demonstretur. *d. l pecoris 4. ff. de servit. prad rustic.* alioqui personæ servitus est. *d. l Mela, 14 §. ult. (cujus receptã lectionem contra alios ingeniosè defendit Hilliger in Donell. enucleat. lib. 11. cap. 7 ad lit. E.) ff. de aliment. vel cibar. legat.* aut simplex jus personale; cujus ideo nulla fit ad hæredes transmissio, *l Cajus 12. ff. de annuis legat l pater 6. ff. de servit. legat l. fin. § fin. ff. de contrah. empt & latius pauls explicitum suprà nu. 76.* Quando verò hujusmodi juris concessio dici debeat servitus prædii, vel personæ, vel etiam merum jus personale, ex verbis concessionis colligendum est; ut *post Fulgos. in d. l. pecoris 4 ff. de servit. prad. rustic.* annotavit Corasius *ad l. 1 ff de servitutib. num. 133. Et eadem de re videantur Paulus Berens. disput. 4. ad Institut. them. 1. quæst. 3. & D. Besoldus in delibat. jur. ex lib. 8. Pand. num. 15. pag 563.* Cæterùm de hac servitute pecoris ad aquam appellendi variant juris auctores: utrùm, si quis plura pecora, quàm in servitute conventum est, appellat, totam amittat servitutem: an quæ numerum excedunt constitutum, repelli tantùm possint? Et posterius, referente Vlpiano, non sine ratione obtinuit. *l. 1 §. Trebatius 18. ff de aqua quotid. & astiv. l. 1 §. si duæ res. 12. ff. de quor. legator.* In his siquidem, quæ dividua sunt & separabilia, utile per inutile non vitiatur. *l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. obligat. l. sed etsi. 12. ff de constit pecun l. si sponsus. 5. §. 2. ff. de donationib. inter virer. & uxor. l. donationes, quas 25. C. dicto tit. l sancimus 34. in princip & l. seq. §. sin autem, Cod. de donationib. cap utile. 38. ibiq. Gloss de reg. jur. in 6.

in 6. Cæpol. in tractat. de servitut. rusticor. præd. cap 8.
num. 4.

Servitus pecoris pascendi, est jus pascendi pecus in
90 fundo alieno, prædii dominantis causa constitutum.
l. 1. § 1. l. item sic. 3. in princ. l. pecoris 4. l. veluti. 6, in fin.
ff. de servit. præd. rusticor. Wurmserus libr. 6. practic.
observat tit. 27. de servit. observ. 4. Hartmann. Hartmanni ab Eppingen. libr 5. observ. tit. 23 observ. 4 hosque referens D. Becerus class. 3. Disput. 8 thes 31. edit. 2
& hic num. 39. Et sanè solent pecora mitti pascendi
causa in pascua, hoc est, in sylvam, aut alium locum,
pastui pecudum destinatum. l. sylva 30. fin. ff. de verb.
91 signific. ibique Gœddæus num. 13. Pascua autem quædam publica sunt, quædam privata. l. 1. & tot. tit. C. de
pascuis publicis & privatis. Hæc dicuntur, quæ alicui privato jure proprio competunt: quia fortè servitutem illam, pro pascendis suis tantùm pecoribus emit, aliovè modo requisivit. Illa perhibentur, quando
universitas alicujus villæ vel civitatis habet fundos,
prata, sylvasve pascuas: in quibus omnes & singuli
de universitate simul sua pascere pecora possunt. Capoll. in tractat. de servit. rustic. præd. cap. 9. de servit.
juris pasc num. 4. Berlich part. 2. conclusion practicab.
92 conclus 49. num. 2. pag. 1019. Et publicus pastor constitui solet, cui custodia pecorum demandatur: qui si
aliquod per culpam amiserit. ad ejus solutionem tenetur. l. si quis o § Imperator. 4. cum seqq. ibique Dd.
ff locati. Schneidevvin. hic num. 40. Dominic. Card.
93 Tusch. tom. 8. practic. conclusion. lit. C. conclus. 118 per
tot Illud porrò satis constat, nemini licere pecus suum
in alieno pascere: alioqui si ustrà eà de re imponeretur
servitus. l. Quintus Mutius 39. ff. ad l. Aquil. Hinc colligere promptum est: quòd nemo, qui servitutem pascendi nullo modo sibi habet constitutam, in vicinos
& privatos agros, tempore messium, collectis jam frugibus & fructibus, pecora sua immittere, ad pascendam herbam illic suâ sponte nascentem, valeat: quemadmodum eleganter docet D. daeus Covarruv. libr 1.
practicar. quæstion. cap. 37. num. 2. & seqq. cumque
laudans Berlichius d. part. 2. conclus. 49. num. 4 pag.
1020. ubi dissentientes adducit Chassanæum ad consuetud. Burgund rubr. 13. §. 2. num. 2. & §. 3. num. 5. Petrum Avendan. in tractat. de mandat. exequend. cap. 4
num. 24. Dominicum Cardinal. Tuschum, tom 6. practic. conclusion. lit. P. conclus. 112 num. 5 cum seq. & Ioannem Fabrum ad princ. tit. supr. de leg. Fus. Canin.
94 tollend. Nec huic resistit cap. un. §. fin. de pace tenenda,
& ejus violatorib. tit. 27. lib 2. feudor. ubi permittit
Fridericus Imperator viatori, equum suum pabulare
in agro alieno, sine tamen aliqua vastatione. Nam id
permissum intelligitur ad necessarium transeuntis usum: quià viatoris, per terram alienum iter facientis,
equus fame urgetur. argum. can. scriptum 6 quæst. 3.
& can discipulos 25. de consecrat distinct. 5. Æquitas
quippe idipsum suggerit, etiamsi stricto jure deficiamur, argum l. 2. §. item Varus 5. in fine. ff. de aqua. &
aqua pluv. arc. Cur enim non æquum videbitur, vel
hoc saltem viatori concedi, quod sine gravi domini
fundi dispendio futurum est? argum. l. in creditore. 38.
in fine. ff. de evictionibus, Vide eâdem de re Iohannem Grivellum decis. Senatus Dolani. 148. fol. 415.
& seq.

Bellè hic quæritur: si quispiam bovem, equum, aut 95
aliud pecus alienum suo in agro deprehenderit, quid
ei sit faciendum? Et sanè illud non debet includere &
retinere, sed sine damno abigere, vel admonere dominum, ut suum recipiat: & si quid ex ea re damni acceperit, eo nomine propriam habet actionem, vel legis
Aquiliæ. d. l. Quintus Mutius 39. §. 1. ff. ad leg. Aquil.
vel de pastu pecoris l. qui servandarum 54. §. fin. ff. de
præscrip. verb. vel de pauperie. l. 1 & tot. tit ff. si quadr.
pauper feciss dic. Neque obstat l. hec amplius. 9. §. Ne- 96
ratius. 3 ff. de damno infect. & l. ratis 8. ff de incend.
ruin. naufr. quibus ex locis colligi videtur, illiusmodi
pecus retinere posse, donec vicinus pecoris dominus
damnum emendet: cùm utrobique disertè scribatur,
non licere tibi aliter tollere ratem, vi fluminis in agrum meum delatam, quàm si de præterito damno
mihi caveris. Hoc, inquam, non obstat. Nam inter
retentionem animalium, & aliarum rerum evidens est
ratio diversitatis: quandoquidem facilius pereunt animalia, quàm cæteræ res: & ita majus est in illis periculum: ac proinde non possunt retineri, licèt aliæ
res retineri possint, ut Bartolus (cum quo Dd. communiter transeunt) declarat in d. l. hec amplius. 9. num. 3.
ff. de damnat. infect. Adhæc & illud probabiliter statuitur; eum, qui bovem, aut aliud pecoris genus in
suo deprehendit, si eùm dominum ignoraret, pecus
incluserit, idque diu aluerit, posse jure pignoris impendiorum nomine pecus retinere, argum. l. si in area.
33. in fine ff. de condict. indebit l. Paul. 14. ff. de dolo malo. & met. except. eùm impensæ in utilitatem rei, cujus
possessionem bonâ fide nactus est, conversæ fuerint,
l. qua ratione 9. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. §. litera. 33.
in fine supr de rer. divis. &c. Coras. ad l. 1. ff. de servitutib. num. 140. Enimverò de consuetudine, sive ge- 97
nerali, sive locali, animalia in alieno agro deprehensa
includuntur, & retinentur, donec damnum emendatum fuerit, tradente Petro Iacob. in pract. in libello. de
actione de pauperie, &c. quem citat Ioan. Borcholten
hic num. 32. Atque eam ad rem & alios allegavimus,
in princ. tit infrà si quadrup. pauper fecisse dicat. numer. 10.

Non item inscitè quæritur, utrùm dominus præ- 98
dii servientis loca, in quibus alteri debet jus pascendi,
invito domino prædii dominantis mutare, & ad culturam reducere possit? Et (non obstantibus illis,
quæ in contrarium affert Cavetta cons. 292. nu 3. & 4.)
si inde dominus prædii dominantis damnum patiatur; quòd mutare non possit, rectè aliquis dixerit. l. si
manifestè. 7 in fin & l. si in ædibus. 9. C. de servitutib.
& aqua. l. 2. C. de lege Aquil. Nihil enim facere licèt,
quo servitus impediatur. l. si domus 21 ff. de servitut.
præd. urban. l. si eo loco 9. in princ. ff. si servit. vendicet.
Sed videantur Capella in tract. de servit. rustic. prædior.
cap. 9. num. 4. cum seq. Schneidevvin. hic num. 33. &
seqq. Gail libr. 2. observ. 67. num. 10 Dominicus Card.
Tusch. tom. 6. practic. conclusion. liter. P. conclus 111.
num. 7. Modestin, Pistor. cons. 7. quæst. 6. num. 33. &

conf.16.quaest.1.num.6.& seqq.volum.2. *Daniel Mollerus in comment. ad constit. Saxon part.2.constit.41. num.1.cum seqq. Ioan. Koppen. decis.15.num.2 & seqq. Covarruv.d.lib.1.practic.quaestion.cap.37, num.4. & seqq eosq; referens Berlich.d part.2.conclus 49.nu.24 & seqq. ubi hanc quaestionem copiosius explanat, & nonnullis restrictionibus sive limitationibus illustrat.* Quibus addantur Hondedaeus *consult.84 num.6. &* 26. Surdus *cons 65, num 13.* Pantschman. *libr 1. quaest. 22.num.32.& seqq.* Scheffer, *lib.3.quaest.47.* hosque laudans D Besoldus, *in delibat. jur. ex lib.8. Pand.nu. 4.pag.544 & seqq.*

99 Illud quoque observatu dignum est: eum, qui servitutem pascendi habet, non debere uti pascuis cum pecoribus morbosis: ne & alia pecora contagione morbosi pecoris pereant, *argum. l. Julianus 13. in princip. ubi Dd. ff. de actionib. empt.* Quo spectat elegans distichon:

Morbida facta pecus, totum corrumpit ovile:
Ne maculet socias, est separanda grege.

100 Vnde & beatus Hieronymus scribit: *Resecandae sunt putridae carnes, & scabiosa ovis à caulis repellenda: ne tota domus, massa, corpus & pecora ardeant, corrumpantur, putrescant, intereant, can. resecanda 16 caus.24. quaest.3.* Eodem facit textus *in can. penult. vers. sicut ex una ove morbida, &c. Distinct.45.* & textus *in l.2 in princip. C. de summa trinit.* per quem Guiliel. de Cun Bald. & Paulus de Castro notant: quòd
101 ubicunque est timor infectionis, possit fieri expulsio de civitate. Idem tradit Caepolla *d. tractat. de servit. rustic. praed. cap.9.nu.21.* Hinc Ludovicus Romanus *in l casus 8. C. de testament.* asserit: quòd patientes morbum pestiferum sint è civitate removendi: sicuti
102 etiam leprosi à civitate excluduntur. Eum refert & sequitur Schneidevvinus hic *num 41.* ubi *num.42 ex Novell.14.§ 1.* subjicit: quòd quemadmodum lenones à civitate longissimè expelli debent, ne scilicet bonae & honestae mulieres inficiantur: ita & Scholaris vagus, impudicus & malus de Collegio sive Vniversitate repelli queat; ne bonos & castos corrumpat, Adde Alexand *in d.l. casus 8.num.3.* Bertach. *de Gobell. & vectigal part.2.num.49* & Rodoricum à Castro. *de Moteon Microc. libr 3.cap.5.* hosque referentem Paulum Zacchiam. *lib.3.quaestionum Medico-legalium tit.3 quaest.1.num.15 & seq.pag.165. & quaest.2.num. 15.pag.181. & quaest.4.nu.24.cum seqq.pag.214. item quaest.6.nu.12 pag.230.*

103 Sed & illud circa hoc jus pascendi notandum venit: quòd, si controversia sit de pascuis, aut nemoribus villae, seu alterius communitatis, in quibus quilibet de communitate particulariter potest immittere pecus suum, ut ibi pascatur, aut desecare ligna; is, qui est ex ea universitate, in causa illa testis idoneus esse nequeat: propterea quòd res propria controverti dicitur, ex quo ejus emolumentum vel damnum ad singulos pertinet. *l.1.§. in propria.11. ff. quando appelland sit.* & in causa propria nullus testis idoneus intelligitur. *l. nullus 10. ff. de testibus. & l. omnib. C. eod.* Quod autem vulgò affirmatur; cives, incolas, & alias singulares personas civitatis, aut communitatis, testimonium ferre posse in causa, quae communitatem illam respicit, *Accurs. & alij in l. tantum.6. §. universitatis. ff. de rer. divis. & in l. si municipes.2. ff. quod cujuscunque universitatis nomine, &c.* cùm non sit singulorum, quod est universitatis. *l. sed si hac 10 §. qui manumittitur.4 ff. de in jus voc. & can. Episcopus.65.§.*
qui manumittitur.12.quaest.2. sanè accipiendum est, 104
ubi principaliter commodum & utilitas rei controversiae referretur ad communitatem; ut putà quia forsan tractetur de electionibus consulum, *ut sentit, post Accurs. in Novell 5.cap.3. à se allegatum, Corasius ad d.l.1. ff. de servitutib. num.142.* Secus verò, si commodum aliquod particulare ad singulares ejus communitatis homines sit perventurum: siquidem in re propria testimonii dicendi facultatem jura omnibus submoverint. *d.l. omnib.10 C. de testibus.* Ita tenent *Bartolus in d.l. in tantum 6. §. universitatis. ff. de rer. divis. Bal. Cynus & Salicet. in l. parentes.6. C. de testibus. Stephan. Aufre. de reprobat. testam. num 91. Speculat in tit. de test. §.1. vers. sed nunquid in causa univers. &c. Cravett. de antiquit. temper. part.1.§. quid in libro officialis. num.118. Parisiens. cons.138 num.33. volum.4. Cacheran. decis.99 num 39. Pancirol. cons. 94.num.12. cons.63. num.33. volum.1. Bertaz. cons. civ.2. num.40. & cons.21 num.60. volum.1. Pruckman. cons.14 num.71.& seq. volum.1. Dominic. Card. Tuschus num.6. practic. conclus. liter.P. conclus.114. num.1. & 4. Herat. Mandos. ad Roman. cons.508. in fin. Roland. à Valle cons.22 num.13. & cons.72. num 15. volum.2. Covarruv. practic. quaest cap.18 num 4. & Menoch. de arbitr. jud. lib.2. cas.106. num.4.12. & seq. hos, aliosque referens Mascardus volum.3 de probationib. conclus.1414.* ubi an & quatenus testibus de universitate credatur in causa universitatis, aliquot ampliationibus & limitationibus diligenter enodat. Prae-
terea silentio involvendum non est: quòd is, qui a- 106
licui fundo jus pascendi concessit, vel contra quem in ipsius fundo tale jus est praescriptum, nihilominus re suâ uti, ibique etiam sua pecora pascere queat. *l. praeses provinciae.6. C. de servitutib. & acquis & ibidem Salicetus num.1. Matth. Coler. cons.4.nu.4. cum seqq. Dominicus Cardinal. Tuschus tom.6. practicar. conclusion. lit.P. conclus.114. num 2.* Ejusque ratio 107
praecipua haec est: quia jura servitutum, sicuti & jurisdictiones, & alia jura incorporalia, regulariter cumu-
lativè, & non privativè, penes alium esse censentur, 108
cap. dudum.14. §. Nos igitur attendentes, de praebend. in 6. Iohan. Koppen. dict. decis.15. num.9. & seqq. Matth. de Afflict. in cap.1. vers. potestas. tit. quae sunt regalia. num.15. & latiùs explicatum ad §. fera. 12. num.193. suprà de rer. divisione, &c. adeò quidem, ut si pascua utrisque tam domino fundi servientis, quàm domino servitutis non sufficiant, dominus fundi servientis praeferatur. *d.l. praeses. 6. C. de servit. & aqu. Matth. Coler. decis 218. part 1. Pruckman. d. cons. 14. num.25.& seq. volum.1. Covarruv. lib.1. var resolut. cap.17. num.11. Chassan. ad consuetud. Burgund. rubr.13 §.5. verb. si non per parcours. num.3* Quos refert & sequitur Berlichius *dict. part.2. conclus 49. num.6*

num.6.& seqq. Illud porrò indubitatum videtur: quòd
109 is,cui servitus juris pascendi competit, eâ ita uti debeat,prout in constitutione servitutis conventum ,vel servitus illa præscripta est, *argum.l.1.§. si convenerit.6. ff.deposit.l qui luminib.11 §.1.ff. de servit.præd.urban. Capoll.d.tract.de servit.rustic.prædior. cap.9. num.17.*
110 Ex quo primùm infertur: si quis per legitimum tempus, ad præscriptionem necessarium, in alieno fundo mille oves pavit, & non ultrà, licèt postea grex illa crescat,& augeatur, quòd plures oves, quàm mille, ubi pascere non possit. *l 1 §. Trebatius.18.ff.de aqua quotid.& æstiv.*
111 idque per regulam vulgarem: quâ dicitur, tantum præscriptum censeri; quantum fuit possessum, *argum.l.1.§. si quis hoc interdicto.4. ubi Bartolus & alij.ff de itiner. actuque privat. Schneidevvin.in hoc princ.num 31. Berlichius dict.part.2.conclus.49.*
112 *num.10.pag.1012.* Deinde infertur: si quis alicui potestatem concessit pascendi certum genus pecorum, putà oves: quòd is etiam in illo genere uti debeat servitute pascendi,non in alio:adeoque boves vel vaccas pascere nequeat. *Capoll.d.tract. de servit.rusticor. prædior.cap.9.num.17.Schneidevvin.loco præallegat.*
113 Ulterius infertur: quòd is,qui jus pascendi ex uno ovili in pluribus locis, aut pagis habet, non possit novum ovile extruere in illo loco,ubi antea nullum fuit, *per notata Coleri d.decis.218. num.1.& seq.part.1. & Berlichij d.conclus.49.num 11.* ubi dissentientem allegat Modestinum Pistor. *cons.14.num.3.& seqq vol.2*
114 Si tamen servitus pascendi generaliter & simpliciter constituta,vel præscripta fuerit: tunc ea cum omni pecore cujuscunque generis usurpari & exerceri poterit, *argum.l si servitus 13.ff.de servit.urban prædior. l certo generi.13.§.ult ff.de servit.prædior.rusticor. l.in tradendis.7.ff.Communia prædior. Capolla d.tract. de servit.rusticor.prædior cap.9.num.18. Pruckman.dict.*
115 *cons.14.nu.3.vol.1.* Sed & cuivis civi vel incolæ licet tot pecudes habere, & in pascuis publicis & communibus pascere, quot ei visum fuerit: nec tenetur pecudes habere pro modo prædiorum, quæ in territorio possidet, *per text.in l.testatrix.20 §.1.usq; ad fin.& explicatius declarat Berlich.d.part.2.conclus 49. nu.14. 18. & seqq.*
116 Servitus calcis coquendæ, est jus coquendi ac parandi calcem in fundo alieno, ad utilitatem prædii dominantis respiciens. *l.1.§.1.l.ergò.5 §.1.l.veluti.6. §.1. ff. de servit.prædior.rusticor. Capoll. in tractat.de*
117 *servit.prædior.rusticor. cap.10.* Itidem arenæ fodiendæ servitus,jus est fodiendi & tollendi arenam in agro alterius. *d.l.1 §.1.& d.l.veluti.6.§ 1.ff.dict.tit. Cora-*
118 *sius ad l 1.num.146.ff.de servitutibus* Quæritur jam: si promittatur jus calcis coquendæ,vel arenæ fodiendæ ultrà,quàm sit opus pro fundo dominante,an talis servitus constitui possit? Et non posse, verius videtur. *d.l.ergo 5.in fine.l.cum seq.& l ii.qui duo.29.in fin. ff.de servitutib.prædior.rusticor.Mynsinger.ad §.inter*
119 *rusticorum 2.num.5.infr hoc tit.* Huc referri non incommodè possunt servitutes in Germania receptissimæ: videlicet cretæ eximendæ,vel lapidis: figulinæ habendæ; navigandi per lacum vicini: ligna scandi, vel pedamenta (id est, palos, quibus vinea instruitur) sumendi ex sylva aliena: tigurii habendi: uvas premendi: frumenta, pisa, cæteraque legumina exprimendi,& similes. *l.3.§.1 & 2.d.l.5.& 6.l.via.23. §:1 ff.de servitutib:prædior.rusticor.Donell.lib.11.commentar de jure civ.cap.7. Althusius libr.1.Dicæolog: cap.32.num.49.& seq.pag.88.* Nam & istæ servitutes à re rei,id est, à prædio serviente, loco vicino seu prædio dominanti, & occasione loci, personis illic habitantibus debentur; nec cum persona intermoriuntur: sed sunt perpetuæ; & ad heredes & quemcunque possessorem tam fundi servientis, quàm dominantis, sicut aliæ servitutes reales, transeunt. *Schneidevvin. hic nu 42.& Mynsinger in d.§.inter rusticorum nu.6. Schegk. in delibat jur. Disput.7. thes.14. Vide Tob. Paurmeister.libr.1.de jurisdict. cap.18. num.8.* An etiam huc referri poterit jus in alienis prædiis venandi? 120
Id quidem putant. *Zasius in intellect sing.libr.1.cap.11. & ad §.aquæ 2 num.24 infr.de actionibus.Gail.libr.2. observ.66 Hartmann.Hartmanni practicar.observ. lib.2 cap.4. Fridericus Mindanus libr.2.de mandatis jud.cap.36.num.7.Georg.Mor.de nigro monte in tract. de jur.venand part.2.cap.3.num.4. Modestinus Pistoris cons.14 num.29.volum.2.& alij nonnulli.* Sed verisimilius est, jus venandi servitutem non esse. sed proprium quoddam jus per se consistens,ut *post Niellium Disput.feud.3. thes.2.* docuerunt *D. Collega Becerus class.5. disput.3. thes.24. edit.2. Hœnonius Disput.5.controvers.2. Wegnerus Disput.5. thes 3. ad liter. b.* & nos quoque accuratè demonstravimus In *§. feræ. 12. suprà de rerum divis. num.136.& plurimis subseqq.*

§. *Prædiorum urbanorum.1.*

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent: ideo urbanorum prædiorum dictæ: quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus,etsi in villa ædificata sint. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt: ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas,vel in aream,vel in cloacam,vel non recipiat: & ne altiùs quis tollat ædes suas: ne luminibus vicini officiat.

SUMMARIA.

1 *Prædia unde; & quid significent.*
2 *Prædia quædam urbana,quædam rustica.*
3 *Prædia non ex loco,sed ex usu & qualitate æstimantur.*
4 *Sententia l.1.in prine ff.de servit.prædior.rustic.*
5 *Intellectus l.eo jure 4.§.1.ff.in quib.caus.pig.vel hyp.tac.contrah.*
6 *Stabula duplicia perhibentur.*
7 *Servitus urbana quid & quæ ejus species.*
8 *Servitus oneris ferendi quid.*
9 *In servitutibus regulariter nemo tenetur ad factum.*
10 *Cur in servitute oneris ferendi secus sit.*

11 *Multa valent per accessionem sive consequentiam, quæ principaliter non consistunt.*
12 *Servitus tigni immittendi quid.*
13 *Tignum unde, & quid.*
14 *Servitus tigni immittendi, in quo differat a servitute oneris ferendi.*
15 *Immissum & projectum quomodo discrepent.*
16 *Num tignum, adhuc meus liberus ab aliquo immissum, propriâ auctoritate tollere possim.*
17 *Quod in solo, etiam ex aliena materia ædificatur, solo cedit.*
18 *Servitus stillicidii duplex; avertendi, & non avertendi.*
19 *Stillicidium unde, & quid.*
20 *Servitus stillicidii avertendi quid.*
21 *Servitutem stillicidii recipiendi debens, an servienti areæ quippiam inædificare possit.*
22 *Mutatione rei quæ servitutes pereant.*
23 *Vsusfructus est pars dominii: & quatenus id procedat, remissivè.*
24 *Vsusfructus est legi invidiosus: & cur.*
25 *Servitus stillicidii non avertendi quid.*
26 *Servitus fluminis duplex; avertendi, & non avertendi.*
27 *Fluminis avertendi servitus quid.*
28 *Fluminis non avertendi servitus quid.*
29 *Servitus fluminis quomodo differat à servitute stillicidii.*
30 *Servitus altiùs tollendi itidem duplex, altiùs tollendi, & altiùs non tollendi.*
31 *Altiùs tollendi servitus quid.*
32 *Quatenus cuiq; liceat in infinitum ædificare.*
33 *Altiùs non tollendi servitus quid.*
34 *Vtrùm altiùs non tollendi servitutem debens, supra eam altitudinem arborem habere possit.*
35 *Servitus non officiendi luminibus quid.*
36 *Ecquid hæc servitus sub illa altiùs non tollendi servitute comprehendatur: & quatenus ab invicem differant.*
37 *Nomina distincta præsupponunt res distinctas.*
38 *Quæcunq; servitutes usu ac fine differunt, illæ reverà species diversæ sunt.*
39 *Finis & effectus servitutis altiùs non tollendi, & luminibus non officiendi.*
40 *Consideratio l. luminum. 4. ff. de servit. præd. urban.*
41 *Actus agentium non debent operari ultra eorum intentionem.*
42 *Servitus rerum non minùs odiosa, quàm personarum.*
43 *Respondetur ad objectionem.*
44 *Instantia diluitur.*
45 *Servitus luminum, & ne luminibus officiatur, quomodo differant.*
46 *Verbo generali omne lumen significatur.*
47 *Explicatur l. non modus 12. C. de servitutib. & aq.*
48 *Declaratur l. si servitus. 23. ff. de servit. præd. urbanor.*
49 *An & quatenus obligatio respectu certæ rei contracta, re istâ crescente, augeatur.*
50 *Alimenta pro ætatis incremento crescunt.*
51 *Servitus prospectus quid; & quomodo à servitute luminis differat:*
52. *Servitus prospectus, & servitus ne prospectui officiatur, an differant.*
53 *Vtrùm quispiam in proprio pariete fenestram, ex qua prospiciat in alienum, sine jure servitutis fabricare queat.*
54 *Aliæ fenestræ sunt perspectivæ, aliæ luciferæ.*
55 *In quo pariete fenestræ haberi possunt, distinctione explicatur.*

PRædia (sic dicta à præstando; quia præstant nobis reditum & usum sui, *secundùm Varren. libr. 4. de ling. Lat.* vel à prius dando, *juxta Sipontinum, quem refert Ioan. Borcholt. ad princ. hujus tit. nu 4* vel à præda, quòd agri capti militibùs prædæ loco dividerentur, *auctore Wesenbecio ad rubricam hujus tit. nu. 4.* vel à prædibus, quòd prò fidejussione sint, *l sciendum 15. ff. qui satisdar. cogant. Bachovius ad rubricam hujus tit. num. 2 pag 315. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 22 nu. 18 pag 85.*) quamlibet rerum immobilium universitatem significant, *arg. l. locus 60. l. quæst. 115. & l. fundi. 211. ff. de verb. signif. Iason. in l. si pro fundo. 33. nu. 3. C. de transact. eumq; citans Wesenbecius d. l. & initio hujus tit. nu. 2.* Eaque duplicia sunt: urbana, & rustica. 2
tit. de servit. præd. urban. & tit. de servit. præd rustic. l. 1. ff. commun prædior. d. l. locus 60 § 1. ff. de verb. sign. l. 1. §. Cassius 19 ff. de aqua, & aquæ pluv. arc. Illa dicuntur, non ea solùm ædificia, quæ in urbe sive oppidis sunt extructa; sed omnia, quæ ad urbanum usum, inhabitandi, recreandi, mercimonii, voluptatisve causa sunt facta, sive in urbe, sive ruri extra urbem, in villis & vicis. Hæc verò sunt, quæ ad rusticum usum, fructuum percipiendorum, colligendorum, & asservandorum, pecorisvè & armenti recipiendi gratia sunt comparata. Prædia namque Iurisconsulti non ex lo- 3
co, sed ex usu & fine, qualitateque æstimant, *hoc §. & d. l. 1. ff. communia prædiorum. l. urbana prædia 198. ubi Alciat. & Goedd. ff. de verb signif. l si prædium. 16. C. de prædiis, & aliis reb minor. sine decret. non alien. Vultej. initio hujus tit. nu, 14. & seq.* Sicut & usu urbanam familiam à rustica secerni: *l. urbana familia. 166. ff. de verb. signif.* & servos urbanos usu distingui à rusticis mancipiis, cognitì juris est. *l. servis urbanis 99. ff. de leg. 3. & l. quemadm 12. ff. de suppellectile legat.* **D. Collega Besold. in delibat. jur. ex libr. 8 Pand. num. 17. pag. 565.** Non obstat *l. 2 in princ. ff. de servit. præd. rustic.* ubi Neratius servitutem altiùs tollendi, servituti- 4
bus rusticis annumerat, si ædificia sint ruri extructa: adeoque ratione loci prædia distinguit & æstimat. *Nam* servitutem altiùs tollendi rusticam vocat ibi Iureconsultus, non quòd ex ædificiis debeatur: siquidem à prædio dominante nomen habent servitutes: sed quòd debeatur villæ, quam constat esse prædium rusticum. *l fundi. 8. ff. quib. mod. ususfruct. amitt. l. heres in fundo 12, ff de usu, & ususfruct. leg.* & à nemine appellatur ædificium. *d. l. fundi. 211. ff. de verb. signif. Govean lib. 1. var. lect. cap. 16. nu, 2. & Ant. Matthæus hic in suis notis.* Videatur Reinhard. Bachov. Echtius *hic num. 2. & 3 pag. 319. itemq; in Not. ad Treutl. vol. 1. disp. 17. thes. 1. lit. B.*

Nec quoque refragatur *l. eo jure. 4. §. 1 ff in quibus* 5
caus. pignus vel hypoth. tac. contrah. ubi idem Neratius stabula, quæ sunt extra continentia ædificia, inter prædia rustica computat, *Etenim* stabula in ea lege propterea dicuntur rustica: quia rusticum recipiendorum jumentorum finem principalem habent. Haud enim inhabitandi causa sunt ædificata: quod vel inde colligitur, quòd remota sint propter fimum & sordes à reliquis ædificiis. Notum quippe est, stabula in du- 6
plici significatione accipi. Nam vel diversoria & tabernas significant, quibus viatores, longo itinere fatigati, hospitio excipiuntur: & tunc stabula inter ædificia seu prædia urbana sine dubio computantur. *d. l. urbana. 198 ff. de verb. sign. l. un. §. fin. ff. furti adversù nautas, caupones, stabular.* vel domos sive stationes, jumentorū causa paratas, designant. *l si cujus 13 in fine. ff. de usufruct.* & tunc pro rusticis prædiis accipiuntur: cùm ob rusticum usum habeantur. *l. nautæ. 5. ff. nautæ, caupones, stabularii, &c. d. l. eo jure. 4. §. 1. ff. in quibus causis pig. vel hypoth. tac. contrahit.* Verùm hac de re videantur Interpretes, diversimodè istam pugnam dirimentes; *Corasius ad lib. 1. mis. 81. & seqq.*

& seqq ff. de servitutib. Martilius & Giphanius hic. & Vultejus ad princip. hujus tit. num. 15. Broncborst. cent. 1 ἐναντιοφανῶν. assert. 60. edition 1. Olemannus ad lib. 2. disput jur. civ. Giphanij. Disp. 10. num. 17 & seqq. Alciat. & Gæddæus in d. l. urbana. 198. ff. de verb sig. Arumæus Exercitat. Instit. 5. thes 3. Donel in tract de pignorib. cap. 4. & lib. 11 comment. de jur. civ. c. 4. pag. 564. ibiq; Hilliger. in suis notat. Connan. lib. 4. Comment. c. 10. num. 7. Hotomannus lib. 2. obs. 21. Reifenbergius disp. juris civil. renovat n. 1. th 38. Frantzkius exercitat. jurid. 5. quæst. 1 num 7. cum seqq. pag 114 & seq Georg Martinius in contrar. non contrar. Disput. 2. th. 21. & Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civil. tract. 2. quæst. 2.

Cæterùm cùm suprà ad principium præsentis tituli, quid rustica servitus, quæ item ejus sint species, abundè explicatum sit: Jam de urbanâ servitute, ejusque speciebus videndum erit. Est igitur urbana servitus,
7 quæ ædificiis inhæret, & habitationi inservit. Cujusmodi est servitus oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii, fluminis, altiùs tollendi, & non officiendi luminibus. *hoc §. nostro l. 1. & 2. & passim. ff. de servitutib. prædior. urbanor.* Servitus oneris ferendi est jus, quo columna, vel paries, aliud ve ædificium, onera vicini ædificii sustinere tenetur. *l. eum debere 33 ff. d. tit.*
8 Vbi singulariter notandum: quòd is, cui hæc oneris ferendi servitus debetur, agere cum vicino possit, ut ruinosum parietem vel columnam reficiat, eamque oneri ferendo idoneam præstet suis sumptibus. *d. l. eum debere 33. ff. de servit. prædior. urban. l. etsi fortè. 6. § e-*
9 *tiam. 2. l. sicut. 8. § distant. 2. ff si servit. vindicet.* In reliquis verò servitutibus quis non tenetur ad factum, hoc est, non compellitur quis aliquid facere; sed ad patientiam duntaxat, id est, cogitur tantùm aliquid pati. *l. quotiens. 15. § ult. ff de servitutib. l potest. 16. ff. communia præd. l. 6 §. fin. ff. de aqua, & aqua pluv. arc.* Ratio porrò, cur in hac oneris ferendi servitute quispiam ad factum sive refectionem teneatur, illa reddi poterit:
10 quòd necessitas servitutis istam refectionem postulet; & per consequentiam servitutis impositæ de eâ caveatur, non principaliter. Eo namque ipso, quòd quis velit parietem onera perpetuò sufferre: paries autem æternus esse non possit, nisi collapsus restituatur: in consequens ad refectionem obligatur. *d. l. eum debere. 33. ff. de servit prædior. urbanor. cum jurib. similib.* Et certè non est novum, ut quædam principaliter fieri non
11 possint: quæ, cùm rei principali rectè constitutæ accesserint, consistant. *arg. l. 1. ff. de auctorit. & consens. tutor. & curat l. si is, qui duor. 29 ff. de liberat. leg.* Vt Romanis locus sacer & religiosus vendi non potuit: si tamen fundus privatus principaliter venderetur, in quo esset aliquid sacri aut religiosi: id emptioni majoris partis accedere placuit. *l. in modicis. 24. ff. de contrahen. empt. Donell. lib. 11. commentar. de iure civ. c. 4. pag 566. Capol. in tract. de servitutib. urb. præd. c. 37. num. 4. Coras. ad l. 1. num. 71. ff. de servitutib. Petr August. Morla in empor. jur. par. 1 tit. 6. in præmiss. n. 97. & seq.* Videatur quoque *Ioannes Superior. ad d. l. quotiens. 15. §. ult ff. de servitutib.*

12 Servitus tigni immittendi, est jus, quo tignum licet immittere in parietem aut locum vicinij: ut in utroque prædio, tam dominante, quam serviente requiescat. *hoc § l. hoc, quod dictum. 25. ff. de servitutib. prædior. urb. l sicut. 8. §. 1. ff. si servit. vind. l. malum navis. 242. §. 1. ff. de verb. signif.* Tignum (à tegendo dictum, 13
quòd eo summitas domus contegatur. *l. 1 § 1. ff. de tigno juncto*) est ligni materia, ex quâ ædificia fabricata extruuntur: & hic pro trabe immissa tantum sumi videtur. *Schneidewin hic nu. 5.* tametsi aliàs vocabulum istud latè pateat; adeoque omne genus materiæ, ex quâ ædificia constant, puta cæmenta, lapides, tegulas, calcem, arenam, cæteraque, quæ sunt ædificiis utilia, vineisque necessaria, comprehendat. *l. tigni. 7. in princ. ff. ad exhibend. l. adeò. 7. §. cùm in suo. 10. ff. de acquir. rer. dom. §. cùm in suo solo. 29 I de rer. divis. l. tigni 62. ff. de verb signif d. l 1. §. 1. ff. de tig. juncto.* Atque hæc 14
tigni immittendi servitus alia est, quàm oneris ferendi. In hac enim vicinus ad refectionem cogi potest: in illâ verò agitur solummodò, ut vicinus tigna suscipiat, *d. l. & si fortè. 6. §. 2 & d. l. sicut. 8. § distant. 2. ff si servit. vindicet. Borcholt ad initium hujus tit. num. 38. & 39.*
Immitti autem id dicitur, quod ita provehitur, ut loco 15
aliquo requiescat: à quo differt projectum, quod ita provehitur sive protenditur, ut nusquam conquiescat: qualia mœniana sunt & suggrundia. *d. l malum. 242. §. 1. ubi Alciat. Forner. & Gædd. ff. de verb. signif. Giphanius hic in verb. ut in parietem, &c. Corasius late. lib. 3. Miscellan. jur civil. c. 25. num. 5. & seqq.* Cæterùm sciendum: non licere alicui jure libertatis quicquam immittere in ædes vicini non servientes. In suo enim unicuique hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. *d. l sicut. 8 § Aristo. 5. ff. si servit. vindicet. l. quemadmodum. 29. §. 1 ff. ad l. Aquil. l. si vitam 22. §. si ad januam. 2. ff. quod vi aut clam.* Sed quid, 16
si quis tignum ædibus meis liberis immitat; num propriâ id auctoritate tollere poteró? Quin possim, vix dubium est. *d l quemadmodum. 29. § 1. vers. aliud est dicendum. ibique glos. & Dd. communiter. ff ad leg. Aquil. Cujac. lib. 16. observat. c. 12. Nicol. Valla de reb. dub. cap. 8. Capol. in tract. de servit urb. præd. c. 3. num. 3. & 8. ubi plures citat.* Hujusque ratio sat est manifesta: quia quod in solo meo, etiam ab alio, & ex alienâ 17
materiâ ædificatum, & per me possessum est, solo cedit, atque ita meum fit. *l. adeò. 7. § ex diverso. 12. ff. de acquir. rer dom. & § ex diverso. 30. sup. de rerum. divis.* Idcòque destruendo, nemini injuriam facere videor; cùm tollam, quod meum est, *arg l. si in area. 33. ff. de condict. indeb. Schneidewin. hic num 6.* Rebus siquidem meis uti, vel etiam abuti, mihi licet. *l. sed si lege. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit heredit. Coras. ad l. 1. num. 62. & seq. ff. de servitutib. ubi id fusius declarat.*

Servitus stillicidii perhibetur duplex: affirmativa u- 18
na, videlicet avertendi stillicidii: altera negativa, scilicet stillicidii non avertendi: vel recipiendi stillicidium, & non recipiendi. Dicitur autem averti stillicidium ex prædio dominante, & recipi à serviente: non avertendi verò servitus ex prædio serviente nominatur, *ut docet hic Mynsinger. num. 6. & Schneidewin. num. 7.* Stilli-
cidium (nomen habens à stillâ, quod diminutivum est 19
à stiriâ, id est, guttâ frigore concretâ, *auctore Sexto*

Festo lib. 17. & Servio in illo Virgilii lib. 3. Georgicor.

Stiriaq; impexis induruit horrida barbis.

Quot refert & sequitur ad princip. hujus tit. Ioan. Bercholt.num. 40.) nihil aliud est, quàm aqua illa, è tecto guttatim cadens; ideò sic dictum, quasi stillæ cadium; *tradente Cerasio ad d.l.1.num. 45.ff.de servitut.& Calepino in suo Lexico. in verb. stillicidium, &c.* Ser-
20 vitus stillicidii avertendi est jus, quo vicinus aquam, suprà tectum suum cadentem, in ædes, vel aream, vel cloacam vicini avertere & derivare potest, *per hunc §.vers.item urbanorum.& l.2.ff.de servit.prædior.urban.ibiq; in Paratit.l. Wesenbec. num. 6.* Hanc servitutem qui habet: in ædes suas, ex quibus cadit stillicidium, altiùs potest tollere; non etiam inferiùs demittere *l.servitutes.20.§ stillicidium. 5.ff. de tit.* Diversitatis ratio in promptu est: quia dum ædes tolluntur altius, levior eo facto fit servitus: cùm, quod ex alto cadit, leniùs cadat; & sæpè ad directum locum servientem non perveniat. Sin inferiùs dimittuntur, gravior fit servitus, hoc est, pro stillicidio flumen. Et omninò sciendum est: meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse: nisi aliquid nominatim, in servitute imponendâ, immutatum fuerit. *dict. l.servitutes.20.§.stillicidium. 5. ff de serv.præd. urbanor. Scheffer.volum.1.quæst.31. & vol.2.quæst. 21. eumq; laudant D.Collega Besoldus, in delibat. jur. ex lib. 8*
21 *Pand.num.13.pag. 560.* Cæterùm qui servitutem stillicidii recipiendi debet: huic non licet servienti areæ ibi inædificare, ubi cassitare cœpit stillicidium. *d.l.servitutes.26.§.si servitus.3 ff.eod.* Sic enim impediretur usus servitutis, cui dominus prædii servientis, impedimento esse neutiquam potest. *l.ædificia. 12. & l.si arborem 17.ff.de servitut.præd. urbanor.* Planè ædificio, cui stillicidium avertendi servitus debetur, collapso sive extincto; non propterea servitus ipsa interit aut extinguitur: sed illo eâdem formâ & qualitate restituto, & servitus restituitur. *dict. l. servitutes. 20 §. si sublatum.2.ff.dict.tit.Schneidevvin.hic num.13.Ca-*
22 *poll.in tr.de ser.urb.præd cap.28.num.6.* Neque enim mutatione rei servitutes prædiorum pereunt. *argum. l.si locus.14 ff.quemadm servitutes amittunt.l. & Atilicinus.35.ff.de servit præd rustic l.si testamento.31. & l eum debere. 33.ff.de servit. præd.urb. Donell libr. 11.commentar.de jure civil cap.ult. in fine.* Tametsi diversum obtineat in servitutibus personarum; ut in usufructu, qui diruto sublatòve ædificio, interit *l. repeti.5.§.rei mutatione. 2.ff. quibus mod. usufruct. a-*
23 *mitt.* Ratio differentiæ hujus, inter personales & reales servitutes, potissimùm illa est: Tum quia usufructus est pars dominii, & in omnibus fermè juris partibus, ad instar dominii regulariter: aliæ servitutes non item *l.usufructus.4 ff. de usufruct. l. Mevius. 66.§. fundo.6.& l cùm filius.76.§.dominus. 2 ff de legat. 2.* Ideoque semel amissum dominium solo facto, sine contractu præcedente, nō retransfertur. *l.clavibus.74. ff.de contrah.empt.l.traditionibus.20.C.de pactis. Coras.ad l.1.numer. 52. ff. de servitutib. Cæterùm an & quatenus usufructus sit pars dominii, diversimodè explicant. Fr.Connan.lib.4.Commentar.juris civil.c.3. numer.7.& cap.6,num.2.Robert.lib.3.sentent.jur.c. 18.Iacob Curtius Brugens.tom.1.conjectur.lib.3.caput. 37.Arius Pinel.in l.1.part.3.num.4 & 5.C.de bon.matern.Ioan.del Castillo in tract.de usufr.cap. 32. Alciat. num.7.& Gæddeus num. 10. & seqq. in l.rectè dicimus.25 ff.de verbor.signif.Donell lib.10. Comment. de jur.civ.cap.2. Hunnius libr. 2. var. resolut. jur. civil. tract.2.q.21.& Paulus Berent disput.4.ad Instit.thom. 2 quæst 1.aliiq; quos citavimus infr. ad princip. tituli*
proximi.numer.13. Tum quia usufructus invidiosus 24
est legi, nihil non agenti, ut ipse finiatur; ne diu proprietas sit domino inutilis *l.3.§.ne tamen. 2.ff. de usufruct.§.1.vers, ne tamen infr. tit. proximo.* Aufert quippe secum omnes prædii obventiones. Atqui servitutes rerum commoditatem afferunt habenti, sine magno alterius incommodo, interdum cum utilitate: si forsitan per meū stillicidium cisterna tua impleatur, vel aquâ pluviâ ad alios usus egeas in tuâ areâ, *ut traditum est à Fercatulo in l.1.numer.14.ff. de servitutibus quem etiam refert & probat Arumæus Exercitat.Iustin.5.th.15.* Servitus porrò stillicidii non aver- 25
tendi, est jus, quo vicinus stillicidium suum in ædes, vel aream, seu cloacam vicini avertere prohibetur: cùm fortè jus avertendi, ex consuetudine loci vel contractu aliquo sibi acquisitum, anteà habuerit. *d l.2. ibi, aut non avertendi ff de servit præd. urban. Sed vide Theophilum, Cujac. & Wesenbec. ad hunc §.nostrum. Duarenum ad d.tit.ff.de servit.prædior.urban. Donell. d lib.11. Commentar.de iur.civil.c.5.pag.572. Capol.d. tract.de servit urb.prædior.cap.29. D. Bocerum class 5. Disput.8.th.41.edit.2 & in hoc §.num 6.itemq; Schegkium in delibat.iur Disp.7.thes 18.*

Servitus fluminis etiam duplex est; fluminis scilicet 26
avertendi, & non avertendi; sive recipiendi, & non recipiendi. *iuxta Imperatorem Iustin. hic in verb. vel non recipiat, &c.* Servitus fluminis avertendi est jus, 27
quo vicinus pati cogitur, ut aqua pluvia in canalem, vel alveum vicini plumbeum sive ligneum recepta, suas in ædes, aream, vel cloacam cum impetu feratur. *arg.l.servitutes.20.§.stillicidium. 5 ibi, pro stillicidio flumen.ff.de servit.præd.urbanor.Theophil.Hotom.Wesenbec & Bocer.numer.7. in hoc. §. item Borcholt.ad princip.huius tit.num. 42.* Servitus fluminis non a- 28
vertendi jus est, quo vicinus flumen, id est, aquam collectam, per canales in nostram aream, vel cloacam, contra legem aut consuetudinem loci avertere prohibetur. *Theophilus, Hotomanus & Wesenbec. hosq; citans D.Bocer hic numer.8.& d.class 5. Disput. 8. Thes. 43.* Differt autem servitus fluminis, à servitute stillici-
dii dupliciter. Primò, quòd stillicidium ex alto sive su- 29
periori; flumen ex imo seu inferiori loco per foramen aut canalem constituatur. Secundò, quòd stillicidium minutatim sive guttatim cadat: flumen cum impetu & copiâ emittatur. *d.l servitutes.20.§.stillicidium. & l.foramen.28.ff.de servitut præd.urban.Varro lib. 4.de ling Lat. Giphan.hic in verb. ut. stillicidium, &c.*

Servitus altiùs tollendi itidem duplex censetur: affir- 30
mativa videlicet, altiùs tollendi: & negativa, altiùs non tollendi. *Schneidevvin. hic. numer. 15. Cæpol. in tractat.de servitut.urban.præd.cap.26. & 27. Forster. in-*

nior

31 *nior. lib. 2. Disput. 7. th. 9.* Servitus altiùs tollendi, est
jus, quo vicino, contra usitatum alt tudinis modum,
lege civitatis vel statuto definitum, ædes suas altiùs
tollere licet. §. *æquè. 2 ibi, jus sibi esse altiùs ædes suas*
32 *tollendi. infr de actionibus.* Quanquam enim naturaliter
cuique suo in solo concessum sit, in infinitum ædificare;
etiamsi vicini ædes obscurentur. *l. altiùs. 8.
cum l. seq. C. de servitutib. & aq. l. cum eo. 9. & l. Imperatores. 14. ff. de servitut. præd. urban.* tamen legibus
statutis, vel consuetudine definitam ac consuetam
formam excedere permissum non est. *l. qui luminibus.
11. in princip. ibi, sciet, si formam ac statum antiquorum
ædificiorum custodire debere. ff. de servitut. præd.
urban. l. 1. ubi Gothofred. C. de servitutibus. & l 1. C. de
ædificiis privat. Zasius numer. 18 Ioan. Faber. numer. 8.
Mudeus numer. 11 Donell numer. 12. Heigius num. 16.
Valtejus num. 37. & ego num. 11. in d. § æquè infr. de actionibus.
Ceras libr. 3. Miscellan. jur. civil. cap. 24.
Gail libr. 2. obs. 69. Broncborst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν.
assert. 99 edit. 2 & Hunnius lib. 2. var. resol. jur. civil.
tract. 2. quæst. 8.* ubi non solùm contrà sentientes
(*nempe Cisnerum in interpretatione l si priusquam. 15.
ff. de operis novi nunc. pagin. 56. cum seqq. Antonium
Fabr. libr. 19. conjectur. jur. civil. cap. 15. & Hilligerum
in Donello enucleat. libr. 12. cap. 5. lit. H.*) refert; sed &
eorum rationes diluit. Vide quoque eâ de re subtiliter
disputantem Bachovium *hic numer. 5. & in Not.
ad volum. 1. Treutleri. disput. 17. th. 2. lit. D. pagin. 658.
& seq.* Frantzkium *exercitat. jurid. 5. quæst. 2. pagin.
116. & seq.* D. Besoldum, *in delibat. jur. ex libr. 8. Pandect.
numer. 9 pagin. 554. cum seq. & volum. 4. consil.
161. numer. 1. & seqq fol. 124.* Döringium *in bibliothecâ
Iuris consultorum. tom. 1. verb. ædes numer. 152 fol.
862. & verb. servitus altiùs tollendi num. 5 cum seqq.
fol. 1627. & seqq.* itemque Iustum Sinolt, aliàs Schütz
33 *Exercitat. jur disputat 6. th. 7. pagin 85 & seq* Servitus
altiùs non tollendi, est jus, quo alicui ultra præscriptum
certumque altitudinis modum, ædificium suum
altiùs tollere non licet, vicino invito, *hoc § nostro;
ibi, ne altiùs quis tollat, &c. l. si domus. 21. ff. de servit
prædior. urb Schneidevvin. hic numer. 19. D. Bo-*
34 *cer. d. class. 5. Disput. 8. th. 44. edit. 2.* Vnde in quæstionem
vocatur: utrùm is, qui servitutem altiùs non
tollendi debet, supra eam altitudinem possit arborem
vel viridaria habere? Et quòd possit, rectè asseritur,
*per textum apertum in l. ædificia. 12. ff. de servitutibus
præd. urban. ibique Wesenb in paratit. numer. 3. Capol.
d. tract. de servit. urban. præd. c. 27 num. 2. Adde de prædictis
latiùs tractantem Ioan. Iacobum Speidelium in
Notab. jurid. hist. polit. lit. B. num. 20. verb. Ba. p. 104.
& seq.*
35 Servitus non officiendi luminibus, est jus, quo vicinus
lumen, ex cœlo veniens, vicino adimere, & obscurius
facere prohibetur. *l. inter servitutes. 15. & ll.*
36 *seqq. ff. de servit præd. urb.* Atque hæc servitus plenior
est, & plus continet, quàm servitus altiùs non tollendi:
adeoque has servitutes inter se differre, probabilius
est; *utcunque reclament Donellus lib. 11. Commentar.
de jur. civ. c. 5. Cuiac. lib. 17. observat. c. 35 Broncborst.
cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 5. editio. 2. & Antonius
Matthæus hic in suis not. advers. ne altiùs quis. & c.*
Illam enim *altiùs* non tollendi servitutem qui habet,
hoc tantùm habet, ne vicinus altiùs tollat, atque ita ædificando
luminibus officiat: qui hanc verò, *ne luminibus
officiatur*, servitutem habet; plus habet, ne scilicet
aliis etiam modis quibusvis lumina impediantur,
iisve noceantur. *d. l. inter servitutes. 15. ff. d. tit.* Hinc si
vicinus, qui servitutem non officiendi luminibus mihi
debet, arborem ponat, ut lumini officiat; contra impositam
servitutem eum facere palàm est. Nam & arbor
efficit, quò minùs cœlum videri possit; *quemadmodum
bellè respondit Vlpian. in l. si arborem. 17. in princ.
ff. de servitut. præd urban.* cùm tamen arborem ponere
valeat, qui servitutem altiùs non tollendi debet. *d. l. ædificia
12. ff de servitutib. præd. urbanor.* Ac sanè servitutem,
ne luminibus officiatur, reverâ diversa & di-
stinctam esse à servitute *altiùs non tollendi*, facilè ex di- 37
stinctis servitutum nominibus colligitur. Distincta
quippe nomina, distinctas etiam res præsupponunt. *l.
si idem codicilli. 7. C. de codicillis.* Præterea quæcunque 38
servitutes usu & fine differunt, illæ reverà species diversæ
atque distinctæ censentur: quoniam omnes servitutes
fine, usu & effectu discernuntur, *ut patet ex
principio, & toto hoc tit.* Atqui servitus altiùs non tollendi,
& luminibus non officiendi, fine & usu differunt
Finis siquidem & effectus servitutis altiùs non
tollendi hic est: ne luminibus officiatur altiùs tollendo
d. l. ædificia. 12. ff. de servitutib. præd. urbanor. Finis au- 39
tem & effectus servituris, ne luminibus officiatur, is
est: ne luminibus non solùm altiùs tollendo, sed etiam
quacunque alia ratione officiatur: atque adeò plus (*ut
suprà dictum num. 36.*) in se continet servitus, *ne luminibus
officiatur*, quàm servitus, *ne altiùs tollatur.* Idque
luculenter constat ex *l. luminum 4 ff. de servitutib
prædior. urbanor.* quam dissentientes pro se adducunt
Ibi etenim Paulus disertè ait: quòd in servitute, *ne* 40
luminibus officiatur hoc maximè adepti videamur, ne
jus sit vicino, invitis nobis altiùs ædificare: scilicet quia
hic principalis & præcipuus est modus quo luminibus
vicini officere possumus: isque maximè huic servituti
inest, sed non solus: cùm & deprimendo quis officere
luminibus possit: si fortè per refractionem, seu
repercussionem, vel pressurâ quâdam lumen in eas ædes
devolvatur. *d. l. si arborem. 17 §. interdum. 2 ff. eod.*
Ergo adhuc plures sunt modi: & sic hæc non officiendi
luminibus servitus apertè ab illâ altiùs non tollendi
servitute differt. Atque hanc etiam fuisse mentem
Iustiniani Imperatoris, & Caji Icti, relucet *ex hoc §.
nostro, & l. hac autem 6. ff. de servitut. præd. urban.*
ubi utraque species, tanquam separata proponitur.
Denique eò confert, quòd actus agentium non debe- 41
at operari ultra intentionem eorum. *l. non omnis. 19. in
princ. ibique Bartol. & reliqui Dd. ff. de rebus credit.
si certi pet.* Atqui operaretur actus ultra intentionem
agentium, si servitus altiùs non tollendi eadem esset
cum servitute, ne luminibus officiatur: utpote quæ a- 42
lia quoque impedimenta complectitur. Idque difficilius
in hac materiâ concedendum fuerit, quod servitus
cùm contra naturalē earundē libertatē inducta, *arg.
l. altiùs. 8. C. de servitutib. & aq.* nō minùs est odiosa,
quàm

quàm perſonarum; ut tradunt Antonius Fab. *lib.19.*
conjectur. jur. civ. c. 15. Hotoman. *lib. 2. reſponſ. ami-*
cab 4 Hillıger. in Donell. enucleat. lib 11. cap. 5 lit. A.
Schröter. decad. 4. diatrib. domeſt. quæſt. 5. Paul. Berent.
Diſp. 4. ad Inſtitut. them. 1. quæſt. 5. Hunnius. d. libr. 2.
var. reſol. jur. civ. tractat. 2. quæſt. 4. Giphanius ad l. 2.
C. de ſervit. & aq. Riemer. decad. 4. quæſt illuſtr. 10. D.
43 *Beſold. in delibat. iur. ex libr. 8. Pand. num. 10. pag. 556.*
D. Becer. d. claſſ. 5. Diſp. 8. th. 48 & hic numer. 12. cum
ſeq Arumæus. Exercit. Iuſtin 5. th. 9. Forſter. iunior. d.
lib. 2. Diſp. 7. th. 10. Matthias Stephani cent. 2 quæſt. 25.
lit. a. Andreas Gerhardi Decad. 5 q. 2. Hænonius Diſp.
5 controv 5. Cöppen. lib. 1. obſ. 78. num. 12. Doringius in
Bibliotheca Iuriſconſultorum d. tom. 1. Verb. ſervitus al-
tius tollendi. num. 16. fol. 1628. aliique ab iſtis cita-
ti.

Huic traditioni nihil decerpit, quòd objicitur, inuti-
lem fore ſervitutem altiùs non tollendi, ſi ab eâ diſcer-
namus ſervitutem luminibus non officiendi: cùm hæc
ſervitus non ad aliam rem uſui eſſe poſſit, quàm ne lu-
minibus noſtris officiatur, *arg. huius §. noſtri. in fine.*
Conſequentia namque negatur. Quia ſervitute altiùs
non tollendi id ſolummodo contineri intelligitur, ne
luminibus officiatur altiùs tollendo. *d. l. ædificia. 12. ff.*
de ſervit præd. urban. Servitus autem non officiendi
luminibus, ad hoc proficit, ne luminibus quacunque
ratione offici poſſit. *d. l. inter ſervitutes. 15. & d. l. ſi ar-*
borem. 17 ff. eod. Licèt igitur ſervitus, altiùs non tollen-
di, non idem valeat, quod ſervitus luminibus non of-
ficiendi: hac tamen non conſtitutâ, utilis certè erit ſer-
vitus altiùs non tollendi ad hoc, ne luminibus altiùs
44 tollendo officiatur, *ut ſuprà expoſitum.* Neque verò ex
eo, quòd ſervitus ne luminibus officiatur, in ſe vi ipsâ
continet ſervitutem altiùs non tollendi, ſequitur: illam
ab hac non eſſe ſervitutem ſpecie diſtinctam. Siqui-
dem & actus iter in ſe continet, & nihilominus tamen
ſervitus eſt ab itinere diſtincta & diverſa, *ut explicatum*
45 *ſuprà ad principium huius tit. num. 48.* Sic & via in ſe
tum iter, tum actum complectitur: & tamen ab utro-
que ſpecie differt, auctore Juſtiniano *ind princ. in fine,*
ſupr. hoc tit. ibique nos latiùs. num 60. & ſeq Sic quo-
que inter ſervitutem *luminum*, & *ne luminibus offi-*
ciatur, tanta eſt differentia, ut eædem eſſe non poſſint,
per textum dilucidiſſimum in l. luminum. 4. ff. de ſervi-
tutib. prædior. urbanor. ubi hæc traditur, quod ſervitus
luminum contineat in ſe, ut quiſpiam aliquid patiatur,
hoc eſt, ut lumina noſtra vicinus excipiat: at *ne lumini-*
bus officiatur, ne quid faciat, hoc eſt, ne lumina noſtra
ædificando, vel alio quolibet modo minuat. In hiſce
enim ſervitutes conſiſtunt & differunt. *l. quotiens 15. in*
fine. ff. de ſervitutib. Atque ita (*contra Donellum d.*
lib 11. c. 5. Andream Gerhardi. d. Decad 5. q. 2. & Bron-
chorſt. cent. 2. ἐναντιοφανῶν aſſert. 5.) ſtatuunt *Hotoma-*
nus d. lib. 2 reſponſ. amicab 4. Cuiac. lib. 1. obſervat. c.
4. Robertus. lib 4. ſentent. iur. c. 7. Duaren. lib. 1. Diſpu-
tat. anniverſ. c. 33. Coraſius ad l. 1. num. 21. & ſeq. ff. de
ſervitutib. Ant. Faber. d. lib. 19. conjectur. iuris civil.
c. 15. eoſque laudans Hunnius. d lib. 2. var. reſol. iur. ci-
vil. 1. tract. 2 quæſt. 6. ubi ad contraria argumenta ſuf-
46 *ficienter reſpondet.* Quibus adjiciendus eſt D. Beſoldus
in dictis delibat. jur. ex libr. 8. Pand. num. 11. pag. 557.
& Timæus Faber *diſput. 15. ad Inſtitut. Imperial. th. 6.*
& 7. Quamvis porro ambigua ſit ſcriptura, *ne lumini-*
bus officiatur, quæ & de his luminibus, quæ nunc ſunt,
& de iis, quæ poſtea futura ſunt, intelligi poteſt; tamen
humanius eſſe viſum eſt: verbo generali omne lumen
ſignificari, ſive quod in præſenti, ſive quod poſt tem-
pus conventionis contigerit, *ut docet Pomponius in l.* 46
ſi ſervitus impoſita. 23 ff. de ſervit. præd. urb. Capol. d.
tract. de ſervit. urb. præd. cap 36. num. 9. Schneidevvin.
hic num. 23. & Borcholt. ad initium hujus tit. num. ult.
Quare ſi ſervitutem illam, *ne luminibus meis officiatur*,
ædibus tuis impoſueris, & poſtea ego ædificium altiùs
extulero: lumina novi mei ædificii obſcurare non po-
teris. *d. l. ſi ſervitus 23. ff. de ſervit. præd. urb.*

Non obſtat huic pronunciato *l. non modus. 12. C. de* 47
ſervitutibus. & aq. ubi conſtituta ſervitute aquædu-
ctûs ad prædium meum, ſi poſtea alia prædia vicina
quæſierim, non poſſum ad ea aquam ducere te invito:
quia (*inquiunt illic Imperatores*) non modus prædio-
rum, ſed ſervitus terminum facit: hoc eſt, non conſide-
ratur amplitudo & magnitudo prædii, cui debetur ſer-
vitus; ſed formalis ſervitutis conſtitutio, ad quam ſcili-
cet fundi partem illa facta ſit; quæ terminum facit ſer-
vitutis. Ideoque falſum videtur: ſi ſervitus, *ne lumini-*
bus officiatur, impoſita ſit ſimpliciter; quòd de futuris
etiam luminibus cautum intelligatur. Non, *inquam*,
Lex iſta obſtat. Nam primò, *iuxta Caſtrenſem ibidem*,
reſpondetur: aliud obſervandum eſſe in ſervitute, *ne*
luminibus officiatur, in quâ poteſt prævideri, feneſtras
alias extrui poſſe, quàm *in aquaductu*; quem qui de-
bet, prævidere nequit, dominum fundi dominantis
empturum prædia vicinorum: unde meritò de illis
conſtituens ſenſiſſe non creditur. Deinde, *ſecundùm*
Coraſium ad l 1. num. 33 ff. de ſervitutibus dicendum:
non eſſe diverſum in ſervitute *aquaductûs*, quàm in
ſervitute *non officiendi luminibus*, conſtitutum. Ut e-
nim impoſitâ aquæ ducendæ ſervitute, ad certum fun-
dum, acquiſitis poſtea prædiis eâ ſervitus non debetur:
ita ſervitus non officiendi luminibus, certis ædibus ac-
quiſita, ædibus novè quæſitis non debetur. Nec *in d. l. ſi*
ſervitus. 23 ff. de ſervitus. præd. urban. contrarium ha- 48
betur; ſed illud tantummodò traditur: quòd, ſi in æ-
dificio, cui vicinus ſervitutem *non officiendi luminibus*
debet, feneſtræ aliquæ de novo factæ ſint; futuris quo-
que luminibus cautum videatur. Idem autem in ſer-
vitute *aquaductûs* ſtatutum probabile eſt. Nam ſi
eam meo fundo debeas, & fundus ſucceſſu temporis
poſt conſtitutam ſervitutem, pinguior, & melior factus
ſit, ita ut majore aquâ indigeat: huic quoque futuro e-
ventui proſpectum exiſtimatur: proindeque aqua ad
totum fundum dominantem neceſſaria duci poterit.
Non enim modus prædiorum, ſed ſervitus terminum
facit. *d. l. non modus 12. C. de ſervitutib. & aquâ.*

Similiter non obſtat, quòd obligatio reſpectu certæ 49
rei contracta, re illâ creſcente, non augeatur. *l. Rutilia*
Polla. 69 ff. de contrah. empt. l. ſi mandavero tibi. 22. §.
is. cuius. 5 ff. mandat. l. certa forma. 4. C. de iure fiſci.
& conſequenter in ſervitute, *ne luminibus officiatur*,
non veniant lumina futura. Obligatio namque reſpe-
ctu

ctu certæ rei contracta, non augetur re illâ crescente, si
crementum sive augmentum illud extrinsecum esset,
hoc est, extra rem contingens. At si ex re ipsa, augmen-
tum eveniat, recrescit sine dubio obligatio, quando non
ad rò accessisse rei quicquam dicatur. *l. vicinus. 24 §.
ult ff. de aqua, & aqua pluv. arcend. Bronchorst. cent.
2 ἐναντιοφανῶν assert. 1. circa finem edit.* 2. Sicuti vi-
dere est in alimentis infanti, in cunabulis adhuc ex-
50 istenti, relictis. Eo quippe tempore succo solo materno,
id est, lacte nutriebatur: at pro ætatis incremento, ali-
menta quoque crescunt. *l cùm unus. 10. § fin. ff de ali-
ment. vel cibar. legat.* Etenim incrementa, intra rem
contingentia, non faciunt rem censeri diversam: quip
pe cujus rei species eadem consistit, eadem quoque res
esse existimatur *l proponebatur. 76 ff. de jud.* Vnde non
alius est homo, cùm adolevit, quàm cùm infans erat,
arg. l inficiando. 67 §. infans ff de furtis. pulchre Cora-
sius ad d l 1 num. 34. & seq. ff. de servitutib.

51 Atque huc etiam referri potest servitus *prospectus*,
vel *ne prospectui officiatur*: quæ est jus, quo alteri pro-
spectum minùs gratum sive liberum reddere, non est
licitum. *l. ædificia 12. l. inter servitutes. 15. & l seq ff. de
servit. præd urban.* Sed hanc servitutem qui habet,
plus habet, quàm qui superiorem. Prospectus enim e-
tiam ex inferioribus locis est: lumen tantum de cœlo
capitur, & ex inferiori loco esse non potest. *l lumen. 16.
ff eod. Robert. d lib. 4. sentent. jur. cap. 7. Duaren. d. lib. 1.
Disput. anniversf. c. 33. Donell d. lib. 11. Commentar. de*
52 *jur. civ. c. 5. pag. 570.* Qui non absurdè statuunt: servi-
tutem *prospectus*, & servitutem *ne prospectui officiatur*,
specie esse eandem, adeoque utramque ab invicem mi-
nimè differre, *arg. d. l. ædificia 12. & d. l. inter. 15. ff d.
tit.* Etenim utriusque servitutis idem est effectus, ea-
dem vis, idemque finis: cùm utrâque hoc agatur, ne
quid vicinus faciat, quò minus liceat nobis ex iis locis,
unde nobis prospectus est, quàm longissimè & liberri-
mè aspicere quaquaversum & superiora & inferiora. Id
namque prospicere significat: sic dictum, quasi procul
& longè aspicere omnia, quæ aspectui subjici possunt.
Donell dicto loco. Tametsi in contrariam sententiam,
sed sine sat firmâ ratione, concedant *Capolla in tract. de
servitutib c 34. num 3. Corasius. in d. l. 1. nu. 37. & seq.
ff. de servitutib. eosque allegans Hunnius. d lib 2. var.
resolut. jur. civ. tract 2. quæst. 5. item Treutler. vol 1.
disp. 17. th. 3. lit. C. ubi videatur Bachovius in suis not.
pag. 663.*

53 Controversia admodum, & hactenus nondum satis
expedita hic incidit quæstio: utrùm aliquis in proprio
pariete fenestram, ex quâ in alienum prospiciat, sine
jure servitutis, sicque jure suo, vicinis invitis & refra-
gantibus, fabricare possit? Duæ circa hanc quæstio-
nem Interpretum sunt opiniones. Quarum prima
est illud absolutè & simpliciter negantum, *Duareni,
d. lib. 1. disput. capit. 33. Cujacii lib 1. obs. cap. 31. Forste-
ri lib. 2. Disp. 7. th. 7. Hænonii Disput. 5 ad Institut. sub
controvers. 6. Hackelmanni Disput. illustr. 7. thes 18.
Riemeri decad. 4 quæstion. illustr. 8 Stuckii part. 1. Ex-
ercitat. Iustinian. Decad 4. assert 4. ad lit. f pag 213. &
aliorum.* Altera est illud absolutè & simpliciter affirma-
tium, *Donelli. d. lib. 11. Commentar. de jure civ. c. 5. pag.
568. cum seq. & Hilligeri ibidem in suis not. ad lit. D.
Connani lib. 4. Comment. iur. c. 10 Cæpoll. in tract. de
servit. præd. urb. c. 62. Boceri. class. 5 Disputat. 8. th. 50. e-
dit. 2. & hic. numer 16. & seqq. Hunnii. d. libr 2 var. re-
solut. iur. civ. tract. 2. quæst 7. Pauli Berons. disp. 4. ad
Instit them. 1. quæst. 9 Bachovii in not. ad Treutler.
vol. 1. disp. 17. th. 3 lit. A. pag. 661. Bronchorst. cent. 2.
ἐναντ. assert. 5. edit. 2 Stephani cent. 2 quæst. 25. lit. c. Ti-
mai Fabri disp. 15. th. 7. & Gerhardi Decad. 5. quæst. 1.*
Cæterùm tertia & media inter hasce duas constitui po-
terit sententia, qua duplici distinctionis fœdere lis illa,
inter prædictos Doctores oborta, dirimatur: nimirū ut
primò distinguatur inter fenestras fabricandas: deinde
inter parietem, in quo fabricandæ sunt Illæ duplicis sunt 54
generis. Aliæ enim fenestræ sunt prospectivæ, id
est, quibus aërem haurimus, inde prospicimus, & amœ-
nitatis ergò utimur; aliæ sunt luciferæ, hoc est, quibus
tantùm solem excipimus. *Paries*, cui fenestræ sunt
immittendæ, aut est ædibus vicini nimiùm propin-
quus: aut ab iisdem legitimâ distantiâ remotus. In 55
illo nullæ harum fenestrarum, nisi antea ibi fuerint, sine
servitutis jure fabricari possunt: in hoc possunt; hac
tamen cursus adhibita distinctione: Paries ille remo-
tus aut jam primum ædificatur, & sic novus est: aut
dudum antè ædificatus est, & sic vetus est. In illo
tam prospectivas, quàm luciferas quis facere potest
fenestras, si à vicinarum ædium pariete duodecim pe-
dum spatio distet: in hoc verò ut quis prædictas fene-
stras habere possit, decem pedum distantia sufficit. Lu-
ciferas autem fenestras utrique huic parieti, quis im-
mittere potest, si modò sex pedum intervallo à vicinis
ædibus sit remotus. Quæ sententia licèt alicui nova
videri queat: attamen cum expressa constitutione, quæ
ita distinguit, suffulta sit: meritò aliis omnibus præpo-
nenda, & in judicando sequenda est. Constitutio por-
rò illa habetur in *l. ex quo pacto. 12. § 1. 2. 3. & 4. junctâ l.
seq. C. de ædificiis privatis.* Vide eadem de quæstio-
ne latiùs disserentem Georgium Frantzkium, *exerci-
tat jurid 5. quæst 3. pag 118. & seq.* Erasmum Vngepaur
exercit Instit. 6. quæst 7. pag 269 & seq. ed. ult. D. D.
Besoldum *in delibat. iur ex lib 8. Pandect num. 12. pag.
558. & seq.* itemque Locamerum *quæstionum iurid. fa-
scic. 21 q. 4.*

§. Inter rusticorum. 2.

Inter rusticorum prædiorum servitutes
quidam computari rectè putant aquæhau-
stum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascen-
di, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

SVMMARIA.

1. *Species quædam servitutis rusticæ*
2. *Servitutes prædiorum perpetuam causam habere debent, aptitudine scilicet & potentia*
3. *Quod naturaliter fit, perpetuò fieri intelligitur*
4. *Consideratur l. servitutes. 14. in princ. & l. 4. §. fin. cum l. seq. §. 1. ff de servitutibus*

5. *Declaratur l. servitus 9. ff. de servit. præd. rusticor. & l. 1. §. 8. & 41. ff. de aq. quotid. & æstiv.*
6. *Expenditur l. 2. ff. communia prædior.*
7. *Exponitur l. 2. sicut 8. §. Aristo 5. ff si servit. vindicet & numero 35*
8. *An ob omnes omnino servitutes novum opus nunciari possit.*
9. *Genere expresso, singulæ species censentur expressa.*
10. *Triplex causa operis novi nunciationis.*
11. *Enodatur l. qui viam. 14. ff. de oper. nov: nunciat.*
12. *Nunquid interdicta unde vi, & uti possidetis ad servitutes prædiorum pertineant*
13. *Quibus isthæc interdicta competant*
14. *Res incorporales non possidentur*
15. *Mens d. l. sicut. 8. §. 5. in fine ff. si servit. vindic.*
16. *Sensus l. ult. ff. de servitutibus*
17. *Intellectus l: si duo 3. §. item videamus. cum ff. §: seq. uti possidetis*
18. *An is, qui servitutem projiciendi habet in fundum vicini, res fœtidas projicere valeat.*

1 HOc loco Iustinianus Imperator ad servitutem rusticam revertitur, ejusque quinq; alias species recenset; videlicet aquæhaustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, & arenæ fodiendæ. Verum cùm hæ servitutes suprà *ad principium hujus tituli num. 81. & seqq.* ubertim sint explicatæ: earum ulteriori tractatu prætermisso, hic forsan non inutiliter monebimus: quòd omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debeant, si non
2 actu, at certè potentia, *auctore Paulo in l. foramen 28. ff. de servitutib. præd. urbanor.* ubi docet, quòd non possit talis servitus constitui, ut foramen in imo pariete conclavis mei habere mihi liceat, per quod possit proluvies pavimenti mei in ædes vicini immitti: ex hac ratione; quia non sit ejus aquæ constans & naturalis causa, sed operam & manum hominis desideret. Aqua enim, quæ proluendi pavimenti causa adhibetur, non est perpetua: quia manu injicitur. Talis porrò debet esse res, in quâ servitus constituitur, ut quis perpetuò uti eâ valeat, aptitudine scilicet sive potentiâ. Hinc stillicidii vel fluminis immittendi servitus est perpetua: quoniam aqua pluvia, quæ ex cœlo cadit, perpetuam causam habet. Quod etenim natura-
3 liter fit, licèt non fiat continuò & assiduè, perpetuò tamen fieri intelligitur. Hæc quippe res ita ex naturâ pendet: ut semper pluere possit, utque non pluere non possit. Inde quoque illud est, ut ex lacu, stagno & cisternâ aquæductus conetdi nequeat: quòd non habeant vivam, perennem & naturalem aquam, sed collectitiam tantùm; quæ hyeme plerunque ex imbribus cogitur, & æstate siccatur. *d. l. foramen. 28. in fin ff. de servit præd. urb. l. 1. §. hoc interdictum. 4. ff. de fonte. l. 1.*
4 *§ 2. ff. de fluminibus.* Neque verò Paulus sibi ipsi est contrarius, dum alibi dicit, servitutes quasdam prædiorum rusticorum non habere certam, continuamque possessionem. *l. servitutes. 14. in princip. ff de servitut.* Nam multùm interest inter possessionem servitutum, & causam. Illa enim usum earum notat; hæc id, cujus causa aquisitæ sunt: illa intermitti potest; hæc non item. Eademque est ratio *l. servitutes. 4 § fin. & l. seq. §. 1. ff. eodem tit.* ubi habetur, temporum intervallo servitutes secerni distinguique posse. *Hoc* siquidem non ad causam servitutis pertinet, quasi eà à tempore certo incipiat, & cum tempore finiatur; quòd fieri nequit: sed ad temperamentum, formam & modum utendi refertur, qui non est alius, nisi quem natura servitutis, aut expressa conventio præscribit. *Quâ de re videatur Cerasius ad d. l. 4. § modum. & §. intervalla. & l. seq ff. de servitutib.*

Neque etiam hanc sententiam destruit *l. servitus. 9. ff. de servitut prædior. rustic. l. 1. § caput. 8 & §. permittitur. 41. ff. de aq. quotid & æstiv.* ex quibus apparet, 5 servitutem aquæductûs ex lacu, & quotunque loco constitui posse; adeòque servitutes rerum perpetuam causam non habere. *Etenim* breviter ita distingui debet: aut lacus habet aquam vivam, perennem & perpetuam: aut non habet. Illô casu aquæductûs ex lacu concedi potest, *l. unic. §. lacus. ff. ut in flum. public. navigare liceat. & juribus modò allegatis.* hoc casu non potest. *d. l. foramen. 28. in fin ff. de servit. præd. urban. cum concordantibus.*

Nihil item adversatur assertioni nostræ *l. 2. ff. communia prædior.* ubi concedi potest servitus, ut aqua vel 6 per totam ex flumine hauriatur, vel ex castello ducatur: quæ aqua perennis non est. Siquidem castellum est aquæ receptaculum, in quod non naturaliter, sed manu & adhibitis organis aqua influit. Nihil, *inquam*, hoc adversatur. Etsi enim propriè & ipso jure aquæductus ex castello non rectè conceditur: ex æquitate tamen & tuitione prætoris servitus isthæc sustinetur. *d. l. 2. in fin. ibiq; Gothofred. ff. eod & arg. l. 1. in fine. ff. de servitutib. prædior. rusticor.* Et meritò sanè. Quandoquidem hic haud ipsum castellum, quod nullam aquam, nedum perpetuam, gignit; sed aquam ipsam, quæ inde ducitur, quæque perpetua est, spectare oportet.

Rursus pronunciatum nostrum non turbat *l. sicut. 8. §. Arist. 5 ff. si servitus vindicetur.* ex quâ patescit, fu- 7 mi quoque immittendi servitutem constitui posse. quamvis manu & facto hominis ad hoc opus esse constet. Vt enim aqua injicitur manu in pavimentum: sic infertur ignis in caminum aut fornacem; unde & fumus. Non, *inquam*, id turbat pronunciatum nostrum. Quia & hic perpetuam subesse servitutis causam dicendum est. Hic quippe non tam ignis inspicitur, quàm ædificium, aut ædificii pars, quæ ad ignem hunc habendum destinata & parata est. Hanc autem ædificii partem esse perpetuam, & ad ignem istum accipiendum paratam perpetuò, indubitatum est. Sed eâ de re dissertant prolixiùs *Donellus libr. 11. Commentar. de jure civ. cap. 3. ibiq; Hilliger. in suis notat. Cujacius lib. 11. observat. c. 3. Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civil. tractat. 2. q. 10. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. 97. edit. 2. & D. Collega Besold. in delibat. jur. ex lib. 8. Pand num. 2. pag. 542.*

Hic valde perplexa, varièque agitata quæstio nobis 8 obviam venit: an ob omnes servitutes, tam urbanas, quàm rusticas, novum opus nunciari possit? Et licèt interpretes communiter inter servitutes urbanas (ut nimirum ob illas nunciari possit, ob has non item) alii verò aliter distinguant & sentiant: *Duarenus lib. 2. Disputat. anniversar. cap. 17. & ad l. inter servitutes. 15. ff. de.*

ff. de servitutib. prædior. urban. Donell. lib. 15. Commen-
tar. de jure civ. cap. 45. ibiq; Hillegerus in suis not. ad
lit. H. Faber. libr. 19. conject. cap. 5. Zasius lib. 1. singul.
resp. cap. 9. Pacius cent. 3. ἐναντιοφανῶν. q. 58. Hotoman.
lib. 2. resp. amicab. cap. 17. Alciat. lib 3. parerg. cap. 24.
Cujac. libr. 1. obs. cap. 17. Ravard. lib. 2. var. lect. cap. 2.
Vandus libr. 1. quæstion. 53. nobis tamen meritò eorum
arridet doctrina, qui indifferentes tam ob rusticas,
quàm urbanas servitutes nunciationem largiuntur.
9 Tum quia Vlpianus generaliter scripsit; eum, qui
servitutem habet, opus novum nunciare posse. *l. u-*
nic. §. jus habet. 3. ff. de remissionibus. Atqui genere
expresso, singulæ species censentur expressæ. *l. si cho-*
rus. 79. in princ. ff. de legat. 3. Tum quia Pomponius
ait; si de jure prædii controversia sit, omnes eos, in-
ter quos arbiter sumptus est, & agere, & opus novum
nunciare pro suâ quemque parte posse *l. in ju-*
dicio. 47 ff. famil. ercisc. Iura autem prædiorum, ser-
vitutes esse, sive de rusticis, sive de urbanis loquamur,
ambigendum non est. *l quid aliud. 86. ff. de verb. si-*
10 *gnif. l. 1. ff. de servitutib. præd. rusticor.* Tum etiam
quia triplicem esse causam operis novi nunciationis,
dicit Iuriconsultus *in l. de pupillo. 5. §. & bellè. 9. ff. de o-*
peris novi nunciat. aut naturalem, aut publicam, aut
impositiciam: impositiciam; cùm quis, posteaquam
jus suum deminuit, alterius auxit (quæ verba omnibus
servitutibus competere, notandum est) contra servi-
tutem fecit. Et *in §. meminisse. 10. sequent. vers. aut si*
in suo, &c. inquit Iureconsultus: si in suo dominus
quid faciat, quod nobis noceat; operis novi denunci-
ationem esse necessariam. Nam in eo agro, qui itineri
servit, dominus nihil facere potest, quo servitus im-
pediatur, *l. certo. 13. §. 1. ff. de servit. præd. rustic.* & per-
inde inibi ædificare prohibetur, ac in areâ meâ. *l. si eo*
loco. 9. in fine principii. ff. si servit. vindicet. Qui sic
ædificat, ut servituti noceat, ei novum opus nunciari
potest. *d. l. inter servitutes. 15 ff. de servit. præd. urban.*
Et is potest nunciare, qui vindicare servitutem potest.
l. creditori. 9. ff. de oper. nov. nunciat. Ex quibus omni-
bus evincitur: nunciationi indistinctè locum esse, tàm
in rusticis, quàm urbanis servitutibus. Atque hanc
assertionem amplectuntur Corasius *libr. 5. Miscell. jur.*
civil. c. ult. Forcatulus in l. ei, qui pignori. 16. num. 4 ff.
de servitutibus Broncherst cent. 1 ἐναντιοφανῶν. assert.
94. edit. 2. D. Besold. in delibat. jur ex libr. 8. Pand nu.
5. pag 546. & sequent. Andr. Gerhard. Decad 3. q. 5. Ti-
leman p. 2. Disput. 11. th. 7. Gœdd. p. 3. Disput 1. thes. 3.
lit. f. Treutler. volum. 1. Disput. 17. th. 11. lit. b. ibiq; in
suis resolut. Hunnius pag 1209. & idem Treutler. vo-
lum. 2. Disp. 18. th. 2. lit. c. itemq; Hackelman. Disput. 7.
thes. 21. sibi contrarius Disp. 21. th. 15. lit e.
11 Cui non refragatur *l. qui viam. 14. ff. de operis novi*
nunciat. ubi dicitur; eum, qui viam habet, opus no-
vum nunciando nihil agere. *Quando* enim in suo
prædio quis ædificat: non aliter novum ei opus nunci-
ari potest, nisi opus nuncianti obesse appareat. *d. l. de*
pupillo. 5 § meminisse. 10. vers. aut si in suo. ff. dict. tit.
Ideòque servitutis nomine novum opus tum nunciari
poterit, cùm probatum fuerit & constiterit, opus
nuncianti impedimento esse, quò minus servitute si-
bi debitâ utatur. Quod fiet, si actione confessoriâ
institutâ, priùs doceat, servitutem sibi deberi eo in lo-
co, in quo vicinus ædificare desiderat. Eo igitur pro-
bato, quòd per ædificationem servituti noceatur: tunc
opus novum nunciare licebit. Id autem probabitur
intentatâ primùm actione confessoriâ, quâ demon-
strabit, servitutem viæ per eam agri partem sibi com-
petere, in quâ ædificium adversarius molitur. Cæte-
rùm ante probationem servitutis, nunciari novum o-
pus nequit: & si quis nunciet, nihil agit: hoc est, no-
vum opus non inhibet: sed actione confessoriâ priùs in-
stitutâ, servitutem vindicare non prohibetur: eaq; pro-
batâ, novum opus licitè nunciabit. *d. l si eo loco. 9. in*
princip ff si servit. vindic. Charond. lib. 1. verisim. c. 2.
& Bronch. d. cent. 1. assert 94. Eaque de quæstione con-
sulatur etiam Bachovius *in Notis ad Treutler. d. loco, p.*
179.
Occurrit & illa non inelegans quæstio: utrùm inter- 12
dicta *unde vi, & uti possidetis*, ad servitutes prædio-
rum pertineant? Equidem Accursius, Oldradus Barto-
lus *num 2. aliiq; communiter in l. unic. C uti possidetis.*
opinantur: isthæc interdicta, utilia saltem, competere
etiam iis, qui de possessione servitutum prædialium
dejiciuntur, vel turbantur. Verùm juri magis videtur
consonum neque interdictum *unde vi* dari dejecto de
servitutibus prædialibus: neque interdictum *uti possi-*
detis competere ei, qui in possessione servitutis turba-
tur. Hæc siquidem interdicta iis solummodo compe- 13
tunt, qui de possessione rerum corporalium & immo-
bilium dejiciuntur, seu in ea turbantur. *l 1. §. hoc inter-*
dictum. 3. & §§. seqq. ff. de vi, & de vi armata. l 1 §. 1. &
§. hoc interdictum. 8. ff. uti possidet. Sed & cùm servitu- 14
tes, uti res incorporales, non possideantur: pro iis etiam
hæc interdicta competere nequeunt. *l. si ædes. 32. in fin.*
ff. de servitutib. præd. urb. l. servus. 43. §. 1 ff. de acquir.
rerum domin.
Huic sententiæ non resistit *d. l. sicut 8. §. Aristo. 5. in* 15
fine. ff si servitus vindicet. ubi expressum est, si quis in
alieno aliquid faciat jure servitutis, concedi domino
in eam rem interdictum *uti possidetis*. Quoniam inter-
dictum ibi non pro servitute vindicandâ datur, sed con-
tra servitutem; ad retinendam fundi, aut ædium no-
strarum liberam possessionem; adversus eum, qui facto
suo possessionis nobis facit controversiam; *ut docet*
Broncherst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 2 edit. 2.
Non etiam obloquitur *l. ultim. ff. de servitutibus* ex 16
quâ patet, interdicta possessoria pro servitutibus præ-
dialibus constituta esse. *Nam* specialia quædam in-
terdicta servitutum causa nominatim introducta sunt:
veluti, de itinere actuque privato: de aquâ quotidianâ
& æstivâ: de rivis: de fonte; & de cloacis. *dict. l. ultim.*
ff. quemadm. servit amitt. l. 1. §. ultim ff. de superficieb.
Interdicta autem *unde vi, & uti possidetis* ad servitutes
prædiorum non pertinent. *Cujac. ad l. sequitur. 4. §. si*
viam. 27. ff. de usurpat. & usucap. Donel. ad d. l. unic. n.
14. C. uti possidet.
Nihil insuper obest *l. si duo. 3. § item videamus.* 17
5. cum §. sequent. ff. uti possidetis. ubi domino ædi-
um, qui habet jus sive servitutem projiciendi (ex
suis ædibus supra solum vicini, tribuitur inter-

dictum *uti possidetis* : ut ei projectionis possessionem retinere liceat Etenim exemplum interdicti de superficie trahitur illic ad projectionem : sicut ad similitudinem superficiarii, idem interdictum emphyteutæ & vasallo accommodatur. Hoc itaque interdicto is, qui suprà solum alterius jus projiciendi habet, eam projectionem retinere potest, docente Cujacio *lib. 17. observation. cap. 2.* Et de istâ quæstione videatur Hackelmannus *Disput. 7. th. 13 ubi plures Interpretes, diversimodè sentientes, commemorat. Eandem quæstionem* attigimus *in § retinendæ. 4. num. 25. & seqq. infr. de interdictis.*

18 Hujus occasione & illud non inconvenienter quæritur: si quis servitutem projiciendi habet in fundum vicini; an stercus, vel urinam, alias ve res fœtidas atque immundas, & gravi odore noxias projicere queat? Et in negativam sententiam (nisi & hoc sit in servitutis constitutione expressum) procliviores sumus, *arg. l. ult. § si stercus 3 ff quod vi, aut clam* ubi similis in casu interdictum, *quod vi aut clam*, competere dicitur. Item argumento *l. prætor ait 2. § idem ait. 29. ff. ne quid in loco publ. vel it in fiat.* ubi habetur; interdicto, *ne quid in loco publico fiat*, uti licere, si odore solo locus pestilentiosus fiat. Tum etiam argumento *l 1. § 2. ff. de cloacis.* ubi respondetur, interdictum *de cloacis* competere adversus eum, qui cloacas nolit purgare & reficere: quia utrumque & ad salubritatem civitatum, & ad tutelam pertineat: cùm & cœlum pestilens, & ruinam immunditiæ cloacarum minentur. Ita tenet Cœpolla, *in tract. de servit. urb. præd. cap. 31. num. 5.* quem refert, & sequitur Hœnonius, *Disp. 5 controvers. 7.* itemque D. Collega Besoldus. *in delibat. jur. ex lib. 8. Pandect. num. 13. pag. 560.*

§. Ideò autem 3.

Ideò autem hæ servitutes prædiorum appellantur: quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium.

SVMMARIA.

1. *Sine prædiis servitutes reales constitui nequeunt.*
2. *Adjunctum sine suo subjecto subsistere non potest.*
3. *Sententia l. si servitus. 23. §. ult. ff. de servit. præd. urb. & l. Labeo. 10. ff de servit præd. rusticor.*
4. *Expositio l. heredes. 25. §. contra. 10. ff. famil. ercisc.*
5. *Sensus l. iter 4. ff. quemad servit. amitt.*
6. *An unus ex dominis fundo communi servitutem imponere, vel acquirere pro sua parte possit.*
7. *Servitus, utpote sui naturâ individua, in qualibet parte fundi tota est.*
8. *Ex pacto alterius nemo debet prægravari.*
9. *An & quatenus quod commune est, meum sit.*
10. *Cur res communis pro parte donari, vendi & oppignerari; non verò servitus in parte constitui possit.*
11. *Servitus ususfructus quare divdua, contra aliarum servitutum naturam.*
12. *Mens l. si partem. 25. ff de servit. præd. rusticor.*
13. *Intellectus l. fin. ff. communia prædior. & l. per fundum. 11. ff. de servit prædior. rust.*
14. *Utrùm, si unus ex dominis prædio communi servitutem imponat, cæteris non quidem expressè reclamantibus; sed tamen sinentibus, servitus hæc subsistat.*
15. *Præsens actui, & non contradicens, ipsum approbasse censetur.*
16. *Nisi de magno ipsius incommodo agatur.*
17. *Consideratio l. sicut. 8 §. non videtur. 15. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.*
18. *Usufructuarius neque acquirere, neque imponere fundo servitutem potest.*
19. *Ecquid proprietatis nudæ dominus, consentiente usufructuario, servitutem fundo fructuario imponere queat.*
20. *Cuilibet licet juri & favori suo renunciare*
21. *Volenti & consentienti non fit injuria*
22. *Damnum, quod suâ quis culpâ sentit, non esse damnum creditur*
23. *Interpretatio l. sed. si quid. 15 § fin ff de usufruct. secundùm Connanum & Pinelum*
24. *Dictio ne, & nisi, quid importet*
25. *Connani & Pineli interpretatio rejicitur; & nova declaratio: ab Auctore affertur*
26. *Omnis concessio generalis in dubio sic accipienda, ut ex eâ quàm minimum incommodum concedenti inferatur*
27. *Utrùm vasallus, domino non consentiente, servitutem feudo imponere possit*
28. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*
29. *Nunquid superficiarius solo servitutem imponere valeat*
30. *Servitus servitutis esse nequit*
31. *An superficies propriè dicatur servitus*
32. *Pro superficie quæ actio competat*
33. *Actio in rem soli domino datur*
34. *Servitutes omnes, præter usumfructum, individuæ: superficies verò dividua*
35. *Sententia l. si tibi homo 86. § fin. ff. de legat. 1*
36. *Jus ædificium habendi in solo alieno quatenus servitus esse dicatur*
37. *Num emphyteuta servitutem fundo emphyteutico imponere permittatur*
38. *An & quatenus emphyteuta jus suum vendere possit*
39. *Intellectus l. ult. C. de reb. alien. non alienand.*
40. *Nec tutor, nec curator fundo pupilli vel adulti, neque maritus fundo dotali servitutem imponere potest*

Docet hic Iustinianus: servitutes prædiales sive reales sine prædiis constitui non posse: propterea 1 quòd nemo servitutem acquirit, aut servitutem debere potest, nisi qui prædium habet. Idem tradit Ulpianus *in l. 1. §. 1 ff. communia. prædiorum. &c.* Hujusque ratio expedita est: quia adjunctum sine suo subjecto subsistere nequit. 2 *l. nihil dolo. 129 § 1 & l. cùm principalis. 178 ff. de reg. jur.* Atqui servitutes prædiis, tanquam adjuncta, inhærent. *Robert. disp 8. ad Instit thes. 4 Hœnon. Disput 5. controvers. 10 Paul. Berons dispus. 4 ad Institut. them. 1. qu. 42. Lyclama lib. 7 membr. ecl. 43 pagin. 402. Emund. Merill lib 1. observat. 6. 32. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 8. Pandect. num. 1. pag. 540.*

3 Non adversatur huic enunciato *l. si servitus. 23. §. ultim. ff. de servitutib. præd. urban. & l. Labeo. 10. ff. de servit. præd. rusticor.* quibus in locis dicitur, servitutem ædificio futuro, aut nondum ædificato constitui, vel imponi posse. Nam primò breviter respondetur: tum areæ servitutem acquiri, vel imponi videri: siquidem & dituto vel concremato ædificio servitus manet, & areæ inhæret: quæ etiam prædium censetur. *D. Besold. dict. jam loco.* Deinde respondetur: ne eo quidem casu servitutem planè sine prædio constitui: cùm & ibi constitutio ad prædium referatur; & ante ædificationem prædii perfectam istæc quoque servitus nondum ve-

re competat: sed spes tantùm ejus sit, velut sub tacita conditione constitutæ: *si ædificium fiat*. Etenim sub expressa conditione servitutes constitui haud possunt. *l. servitutes. 4. in princip. ff. de servitutib. Giphanius hic & latius Vulteius num. 3. & 4 Donell. lib. 11. Comment. de jur civ. cap. 9. pag 584. Deringius in bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. verb. ædes. num. 116. folio 819.*

4 Non item resistit *l. heredes 25. § contrà 10. ff. familiæ erciscund.* ubi vitæ servitutem rectè promittit, qui fundum non habet. *Aliud* namque est promissio servitutis, aliud constitutio. Ex promissione quippe solùm in personam obligatio exoritur; in qua nullius ad rem respectus habetur; & promissor evictionis nomine tenetur, licèt per alienum fundum servitutem, putà viam, constituat. *l si quis per fundum. 10. & l. fundum 46. § 1 ff de evictionibus.* Ex constitutione verò enascitur jus reale: quòd, si res, in qua resideat, non subsit, inane est. *§ 1. infrà de actionib. Corasius ad d l. servitutes. 4. num. 6 ff de servitutib. Puc. cent. 2 ἐναντιοφανῶν. quæst. 52 Broncherst cent. 1. ἐναντιοφανῶν. asfertat 96. edit. 2. Arumæus Exercitat. Iustin. 5. ad thes. 15. Timæus Faber disput. 15. ad Institut Imperial. thes. 8.*

5 Minùs obstat *l. iter. 4. ff. quemadmodum servitutes amitt.* ex qua liquet, sepulchro posse acquiri servitutem. Sepulchrum autem habere nemo dici potest: cùm sepulchra in nullius sint dominio. *l. 1. ff. si servit. vindicet.* Etsi enim sepulchra dominii nostri non sunt: quòd annumerantur rebus religiosis, quas in nullius esse bonis constat. *l. in tantum 6 § sacræ res 2. ff. de rer. divis.* quia tamen in sepulchris jus inferendi habemus in domonio nostro legis interpretatione esse creduntur. *l. si quis sepulchrum. 12. in princip. & l si plures. 41. ff. de religios & sumpt. funer. Coras. dict. loc.* Plura huc spectantia, peti poterunt ex Hunnio *libr. 2. variar resolut. jur. civ. tract. 2 quæst. 11.* itemque Besoldo, *in dict. udelibat. jur. ex lib. 8. Pandect. num. 1. pag. 140 & seq.*

6 ...um igitur servitus prædio imponi non possit, nisi ab eo, qui prædii dominus est, *hoc §. & d. l. 1. §. 1. & l. si quis duas. 6. § 2. & 3. & l. si cùm duas. 8. ff. communia prædior.* inde quæri consuevit: an unus ex dominis fundo communi servitutem imponere vel acquirere, pro parte suâ valeat? Et negativa sententia aperto jure fundata est. *l. unus ex dominis. 1. & l. ut pomum 8. §. 1 ff. de servitutib. l proprium. 5. ff. communia prædior. l in re communi. 26 ff. de servitutib. prædior urbanor. l. unus ex sociis. 34. ff. de servitutib. prædior. rusticor. l. pluribus 140. §. etsi placeat. 2. ff. de verbor. obligat.* Rationoque ejus potissima hæc est: quia servitus, utpote sui naturâ individua, in toto fundo, & in qualibet parte fundi, tota est *l si cui. 9. & l. via. 17 ff. de servitutib. l. certo generi 13. § 1. & l via. constitui 25. § fin ff. de servitutib. prædior. rusticor.* Vide toti fundo non potest acquiri, quin quæratur cuilibet, vel minimæ particulæ: quod fieri per eum, qui non est dominus, nequit. *d. l. certo 13. § 1. ibi, ita diffusa est, ut omnes glebæ serviant. ff. eod. tit.* Absurdum siquidem est, ex contractu vel pacto alterius alium prægravari. *l. pater familias. 44 ff. de heredib. instituend.* aut alter per alterum iniquam conditionem inferri. *l. non debet. 74. ff. de reg. jur. Forcatul. ad d. l 2 nu. 1. ff. de servitutib. ibiq. Corasius num 4 Donell. d. lib. 11. Comment. de jur. civ. cap. 9. pag. 582.* 8

9 Hanc assertionem non evertit vulgata regula; quod commune est, meum est *l. illud 46 ff. de ritu nuptiar. l. servit. 5. § 1. ff. de leg. 1. l. pupillus 239 in fine ff. de verb. signif.* Ea enim primùm procedit ex ficta quadam, & impropriâ interpretatione. Propriè namque non videtur meum, quod etiam alterius est. *d l. illud. 46. ff. de rit nupt. l quidquid. 27. ff. de acquir. rer domin. Accursius in l. id, quod nostrum 11. ff. de reg. jur.* Deinde eadem procedit respectu partis meæ, aut pro indiviso in re communi ad me pertinet. *d. l servi. 5. §. 1 & 2. ff. de legat. 1. l. 2. ff. de conditionib. institution. l 1. C. qui testamentum fac. poss* & ita secundùm quid, non simpliciter. *l Quintus 10 ff. de auro & argent. legat. l Sabinus. 28. legat. commun. divid. dict. l. pupillus. 239. § fin. ff de verbor. significat.* Cùm autem servitus sit incorporalis, & consequenter dividi nequeat: in ea cōsiderari, quod meū, vel socii sit, haud poterit, *l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. ff de verb. oblig.*

Non quoque frangit assertionem nostram *l. in fructus. 7. C. communia utriusq. judicii, &c. & l. unic. C. si communis res pignori data sit*, ex quibus colligitur, quòd res communis pro parte donari, vendi & oppignorari possit. *Nam* ratio diversitatis, cur pars rei communis vendi, donari, pignorisve nomine obligari, non item servitus in parte constitui queat, probabiliter hæc est: quia cùm servitutes reales suâ naturâ individuæ sint; in re communi impositæ, non possunt non in tota re communi esse, & in singulis totius partibus, *d. l. si cui. 9 ff. de servitutib. cum similib. prææallegat.* Quæ individua & inseparabilis qualitas sine juris communis diminutione, fundo imponi nequit. Atqui, ex facto alterius alterum lædi, iniquum est, *d. l. paterfamilias 44. ff de heredib. instituend.* Diversum verò est in emptione, donatione, aut pignoris obligatione, & similibus contractibus. Siquidem socius vendendo partem suam, quam pro indiviso in re communi habet, nullo omninò reliquorum sociorum partes detrimento afficit: adeoque obligatio jure subsistit. *dict. l. unic. Cod. si communis res pignori data sit.* Hinc & in servitute ususfructûs (quæ quoniam in utilitate & fructuum perceptione consistit, dividua est *l. 1 §. si ususfructus 9. ff. ad leg. Falcid.* contra aliarum servitutum naturam. *d l. stipulationes 72. in princip ff de verbor. oblig.*) non injuriâ Papinianus respondit: pro parte etiam indivisa, eam constitui posse. *l. ususfructus 5. ff. de usufruct.* Vtilitas etenim hujus impositæ servitutis, in fructuū perceptione, sicque in facto consistit, quòd sine partis socii incommodo explicetur. *ad dict. l. 2. nu. ult ff. de servit.* 10 11

Præterea nihil detrahit nostræ assertioni *l si partem 25. ff. de servitutib. prædior. rusticor.* ubi traditur, aquæductum toti fundo quæsitum, pro modo & ratione partium retentarum vel alienatarum in fundo dividi. *Quandoquidem* ibi non ipsum jus servitutis; sed commoditas tantùm dividitur: quæ divisio est utentium potius, 12

potiùs, quàm servitutis. Ius sæpè ipsum aquæductùs indivisum manet: commoditas verò aquæ certis mensuris determinari potest. Servitutes proinde per se individuæ censentur; tametsi earum commoditas per tempora & mensuras divisionem admittat. *l. arbor 19 § ult. ff. communi divid. l. 1. § duo. 3. l. Lucio. 4. & l seq ff. de aqua quotid. & æstiv.* Quâ ratione non propriè dicitur dividi servitus; sed eidem adiici modus vel tempus. *l. servitutes 4. §. ult. & l seq §. ult ff. de servitutibus Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. ult. edit. 2 ubi plura huc spectantia adfert. Porrò omnes servitutes reales esse individuas, latè quoque defendit Paulus Beront disput. 4. ad Institut. them. 3. quæst. 6.*

13 Demùm traditionem nostram non impedit, quod scribit: receptum esse, ut plures domini, & non pariter cedentes, servitutes imponant, vel acquirant: ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur, perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. *l. fin. ff. communia prædiorum, &c.* Et quod Celsus respondit; per fundum, qui plurium est, jus mihi eundi agendique posse separatim cedi, & novissimâ cessione superiores omnes confirmari: quinimò, antequam novissimus cesserit, eos, qui cesserant, non posse vetare, uti eum, cui cessum, jure cesso *l. per fundum. 11 ff. de servitutib prædior. rustic.* Hoc, *inquam*, traditionem nostram non impedit. Quod enim uterque Iureconsultus, & Paulus & Celsus, de facta separatim cessione, & novissimâ confirmatione affert: id non subtili ratione, ipsoque jure, sed benigniori tantùm interpretatione obtinuit, *ut ex locis allegatis efflorescit.* Solus itaque fundi dominus servitutem imponit: unus autem ex pluribus dominis, cæteris invitis, non imponit. *dict. l. 2. ff. de servitutib. d l. in rem communi. 26. ff. de servit. præd. urban. & d. l. Sabinus 28. ff. communi dividund. Vide Bachovium in suis notis ad Treutler. disput. 17. thes. 6. lit. B. vol. 1. pag. 669.*

Vnde & hæc quæsitum memini: si unus ex do-
14 minis prædio communi servitutem imponit, cæteris non quidem expressim reclamantibus, sed tamen scientibus, & non contradicentibus: utrùm servitus hæc jure subsistat: Et subsistere, dicendum puto; *per textum expressum in d. l. Sabinus 28 ff. communi divid.* cujus verba ita habent: *Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quicquam, invito altero, posse respondit. Vnde manifestum est, prohibendi jus esse. In re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius à socio, ne quid faciat, potest: ut tamen factum opus tollat, cogi non potest; si, cùm prohibere poterat, hoc prætermisit. Et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit.* Quibus ex verbis evincere promptum est: socium, qui patitur, alterum ex sociis in re communi aliquid facere, nec prohibet, cùm prohibere posset, hactenus sibi præjudicare: ut socium, qui opus id fecit, ad tollendum compellere non possit. Quid magno argumento est: socium, qui passus est, prædio communi per socium servitutem imponi, nec prohibuit, jus revocandi hanc servitutem non habere.

Id quoque non parùm confirmatur tritâ istâ regula: 15
quòd præsens actui, & non contradicens, quem suâ contradictione impedire poterat, ipsum approbasse censeatur, ut tractare eum ampliùs nequeat, *argum. l. sæpè constitutum. 63 ff. de re judicat. & l. honores. 7. §. ult. ff. de decurionib. Bartol. num 20 & seq. Alexand. & Iason. aliiq; in l. quod dotis. 33. ff. de soluto matrim.* Hinc qui jus in feudo aliquo habet, si eo præsente dominus illud alteri concedat, nec is contradicat: jus suum remisisse præsumitur. *tit. 5. quib mod. feud. amitt. § præterea, ibiq; gloss & Dd. lib 1 feud.* Atque hinc etiam pater præsens & tacens, filio assumente publicum officium, consentire & pro filio fidei jubere intelligitur. *l. 2. in princip. ff. ad municip. cum similib.* Ex quibus concludendum arbitror: servitutem ab uno ex sociis, cæteris scientibus & tacentibus, prædio communi impositam, jure constitutam censeri.

Nec huic obstrepit, quòd præsens & tacens consen- 16
tire non præsumitur, quoties de magno ipsius incommodo agitur, *ut notant Doctores pleriq; ad l. qui tacet. 142. ff. de reg. jur. Socin. senior consil. 61. num 6. vers sed in hoc volum 3. & cons. 220. num. 10. vers. respondeo etiam. volum. 2. Crotus in repetit. §. morte, 6. leg. non solùm. 8. num 93. ff d. operis novi nunciat. Ioh. Cephal. cons. 123. num. 120 lib. 1. quos refert & probat Iosephus Mascardus in tract. de probationib. volum. 1. conclus. 41. num 187.* Iam enim suprà ostensum est, quòd præsens & tacens consentire intelligatur, si interfuit actui, quem suâ protestatione vel contradictione inhibere potuit. *d. l Sabinus 28 ff. communi divid. & d. l. sæpe 63. ff. de re judicat.* Socium autem inhibere posse socio, ne prædium commune servituti obnoxium faciat, exploratum est. *dict. l. in re communi. 26. ff. de servitutib. prædior. urbanor. & juribus concordantibus.*

Nihil quoque urget *l. sicut. 8. §. non videtur. 15. ff.* 17
quib. modis pign. vel hypoth. solvit. ubi creditor sciens, pignus sibi obligatum à debitore vendi, nec contradicens, non censetur jus suum remisisse. *Quia* creditor sciens pignus distrahi, & non reclamans, novit; rem cum onere suo transire, atque adeò jus suum, alienatione non obstante, durare, salvumque manere *d. § non videtur. 15.* Atque hæc ratio est, cur creditor tacens, nec contradicens alienationi pignoris, nullum sibi detrimentum afferat. *l. Gajus Sejus 39 ff. de pignor. act.* At verò socius, qui patitur sciens, prædio communi servitutem per socium imponi, jus suum lædi intelligit. Ideoque taciturnitate suâ consensisse creditur, cùm non contradicat machinationi alterius socii; quam tamen magno detrimento sibi fore animadvertit.

Porrò quemadmodum usufructuarius neque ac- 18
quirere, neque imponere fundo (cùm hujus non sit dominus) servitutem potest, quamvis retinere possit: ita & nudæ proprietatis dominus, durante usufructu, fundo fructuario servitutem nec imponere, nec amittere potest: licèt eam acquirere, etiam invito fructuario, queat. *l. sed, si quid 15. §. ult. ff. de usufructu. & attigimus f. in § feræ. 12. de rer. divis. num. 195.* Hinc
insignis resultat disceptatio: utrùm proprietatis nu- 19

dæ dominus, consentiente usufructuario, servitutem imponere possit? Et generaliter non posse, plerique Interpretes decisum putant expressim *in dict. l. sed, si quid. 15. §. ult. ff. eodem.* ubi Ulpianus; *proprietatis,* inquit, *dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest: nisi (ut ex Paulo subjicitur in l. seq. ff. eod. tit.) quâ deterior fructuarij conditio non fiat.* Harum igitur legum auctoritate freti Doctores communiter existimant: fructuarium non posse consentire proprietario imponenti servitutem rei; nec valere constitutionem servitutis, quantumvis utriusque consensu factum: nisi per quam deterior usufru-
20 ctuarii conditio non fiat. Et ita per illas leges limitant vulgarem regulam, quæ habet; posse quemlibet juri & favori suo renunciare *l. penult. ibiq. gloss. C. de pactis.* Verùm, isthæc opinio haud sine rationibus displicuit doctissimo Connano *lib. 4. Commentar. juris civil. cap. 3. num. 3.* & Pinelo *part. 2. leg. 1. num. 74. C. de bon. mater.* Cùm enim proprietarius sit dominus fundi. *l. rectè dicimus 25. ff. de verbor. significat.* ratio sanè postulat, ut ei servitutem, consentiente præsertim fructuario imponere valeat, *argum. l. sed etsi 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. heredit. & l. in re mandata. 21. C. mandati.* Præterea cùm servitus concessa ab uno ex pluribus dominis sustineatur, accedente consensu aliorum; etiam ex intervallo. *l. per fundum 11. ff. de servit. prædior. rusticor. l. fin. ff. communia prædior.* cur quæso servitus fundo fructuario, à proprietatis domino, consentiente fructuario, imponi non possit? Quid? quòd Paulus disertè notat; servitutem, per quam non deterior fiat fructuarii conditio, hoc consentiente, à proprietario imponi posse. *l. nisi. 16 ff. de usufruct.* Annon hoc ipsum gravissimo est argumento, omnem indistinctè servitutem, etiam quâ deterior fructuarii fit conditio, accedente ejus consensu, à proprietario imponi posse? Neque enim deterior fieri intelligitur conditio illius, cujus consensu & voluntate deterior facta
21 est. Volenti quippe & consentienti injuria fieri non dicitur. *l. 1. §. usq. adeò ff. de injur. & scienti. 27. de reg. jur. in 6.* & damnum, quod suâ quis culpâ sentit, damnum non esse reputatur. *l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.*
22 His itaque rationibus non difficulter adducor: ut, inveteratam receptamq; in Scholis sententiam, neq; veritati conformem, neq; Ulpiani Pauli responso consentaneam esse, statuam.

23 Cùm autem *ex d. l. sed, si quid. 15. §. fin. ff. de usufruct.* non levis occurrat difficultas: Connanus allegato loco eam animadvertens, ex illis *dicti §. finalis* verbis *(ne quidem consentiente fructuario)* sensum negativum, quo scilicet negetur: usufructuarium in specie illius legis consensisse, colligendum esse judicat: ut hæc efficiatur sententia: proprietatis dominum, etiamsi non consentiat fructuarius, servitutem imponere posse. Hancque suam interpretationem inde probat; quòd dictio, *ne*, quandoque pro, *non*, adeoque pro simplici negatione accipiatur. Quia verò ea decisio videretur dura, & contra juris rationes intelligi ex sequenti responso *dictæ legis. 17.* eam limitari; ut procedat tantùm, quando servitus nullum incommodum fructuario afferret; & verbum, *nisi*, sumatur pro *duntaxat*: ut sic ex utroque contextu resultet hæc decisio: proprietarium etsi non consentiat fructuarius, posse servitutem rei imponere: sed eam duntaxat, per quam nullum damnum fructuario infertur. Atque hanc Connani interpretationem quamvis Pinelus *superiùs designato loco* commendet: ea tamen mihi (ut ingenuè dicam, quod sentio) neutiquam probatur. Nam etsi dictio, *ne*, per se & sola considerata, pro *non* sæpe accipitur: attamen si istam dictionem subsequitur vocabulum, *quidem*; verius est, quòd tunc ex illa 24
dictione assertio quædam demonstretur. Neque facilè exemplum Latinæ linguæ proferri poterit, quo dictio *ne*, juncta verbo *quidem*, pro *non* accipiatur. Deinde dictio, *nisi*, ut plurimùm exceptiva est, & præcedentem dispositionem limitat, sive exceptionem à præcedenti regula importat: & nunquam, aut certè rarissimè pro *duntaxat*, ponitur. *Menoch. cons. 228. nu. 33.* Ipse porrò Pinelus *in d. l. leg. 1. C. de bon. mater. part. 2. nu. 74* interpretationem aliam subjungit; sed talem, quâ legis textus corrigitur, & duplex negativa substituitur. Verùm cùm omnis textuum correctio sit odiosa & periculosa, magnamque injure nostro incertitudinem inducat: ne hanc quidem Pineli, aliàs non aspernandæ auctoritatis Viri, interpretationem admittendam censeo. Quoniam igitur & Connani & 25
Pineli interpretatio partim à verborum significatione aliena, partim verò correctoria est: operæ pretium me facturum arbitror, si novam afferendo declarationem cogitandi saltem materiam doctioribus præbuero, quatenus hac in difficultate veritatem forsan minùs fuero assecutus. Primùm itaque dico: literam *d. l. sed, si quid 15. §. fin. & l. seq. ff. de usufruct.* omnino retinendam esse. Quæ quidem, litera nullâ ex parte immutata astruit, non autem negat usufructuarii consensum; & hoc sibi vult: nudæ proprietatis dominum, usufructuario quoque consentiente, servitutem imponere non posse. Deinde existimo: nihil impediente hac sententiâ, *ex d. l. 15.* extructâ, si usufructuarius de certa servitute, à proprietario imponendâ consentiat: eam servitutem, propter rationes suprà in medium adductas, legitime imponi; etiamsi usufructuario detrimentum allatura esset.

Nec obstat *d. l. 15. §. ult. cum l. seq. ff. de usufruct.* ubi contrarium perspicuè disponi videtur. *Istæ* namque leges, me judice, accipiendæ sunt de usufructuario, qui non specificè in certam servitutis imponendæ speciem consensit: sed qui in genere assensum proprietatis domino accommodavit, ut servitutem imponere posset. Qui quidem generalis consensus de servitute impo- 26
nendâ, intelligendus est de servitute, nullum fructuario detrimentum afferente. Omnis siquidem concessio generalis in dubio sic accipi debet, ut ex illa quàm minimum incommodum concedenti; aliisque inferatur. *l. 2. § meritò. 10. & §. si quis à Principe. 19. ff. ne quid in loco publico, &c.* Hæc proinde *ex sæpe citata l. 15. §. ult. & l. seq. ff. de usufruct.* colligitur interpretatio: usufructuario in genere non permittente, nec posse proprietarius servitutem imponere, nec certam exprimente speciem servitutis, non posse proprietarium vi generalis consensûs imponere servitutem: nisi

tam

talis sit servitus, per quam usufructuarii causa sive
conditio non deterior efficiatur. Nam usufructuarius
illud in genere permittendo, censetur permisisse, quo-
ad ejus fieri absque detrimento suo potest, *arg d.l.2.
§.10.& 16. ff. ne quid in loc. publ. &c.* Sed videatur
*Donell. lib.10. Commentar de jure civ. cap.11. pag.108.
& Hunnius in Resolut. ad Treutleri Disput 16. volu.1.
thes.10. quæst 29 pag.1158. nec non Ioannes del Ca-
stilio Sotomayer in tractat. de usufruct. cap.35. ubi de
ista difficultate complures, easque diversas. D.l. decla-
rationes cumulavit.* Videantur item. *Bachovius in
suis notis ad Treutler. volum 1. disput.16. thes.10. lit.D.
Paulus Busius ad d.l.15. §. ult. ff. de usufruct. Vitalis
lib.2. var lect. cap.8. num.2. Ioan. Supertor. ad l.2. ff. de
servitutib. r.u.3. Scipio Gentil. de bonis matern. cap.16.
hosque referens Hilliger. in Donell enucl. lib.10. cap.11.
litera A.*

27 De vasallo quæritur, utrùm, domino non consen-
tiente, servitutem feudo imponere possit? Et quam-
vis, veritate iuris communis inspectâ, dicendum vi-
deatur; vasallum, ad instar fructuarii, servitutem rei in
feudum sibi concessæ imponere non posse, *prædictâ l.
sed si quid.15.§ ult. ff. de usufruct l. final. C. de rebus a-
lien. non alienand. Vultejus lib.1. de feud. cap 10 nu 40.
Forsterus libr.2. Disput 7. thes 12. & monuimus suprà
ad §. fera. 12. tit. de rer. divis. num.198.* contrarium
tamen, jure feudistico satis clare dispositum censetur.
tit.8.§. rei autem vers. quid ergo. libr.2. feudor. ubi ita
scriptum extat: *Quid ergo, si precio, vel dolo, aut in-
curiâ servitutem rei beneficiariæ imponi patiatur &
ad dominum ex qualibet causa postea beneficium re-
vertatur: an ex eo præjudicium domino generetur,
quæsitum fuit? Et responsum est; ut vasallo quidem,
donec feudum tenet, possit obesse: domino autem, etsi
per longa tempora perseveraverit servitus, minimè
28 noceat.* Ex hoc textu communiter Interpretes con-
cludunt: servitutem feudo per vasallum imponi pos-
se, eamque impositam, quamdiu feudo fruitur, dura-
re: extincto autem feudo, sive que consolidatione u-
tilis dominii cum proprietate factâ, hanc quoque ser-
vitutem concidere: siquidem resoluto jure datoris,
resolvatur etiam jus accepioris. *l lex vectigali.31 ff. de
pignorib l. si quis domum 9 §. fin ff locati. l. ubi autem.
4.§. sed & Marcellus. ff de in diem addict. l. Statius
Florus.48. ff. de jure fisc. l. peto.69 §.1. ff. de legat.2.
Schneidevvin. hic num.3 D. Bocerus class 5. Disput.8.
thes.53. edit.2, Andreas de Isern Belvis Laudens Al-
varott. Bald. Petr. Rav. Præposit. Afflict & cæteri in d.
vers. quid ergo, &c. Ferrariens. in form. libelli. de feudi
revocatione verb nec superstitibus. num.17. Wesenbec.
de feud. cap.11. num.7. Hartman. Hartmanni de feud.
observ.29 Iul. Clar libr.4. sentent. §. feudum. quæst.37.
Petrus Duenuas in reg. jur 40. limitat.10. Borcholt.
de feud. cap.8. num.59. & 62. Rittershusius lib.2. par-
tit feudal. cap.2 quæst 9. aliique, quos referendo se-
quitur Rosenthal. in Synopsi jur. feudal. cap.9. con-
clus 13.*

29 At quid de superficiario (hoc est, eo, qui superfi-
ciem in alieno solo ita habet, ut certam pensionem
præstet. *l. superficiario.74 ff. de rei vind.*) dicendum:
annè huic loco servitutis jugum imponere poterit?
Atque posse, cùm & alienandi potestatem habeat. Vl-
pianus docuit. *l.1. §. antepenult. & ult ff de superficie-
bus.* Nec obstat, servitutem servitutis esse non posse. 30
*l.1. ff. de usu, & usufruct. legat. l. cùm essent.33. in fine. ff.
de servitutib. prædior. rusticor.* superficiem autem ser-
vitutem dici *l. si tibi homo 86.§. final ff. de legat.1* & jus
ædificium habendi extruendique in solo alieno, servi-
tutibus adscribi. *l veluti.6. circa finem ff de servitu-
tib prædior. rusticor l. si precario 17 ff communia præ-
diorum &c.* Verius namque est, quòd superficies pro- 31
priè servitus dici nequeat, non modò si ipsum corpus
à servitute incorporea alienissimũ, respiciamus; sed et
si jus habendi ædificium in alieno solo consideremus.
Servitus etenim sine duobus prædiis, uno dominan-
te, & altero serviente subsistere non potest. *hoc § no-
stro. & l.1.§.1. ff. communia prædior.* Atqui prædium
superficiarium unum quiddam est, ex solo & superfi-
cie compositum. *l. eum, qui ædes 25. post princip ff. de u-
surpat. & usucapionib.* Deinde pro superficie non a-
ctio confessoria, quæ pro servitute dari solet; sed uti-
lis in rem actio, competit. *d.l. superficiario.74. cum l.
seq. ff de rei vind l. tutor.16.§. fin. ff. de pignerat. act.
l.1 §.1. ff. de superficieb* Et cùm actio in rem compe- 33
tat, quæ non nisi domino datur. *l. in rem.23. in princ.
ff. de rei vindicat.* consequens est, superficiarium ha-
bere superficiei dominium. Propriæ autem rei nullam
esse servitutem, certo certius est. *l. uti frui.5. ff si usus-
fruct. petit. l. in re communi.26. ff. de servitutib.
prædior. urbanor.* Denique servitutes omnes, præter 34
usumfructum solum, individuæ sunt. *l. stipulationes
non dividuntur 72. in princ. ff. de verbor obligationib.
l.1.§ si ususfructus 9. ff. ad leg. Falcid.* Superficies ve-
rò dividua est: cùm pro ea detur judicium commu-
ni dividundo. *dict l.1. §. penult. ff. de superficiebus.*
Quocirca superficiem servitutem esse, non rectè af-
firmamus,

Nec movet *suprà adducta l si tibi homo 86.§ fin. ff. 35
de legat.1.* Quoniam ibi servitus impropriè & latâ
quadam significatione accipitur pro onere, & grava-
mine sine molestia, quâ dominus afficitur, cùm ad u-
tilitatem alterius superficiem in solo suo exstructam
pati cogitur, *arg l cujus 24. ff de servitutib. urbanor.
prædior & l Cajo Sejo 3.§. ult ff. de aliment. vel cibar.
legat.* Quòd autem jus ædificium habendi & extru- 36
endo in solo alieno servitus esse dicitur. *d. l. veluti.6.
ad fin. ff de servitutib prædior. rusticor. cum similib.* id
verum est & procedit, cum tria prædia sunt; unum do-
minans, quod dominatur: alterum, in quo ædificium
sive tugurium in dominantis gratiam collocatur: ter-
tium, à quo servitus illa debetur. Atqui superficies &
solum non distincta sunt prædia; sed una & eadem
res; unum idemque corpus. *d.l. eum, qui 32. ff. de usur-
pat. & usucap.* Proindeque jus superficiarium haud-
quaquam servituti adscribendum est *Sed videatur
Coras. ad l servitutes 3. nu.5 & seqq & Fertacul. ibid.
nu.9 ff de servit.*

De emphyteuta quoque ambigitur, num servitu- 37
tem fundo emphyteutico imponere valeat? id quod
negat Forcatulus *ad d.l 3. num.8. ff. d. tit.* propterea
quòd

quòd ille non alienat inconsulto domino. *l final. C. de*
jure emphyteut. At is, qui servitutem imponit, aliena-
re videtur. *l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* Sed
38 contrarium receptius & probabilius putatur. Emphy-
teuta enim absque præcedente denunciatione vende-
re quidem jus emphyteuticum nequit: si tamen do-
minus post denunciationem sibi ritè factam tacuerit;
aut se emere nolle, significârit; liberam planè venden-
di potestatem habet, *ut expressum est in d. l fin. C. de*
jure emphyteut. Ideoque dispositio *dicta l. ult. C. de*
rebus alien. non alienand. emphyteutæ adaptari mi-
39 nimè potest: cùm textus istius legis de iis, qui
alio non consentiente simpliciter vendere vel alienâ-
re prohibentur. loquatur. Emphyteuta autem, do-
mino non consentiente, vendere potest: si videlicet
post denunciationem interpositam dominus volun-
tatem suam tempore legitimo non explicaverit: aut
sic explicaverit; ut, se non empturum, ostenderit. *d l.*
fin. ibique Iason. ac Dd. communiter C. de jure emphy-
teut. Donell. libr. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13. Et
de hac quæstione consulantur Iulius Clarus *lib. 4.*
sentent. § emphyteusis. quæst. 28. Aurelius Corbulus *in*
tract. de jure emphyteut. cap. 14. limitat. 29. aliique ab
his fideliter relati. *Et de eâdem quæstione non nihil*
videre licet ad §. adeò. 3. num. 348. infrà de locatione
& conduct.

40 Ex hactenus expositis & illud satis evidenter con-
stare opinor: quòd nec tutor, nec curator fundo pu-
pilli vel adulti, *l 3 §. penult ff. de reb. eorum, qui sub tu-*
tel. vel cura sunt. neque heres fundo legato. *l is. cui. 11.*
§. ult. ff. quemadmod. servit. amitt l. si fundum. 105. ff. de
condit. & demonstrat. neq; maritus fundo dotali servi-
tutem imponere possit: *l. Iulianus. 5. ff. de fundo dotal.*
& huidovv. hic nu. 4.

§. *Si quis velit. 4. & ult.*

Si quis velit vicino aliquod jus constituere:
pactionibus atque stipulationibus id efficere
debet. Potest etiam testamento quis here-
dem suum damnare, ne altiùs tollat ædes suas,
ne luminibus ædium vicini officiat: vel ut pa-
tiatur, eum tignum in parietem suum immit-
tere, stillicidiumve adversus eum habere: vel
ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquam
vè ex eo ducere.

SVMMARIA.

1 *Duo & qui sint servitutum constituendarum modi.*
2 *T[illegible] ditio servitutis quomodo fiat.*
3 *Adjudicatio, constituendæ servitutis modus.*
4 *Vt [illegible] uetudo, legum æmula.*
5 *[illegible] rem temporis præscriptio*
6 *Lex Scribonia, omnium servitutum usucapionem inhibens, à quo [illegible]*
7 *Omnes [illegible] itutes ab animo hominis continuo possidentur.*
8 *[illegible] vitutes dicantur continuæ.*
9 *[illegible] discontinua.*
10 *E[illegible] l. servitutes. 14. ff. de servitutib.*
11 *Explicatur l. foramen. 28. ff. de servitutib.*
12 *Servitutum causa perpetua esse debet, sed non continua.*
13 *Consideratur l. hoc jure. 3. §. ductus. ff. de aq. quotid. & astiv.*
14 *Ad usucapionem servitutum num titulus, scientia & patientia adversarii requiratur.*
15 *Media sententia probatur.*
16 *Bona fides, in usucapione servitutum; necessaria:*
17 *An in servitutum constitutione vicinitas prædiorum servientium & dominantium necessario exigatur.*
18 *Vtrùm servitutes ex tempore, ad tempus, sub conditione, vel ad certam conditionem ipso jure constitui possint.*
19 *Aliud, permittere; aliud, constituere servitutem.*
20 *Consideratur l. usufructus. 4. ff. de usufruct.*
21 *Et quæ servitutes pignori dari queant.*
22 *Quæ in creditorem transferri non possunt, frustra pignori dantur.*
23 *Servitutes alii vendi nequeunt.*
24 *Sensus l. sive, quis 11. §. ult. ff. de pignorib. & hypoth.*
25 *Exempla regulam non restringunt, sed potius declarant.*
26 *Exponitur l. sed an via. 12 ff. de pignorib. & hypoth.*
27 *Intellectus l. ei, qui 16. ff. de servitutib.*
28 *Vsusfructus & pignorari & vendi potest.*
29 *Quibus modis servitutes amittantur.*
30 *Remittentibus jura sua, non datur regressus ad ea.*
31 *Confusione quando servitus extinguatur.*
32 *Non utendo quando servitus amittatur.*
33 *Indagatur ratio diversitatis, cur servitutes prædiorum rusticorum solo non usu longi temporis pereant; urbanorum vero etiam factum aliquod domini fundi servientis requirant.*
34 *Accursii ratio refellitur.*
35 *Bartoli ratio confutatur.*
36 *Corasii ratio reprehenditur.*
37 *Publicus aspectus non deformandus.*
38 *Connani & Donelli, aliorumq; ratio rejicitur.*
39 *Forcatuli ratio diluitur.*
40 *Ratio alia consideratur.*
41 *Non omnium potest reddi ratio.*
42 *Ecquid prædii servientis interitu servitutes prædiales amittantur.*
43 *Differentia inter personalem & realem servitutem.*

Constituendarum servitutum duo hic exponun- 1
tur modi: contractus, & testamentum. Nam no-
mine pactionum & stipulationum contractus hoc lo-
co intelliguntur, *ut subindicat hic Balduinus, & For-*
catulus ad l. 1. nu. 2. ff. de servitutib. nec non Ioannes
del Castello Sotomayor in tract. de usufructu. cap. 10.
num. 7. 12. & seqq. Atque his modis ita demum ser- 2
vitus constituitur, si traditio accedat, quæ fit determi-
natione loci, per quem fit servitus, aut patientiâ fruen-
dæ servitutis. *l si ego emi. 11 §. 1 ff de Public. in rem act.*
l. 3. in princ. vers. dare ff. de usufruct l. 1. in fine. ff. de ser-
vitutib. prædior. rusticor. l. traditionib. 20. C. de pactis.
Arum. Exercit. Iustin. 5 thes. 12. Anton. Matth. hic in
suis Not & Borcholt. nu 4. Olemann. ad lib. 2. Dispu-
tation. jur. civ. Giphanij. Disput. 10. nu. 23. Timæus Fa-
ber disput. 15. ad Instit. Imperial. th. 9. Iustus Schutz.
exercitation. jur disput. 6. th. 11. Henning Wegnerus
Disput. 5. th. 4. liter. b. & f. Corasius in l servitutes. 4.
num, 23. ff. de servitutib. Nicol. Valla de rebus dubiis.
tract. 7. num 3. Hunnius libr. 2. var. resolut. jur. civ.
tract. 2. quæst. 13. Sunt autem & alii, præter hos, modi 3
constituendæ servitutis: ut adjudicatio, veluti si ju-
dicio divisorio judex uni fundum ita adjudicet, ut alte-
ri serviat. *l. item Labeo. 22. §. sed etiam. 3. ff famil. er-*
cisc. l usufructus pluribus 6. §. 1 ff de usufructu. l. com-
muni 7. §. 1. ff. communi divid. ut consuetudo, le- 4
gum æmula: veluti si consuetudine alicujus loci ita

introductum sit, quòd vicinus per prædium vicini iter
actumvè habere debeat: aut ne quis ultra luminibus
prospectivè vicini officiat. *l. venditor.13 § fin.ff.com-
munia prædior. l. qui luminibus.12. ff. de servitutib.
prædior.urbanor.l.1.§ ult.ibiq; gloss.& Dd.ff.de aqua,
& aquæ pluv.arcend.l.1.& l si manifestò.7. C.de ser-
vitutib.& aqua Mynsinger. hic num.2. & Schneide-
vvinus num.5.* ut denique longi temporis præscri-
5 ptio. Etsi enim olim servitutes propter legem Scri-
boniam (quam tolerat C Scribonius, Vir summæ au-
ctoritatis, Ædilis curulis aliquando, mox Prætor ur-
6 banus: cujus non rarò meminit T. Livius, *præsertim
lib 4.decad.4.* & quasi omnium omninò servitutem
inhibuerat usucapionem) utpote res incorporales,
præscribi & usucapi non potuerunt; quia non possi-
dentur. *l sequitur.4.§.fin.& l si aliena 10.§.1.ff.de u-
surpat.& usucap l servitutes prædiorum 14. ff.de ser-
vitutib.l.servus 43.§ incorporales.1. ff de acquir.rer.
domin.* Iustinianus tamen eas, instar rerum immobi-
lium, nullo personalium & prædialium, vel continua-
rum & discontinuarum servitutum discrimine habi-
to, præscribi posse constituit *l.ult.in fin.C de præscript.
longi temporis,* ubi nominatim de usufructo pronun-
ciat, cum longo tempore, hoc est, decem annis inter
præsentes, & 20.inter absentes, usucapi posse. At ve-
rò quod de itinere scribit Paulus *in d.l.servitutes.14.
ff. de servitutib.* neminem tam perpetuò, tamque
continenter ire posse, ut nullo momento possessio
ejus interpellari videatur: hoc idem & in usumfru-
ctum competere palàm est: neminem scilicet tam
perpetuò, tamque continenter frui posse, quin aliquo
modo factum fruendi interpelletur. Certè dormiens
uti frui non rectè dicitur. Res quippe animi est &
voluntatis, frui: quod factum in dormientem non
cadit. *l.1.§.furiosus 3. ibi. sicuti si quis dormienti, &c.*
7 *ff de acquirat.vel amitt.possess.* Et cur servitutes per-
sonales, quantumvis actus habeant discontinuos, ta-
men continuæ essent, adeòque usucaperetur, reales
neutiquam. Nunquid ideirco, quia illæ personæ de-
bentur, & ab animo hominis continuo possidentur:
hæ prædio, eoque animò, cujus prædium particeps
non est, possideri nequeunt! Atqui non ipsum præ-
dium, sed qui prædia possidet, servitutum tam urba-
narum, quàm rusticarum possessionem habere intelli-
gitur. *l.si ædes.32.in fine ff de servitutib prædior. ur-
banor.* Proindeque si in rebus corporalibus possessio
animo retinetur. *l.possideri.3.§.sed & si.7.& § saltus.
11 l.clam.possidere.6.in fin.ff.de acquir.vel amitt.pos-
sess.* quidni multò magis in rebus incorporalibus, in
quibus potissimum animus valet & attenditur, idem
diceretur? Ad hæc servitutes hic non considerantur
per se, & jus incorporale continuum: alioqui 30.de-
mum annis omnis servitus præscriberetur, velut reli-
qua jura incorporalia. *l.sicut.3.cum seqq. C de præ-
script.30.volum.40.annorum. §. Si quis per triginta.si
de feudo defuncti contentio sit inter domin.& agnat.
vasal. tit,26. lib.2.feud.* sed ut pars seu accessio rei
immobilis: quæ accessio velut ipsa res soli animo
continuo possidetur: ac propterea longo tempore
re usucapitur. *l.2.C.de servitutib.& aq.d.l.ult.C.de
præscript. longi temporis.* Et ita scribunt sentiuntque
*Wesenbecius in paratit.l.ff. de servitutib.num.5. Do-
nellus lib.11.Commentar.de jure civ.cap.11 Duarenus
libr.1. Disput. anniversar cap.34. Brenchorst. cent.1.
ἐναντιοφανῶν assertat. 92. edit.2. Connanus libr. 4.
Commentar.juris civ.cap.12 num.11.& seq. Heigius
hic num.7. Parladorus libr.1.rer.quotid cap.1.§.8. A-
rumæus dict. Exercit.3.th.13. Andr.Gerhardi Decad.5.
quæst.3. Longovallius ad l.imperium.ff.de jurisdict.
part.4 in princip.num.21. & § Lex autem foramen,
&c. num.3.& seqq. Fachineus libr.8.controversiar.
jur.cap 22. Hænon. Disput.5.controvers.13.& 14. Cis-
ner.ad l.4. ff de usurpat & usucap. Olemannus dict.
Disput.10.num.ult. Ricmorus decad.4. quæst.illustr.7.
Schiferdogher libr.1.tractat.5. Marc.Lyclama libr.2.
membr.ecl. Charondas libr.1. verisimil.5.num.3.& D.
Besoldus in delibat. juris ex libr.8. Pandect. num.8.
pag.550.cum seqq.& Forsterus junior lib 2.Disput.7.
th.13.& seq.* Dissentiunt tamen Doctores plerique,
inter servitutes continuas & discontinuas distinguen-
tes; illasque longo, has immemoriali tempore præ-
scribi asseverantes; *ut refert Corasius libr.5.Miscellan.
jur.civ.cap.5.num.1 & Borlichius part.2. conclusion.
practicab. conclus.6.num.11.pag.115. itemq; Iacobus
Cancerius part.3 variar.resolut.jur. cap.4. num.45.
cum seq fol.211.& seq. & Lingloit.decis Instrutan 8.
quæst.1.num.7.& quæst.3.num.1.fol.76.& 79. Ioan.
Baptista Costa tom 2.tractat.de ratione rata. quæst.
132.num.3 fol.125.* Dicuntur autem servitutes conti- 8
nuæ, quæ facto & industriâ hominis opus non ha-
bent, sed semel constitutæ semper durant: cujusmodi
est jus tigni immittendi, item altius ædificandi, vel
stillicidii recipiendi. *l.foramen.28. ff. de servitutibus
prædior.urbanor* Discontinuæ appellantur, quæ non 9
habent causam continuam, sed quarum usus intermit-
titur: sicut est jus eundi, agendi, pascendi.&c. *Ac-
curs.Bartol.Martinus Laudensis, & alii in dict.l ser-
vitutes.14. ff.de servitutib. Azo. ibid.in sua summa.
num.29. Padilla ad l.1:& 2 C.eod.Vital.libr.2.variar.
lect.cap.13. Capoll.in tractat.de servitutib.urban.præ-
dior.cap.19. Bald. de præscript.in 2.part.4 part. princ.
quæst.1. Vasquius libr.2. controversiar.illustr. cap.84.
num.6. Gomez.tom 2.resolut.cap.15.num.27.& 28.
Scarex.in thesaur recept. sentent.lit.5. num.108 &
seq. Guido Papa decis.573. Schneidevvin. hic num.15.
cum seqq. Mynsinger. num.4.& aliquot seqq. item
cent.4.observ.53. Gailus lib.2 observ.66 num.7. Ioa-
chimus Scheplitz.in not.ad promptuar.tam juris civ.
quàm feudal. Balthasari Klammeri tit.40.de usucap.
§:11.num 4.cum seqq. Modestin.Pistor.cons.7.nu.5 &
seq.volum.1. Colerus in cap.de quarta.4. ext. de præ-
script. num.20.& multis subseqq.* Quorum Docto-
rum opinatio licèt usu recepta sit: veritati tamen
legibusque magis est consentaneum; quòd indiffe-
renter omnes servitutes, etiamsi discontinuæ, longo
tempore præscribantur, *ut suprà dilucidè osten-
sum. Adde Locamerum quæstion.juridicar. fasc.22.
quæst.2.& seqq.*

Non obstat *dict.l servitutes.14.. ff.de servitutibus.* 10
ex cujus principio apparet, servitutes discontinuas
longo

longo tempore non usucapi: cùm continuam possessionem habere non videantur. *Nam* ex suprà traditis constat, omnes omnino servitutes continuam possessionem habere, ac consequenter omnes pariter usucapionem recipere. Etsi enim ipsi actus discontinui sunt, suaque intervella habent: semper tamen jus servitutis animo continuo possidetur: siquidem quispiam servitute (forte aquæductûs aut itineris) utitur, quoties placet & opus est. Unde rectè *in dict. l.14* dicitur: possessionem itineris sæpe interpellari videri. Videtur quippe interpellari propter corporalem possessionem, seu actum ipsum eundi, quem perpetuò continuari non posse, in confesso est. Re autem verà non interpellatur possessio: quæ, licèt corpore à fundo discesseris, animo tamen semper retinetur. *d.l.3.§.sed & si.7. & §.saltus.11. & d.l.clam.6.in fin.ff.de acquir.vel amitt.possess.*

11 Similiter non adversatur *l.foramen,28.ff. de servitutib.prædior.urbanor.* ibi cùm dicatur; servitutes omnes debere habere causam perpetuam; inde colligi videtur, si quæ sit servitus, quæ perpetuam & continuam possessionem seu usum non habeat, eam longo tempore acquiri sive usucapi non posse. *Aliud* namque est causa servitutis perpetua: aliud servitutis perpetua & continua possessio: Et certè hæc longè diversa esse, eodem exemplo foraminis, cujus *in d.l.28.* fit mentio, liquidò probatur. Id siquidem foramen servitutis causam habet eam aquam, quæ manu injicitur, *auctore Paulo ibidem*, hæc, *inquam*, non est causa perpetua: quia non est perpetuum, quod fit manu. At idem foramen semel immissum habet continuam possessionem, ut omnia, quæ immittuntur in alienum: quæ cùm maneant, eodem semper usu retinentur. *l.servitutes.20.in princip.ff.de servitutib.prædior.urbanor. latiùs Donell.d.lib 11 cap.11.pag.*
12 *597.* Deinde respondetur: servitutum quidem debere esse causam perpetuam & naturalem, sed non continuam, hoc est, eam debere esse conditionem servitutis, ut eà uti possimus perpetuò, sive actu, sive potentiâ. Ideoque hoc solummodo asseritur *in dict.l. foramen.* quod omnes servitutes debeant habere perpetuam ac naturalem causam, ut scilicet aptitudine & potentiâ perpetuò iis uti liceat. Sanè quod causam naturalem habet, perpetuò fieri intelligitur, tametsi non assiduè fiat: quia naturæ causa certa atque perpetua est, *ut id susius declarat Bronchorst. dict. cent. 1. assertat 92. post Cujacium libr.11.observation.cap 3.*

13 Nihil item obsistit *l.hoc jure 3. § ductus 4.ff.de aqua quotid. & æstiva.* ubi Pomponius ait; aquæductum, cujus origo memoriam hominum excessit, juris constituti loco haberi. Ergo nisi origo memoriam hominum excedat, pro jure constituto non habebitur; proindeque nec longo tantùm usu acquiretur: cum frustrà exigatur id tempus, cujus origo memoriam excedit, si decem annorum tempus sufficit. Nihil, *inquam*, hoc obsistit. Quandoquidem Jurisconsultus non negat, quia breviori tempore aquæductùs servitus acquiri possit (disertè eternim alibi traditur; aquæductum longo tempore acquiri posse, *l. si quis diuturno.10.in princ ff.si servit. vindicet*) sed hoc tantùm affirmat, tempus immemoriale obtinere vim privilegii, ut qui servitute usus sit tempore tam longævo, non necesse habeat docere de jure suo, titulo, vel bonâ fide: cùm ipsa vetustas vicem constitutæ servitutis obtineat. *l.1.§ ult.l.2.in princ. & l.fin.ff.de aqua, & aqua pluv.arcend. Mynsinger.cent.1.observ.30.* Verum an & quatenus servitutes præscribantur, diligentissimè explicant noviter Gaspar Schifordegh. *lib.1.ad Anton. Fabr.tract.5 quæst.1 cum seqq.* Georg. Mot. de integro mont. *in tract. de jure venandi.part.1.cap.1.num.10. cum seqq.* & Hunnius *libr.2.variar.resolut. jur.civ. tract.2.quæst.14.* Porrò de temporis immemorialis præscriptione plura, observatu comprimis digna, annotata sunt suprà *ad §. feræ.12. titul. de rerum divisione num.122.*

Ad usucapionem servitutum num titulus requiratur; num item scientia & patientia adversarii sit necessaria, disceptant mirificè Interpretes? Titulum requiri, autumant. *Franc. Duaren.prod.lib.1.Disput,anniversl. cap 34. Coras.ad d.l.servitutes.14.nu.30.& seq.ff.de servit. Rovard.ad l.Scribeniam.circa fin. Eman.Soarez.in annotationib. ad Gomez tom.2. var.resolut. jur.civ.cap.15. Hunn.d.tract.2.quæst.15. Hillig.in Donell.encucl lib.11.cap.12.lit.C.Forst jun.lib.sing. de dominio.cap.9 nu.218 vers.tandem fallere,&c.pag 342. Hotoman.lib 8 observ.11. huncq; allegans Treutlerus vol 1.Disput 17 th.9.lit:b.* Neque autem *Glossa, Bartolus, Castrensis, Costalius, & Dd.communiter in d.l. si quis diuturno.10.ff.si servit.vindicet.Conuan.d.l.4. Comment jur.civ.cap.12 nu 17. Capoll.d.tract.de servit.urb.præd.c.20.nu 6. Hieron.de Cevallos in specul. aur.opin commun.contr.commun.quæst.47.Cujac ad d.l.4 § libertatem.ff.de usurp. & usuc. Donell.d lib.11. Comment.de jur.civ cap 12. Fercatul ad d.l.14.nu.15. & 16.ff.de servit. Bachov.in not.ad Treutl. d.l.p.676. & in tract.de actionib.disput.3.ad th.6.p.66.cum seq. Bronch.d.cent 1.assert.93.ed. 2.Rober.Disp.8.th.2. Anton.Fab.lib.19.Conjectur.cap.10.ejusq; individuus comes Schiford.d.lib.1.tract.6.per tot.Tob. Paurmeister. lib.1 de jurisd. cap.21 nu.26. Gilken.de prescr.part.2. memb.1.c.10 nu.12.Schroter.decad 4.diatrib. nomest. quæst.7. Berens disput.4.ad Instit them.1.quæst.2.aliique* Scientiam porrò & patientiam adversarii sive domini necessariam esse, asserunt *Corasius ad dict.l.servitutes.14 num.39.cum seqq. & l.ult.nu.11. & seqq. ff.de servit.Covarruv.in cap possessor.2.de reg.jur. in 6 part.2.relect.in princip.num.8. Bronchorst.cent.2. assertat.7.Costal.ad d l. ult. ff de servitutib. & Hakelman. Disput.7.th.15.liter.c.* Id verò negant *Cujacius ad dict.l.4. §. libertatem.29 ff.de usurpat. & usucap. Duaren.ad tit.dict si quis diuturno.10.ff.si servit.vindic.Treutler. dict. Disput 17.th 9.liter.c.vel.f. Hunnius.dict.l.2.tractat 2.quæst.16.& Hilliger.dict.lib.11. cap.12.liter.C.* Quid igitur in hac opinionum varie- 15
tate statuendum? Nos mediam quasi sententiam eligentes, ad quæstionem propositam breviter respondendum putamus: ubi cum titulo usucapitur servitus; ibi scientiam domini non desiderari: ubi cum scientia & patientia domini, ibi titulo haud opus esse. *Exemplis*

aut *quoad vives. d.l. 4.* ast ex æquitate, si adjecta conditio fuerit, valet constitutio & datur exceptio pacti conventi vel doli. *d.l 4. in fine principii ff. d. tit. l. eum, qui. 16 § qui ita stipulatur. 4. ff. de verb. obligat.* & docet Marcilius *hic in fine,* eumque laudans D. Besoldus *in delibat. jur. ex lib 8. pand. num. 7. pag. 549.*

20 N... quoque obest *l. usumfructum. 4 ff. de usufructu.* ubi dicitur, usumfructum ex die dari sive constitui posse. *Nam* etsi ususfructus etiam est servitus, eoque & jus, ut servitutes prædiorum: jus est tamen personale, in faciendo consistens, hoc est, utendo fruendo; eâ lege, ut prius non sit, nec constituatur, quàm quis possit. *l. 1. §. dies 2. ff. quando dies ususfruct. legati cedat.* Itaque cum ususfructus ex die constitutus est, fructuarius ante diem fieri non potest. Facta enim futura ut naturâ, ita & jure suspendi possunt, ne scilicet priùs id facere liceat, quod in diem dilatum est, quàm dies faciendi constitutus venerit. *docente Donello d. c. 10. p. 560. num. 30.* At verò servitutes prædiales, sunt qualitates & jura prædiorum *d l quid aliud. 86. ff. de verb. signif.* Prædiis autem qualitas sub conditione, vel ex die imponi non potest: cùm non afficiatur prædium per impositionem servitutis realis, nisi ex usu & possessione præsenti, *l ult. ff de servitutib* quæ ubi semel competere cœpit, postea ipso jure peractum diei vel temporis tolli nequit. *Bronch. loco allegato, ubi & aliis objectionibus satisfacit.* Vide tamen aliter sentientem Vultejum *ad princip tituli proximè sequentis. n. 5.* item Ioannem del Castillo Sotomayor. *in tract. de usufruct. c. 11. num. 15. & seqq.*

21 De servitutibus jam constitutis occurrit disquisitio intricata & celebris: utrùm eæ pignori dari nec ne queant? Et Doctores quidem communiter inter rusticas & urbanas servitutes distinguunt; illarumque oppignorationem, harum minimè; admittunt *Bartol. in l si is, qui 21. §. ult. ff. de pignorib. & hypothec. Cæpol. in tract. de servit. urban. præd. c. 12. num. 4. Connan. lib. 4. Comment. juris civil. c. 14. Mudæus in tract. de pigno. c. qua res pig. oblig. poss num. 16. Cujac. in paratit. Cod. si aliena res pignori data sit. & lib. 15. observat. c. 6. & in Comment in libr. 68. Pauli ad edict. pag. 138. & seq. Anton. Faber libr. 5 conjectur. jur. civil. c. 11. in fin. Hotoman in tract. de pig & hypoth. c. 3. & lib. 6. obs. c. 25. hosque referendo sequens Hackelman. Disp 7. th. 24. ad lit. b & Disp. 12 th. 10. sub lit. b. item Bachovius in notis ad Treut. v. 1 disp. 17. th. 12. lit. B. p. 680. & seq. Locamer. quæstion. juridicar fascic. 22. quæst. I. Ant. Affelman. de contract. disp 6. th. 14. pag. 150. & Knipschildt. exercitat. Acad. 5. quæst 3. pag. 171. & seq.* Verùm traditio eorum, qui indistinctè prædiales servitutes pignori obligari posse negant, mihi magis probatur. *d. l si is,*
22 *qui 21. §. ult ff. de pignorib. & hypothec* Hujusque traditionis rationes præcipuæ hæ sunt. I. Quia ea, quæ in creditorem transferri nequeunt; frustrà pignori dantur *l si fundus. 16. §. creditor. 5. ff. d. tit.* Atqui servitutes sine prædiis, cum his cohæreant, in creditorem transferri non posse, constat *l. 1. §. 1 ff. communia prædior l.*
23 *via. 23 § 2. ff de servitutib. præd. rustic.* II Quia pignus, quod alii vendi non potest, inutile censetur, *arg. l. si convenit. 4. ff. de pignorat. act.* Sed servitutes alii vendi non possunt. *arg. l. ex meo 34. de servitutib. præd. rustic.* ubi aquæductus adeò vendi non potest, ut ne quidem dominus proprio in fundo ad aliam fundi partem ducere aquam valeat, quàm ad illam, ad quam initiò concessus est. III. Quia pignus ex tempore, ad tempus, sub conditione posse constitui, non dubitatur. At servitutes ita constitui haud posse, jam suprà ostensum est, *ex l. servitutes. 4 ff de servitutib.* Quæ rationes cùm tam in urbanis, quàm rusticis servitutibus locum sibi vindicent; rectè idem planè jus in iis statuerunt *Duarenus libr. 2. Disputat. anniversar cap. 13. Donellus in tract. de pignorib. cap. 10. Arumæus Exercitat. Iustin. 5. th. 14 & disp. 14. ad leges præcipuas. Pand. l. th. 4. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 78 ad. 2. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 20. ff. quæst. 1. pag. 38. Paulus Beroni disput. 4. ad Institut. thom. 1. quæst. 7. Robertus Disp. 8. coronid 1. & Gothofredus ad dict. l. si is, qui in 21. §. ultim. ff. de pignoribus & hypothecis.*

Nec quicquam moverit, quòd Marcianus *in modo citato §. ult.* non generaliter de omnibus servitutibus, sed expressè & nominatim de urbanorum prædiorum servitutibus enunciaverit, eas pignori dari non posse, ut vel hinc conjiciatur, eum aliud de rusticis sensisse. 24
Etenim id exempli duntaxat causa factum esse credendum est. Exempla autem regulam non restringere, sed 25
potiùs declarare explorati juris est § *hactenus. 7. infrà de gradib. cogna l. regul. 9 § ult. ff. de jur. & facti ignor. l. damni infect. 130. §. fin ff de damno infect. l. 1. §. quod vulgò. 25 ff. de vi & vi armat & prætor. 3. §. Iulianus. quotiens. 2. isti, exemplo manifestius fiet. ff de collat. bon. Oldrad. cons. 244. num. 14. Tuschus tom. 3. conclus. 548 in princ. lit. E. Cothman. cons. 79. num. 260. vol. 2. Menoch. consil 2. n. 205.*

Nec etiam obierit *l sed an via. 12. ff. de pignoribus & hypoth.* ubi Paulus asserit, utilitatis gratiâ rusticarum servitutum oppignorationem sustineri. *Nam* Paulus ibi non de servitute jam constitutâ, prædioque acquisitâ tractat: sed loquitur de servitute, quæ nulli unquã fundo acquisita est; verùm titulo pignoris quodammodo constituitur à domino prædii, eodemque debitore, tantisper dum pecunia, quam creditori debet, exoluta fuerit. Proindeque (*ut clariùs & succinctiùs respondeatur*) illic servitus de novo constituitur; non jam constituta pignori datur. *Vide tamen fusiùs istam legem explicantem Donellum dicto loco.* 26

Rursus minimè ad rem facit *l. ei, qui. 16 ff de servitib.* ubi dicitur; ei, qui pignori fundum accepit, utilem petitionem servitutis dari. *Haud* etenim ibi Iulianus de servitute, sed perspicuè de fundo pignori dato agit: & tum utilem servitutis petitionem esse, rectè astruit. Vtilem namque actionem in rem confessoriam creditori, ut & emphyteutæ, dari, etiam manifestum fit *ex l. creditori. 9 ff. de operis novi nunciat.* Quamvis enim propriè & directò domini non sint, ac propterea directa actio in rem eisdem non competat. *l. 1. § qui in perpetuum. 1. ff si ager vectigalis,* id est, *emphyteuticarius pet.* loco tamen domini sunt: ac proinde meritò eis lex utiles actiones tribuit. *l. creditor. 16. §. fin. ff. de pignorat.* 27

act.l.1.§.1 ff. de superficieb. Corasius ad d.l. ei, qui. 16. ff. de servitutib. n. 11.

28 Cæterùm de servitutib. personarum sic habendum est: usumfructum, sive perceptionem fructuum, ab ipso usufructuario licitè pignori dari posse: cùm & vendi ab eo possit. *§.1. infr. tit. de usu & habitat. dict. l. si is, qui 12. § usufructus. 2 l. & qua nondum. 15. in princip. ff. de pignorib. & hypothec. l. 1. vers. sed si vec usumfructum. C. si pignus pignori dat. sit. Treutler. Disput. 16. th. 10 lit. b. ibique Hunnius in suis Resolut. volum. 1. & Disp. 1 th. 5. lit f. volum. 2. Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. q. 25.* usum verò nullo modo: quia personæ cohæret, & nudum usum habet sine fructu, nec vendi, aut cedi potest: ut proinde nec pignori obligari aut dari queat. *d. §. 1. infr. de usu & habitat. Donel. d. tract. de pignorib. c. 10. pag. mihi 136. Sed eâ de re exquisitiùs acturi sumus ad §. 2. infr. tit. proximo. n. 52.*

Denique cùm rebus in humanis nihil tam firmum
29 & stabile sit, quin mutuationem patiatur aliquam; servitutes quoque prædiorum prædictis modis constitutas amitti posse, manifesto manifestius est. Amittuntur autem potissimum remissione, confusione, & non utendo. Remissione: si is, cui debetur servitus, eam remiserit: aut domino prædii servientis concesserit potestatem faciendi quid in suo isto prædio, quo facto servitus impediatur *l. si precario. 17. in fin. ff. communia prædior. l. si stillicidij. 8. ff. quemad. servitut. a-*
30 *mitt. l. ad certam. 6. ff. de servitutibus.* Remittentibus quippe actiones & jura sua, non est regressus ad ea dandus, *l. quæritur. 14. §. si venditor. 9 ff. de ædilic. edict. l. Papinianus. 20. in fin. cum l. seq ff. de minorib. l. 2 ff. ad senatuscons. Turpil.*

31 Confusione extinguitur servitus: si idem utriusque prædii, servientis scilicet & dominantis, dominus in solidum esse cœperit. *l. 1. ff. quemad. servit. amittend.* Nec enim cuiquam res sua servit. *l. uti frui. 5. in princ. ff. si ususfruct. pet. l. in re communi. 26. ff. de servit. urb. præd.* Rectè autem dicitur, *in solidum.* Si enim prædium tuum meo serviat prædio: sive ego partis prædii tui dominus esse cœpero, sive tu mei: per partes servitus retinetur: licèt ab initio per partes acquiri non poterit. *l. ut pomum. 8 §. 1 ff. de servitutibus.* Si item meo prædio servitus per plures fundos deberetur, atque ego summum & medium fundum acquisierim: servitus non extinguitur. *l. tria prædia. 31. ff. de servit. præd. rusticor. l. si cùm servitus 15 ff. quemadm. servitutes amittunt. & notat D. Bocer. hic num. 27. & seq.* Non utendo amittitur servitus: si vicinus, cui
32 servitus debetur, inter præsentes decennio, inter absentes vicennio, eâ servitute non utatur. *l. sicut. 13 & l. seq. C. de servitutib. & aq. l. nam satis. 6 §. 1. ibi, aut non utendo l. si communem 10 in princ ff. quemad. servit. amit.* Et quidem si rustici prædii fuerit servitus: solâ ejus, cui isthæc servitus debetur, cessatione amittitur, nec est opus facto ejus, cujus prædium servit. *l. partem. 19 § 1. ff. eod.* Quòd si urbani prædii servitus sit: ea cursu prædicti temporis non utendo eatenus amittitur, quatenus is, cujus prædium servit, facto quodam aboleat servitutem, atque libertatem usucapiat *l. hæc autem. 6, ibiq. Duarenus. & l. seq. l. si ædes. 32. in princ. & §. 1. ff. de servit. præd. urb. l. si quis alia. 18. in fin. ff. quemad. serv. amitt. Schneidevvin hic nu. 27. Connan. lib. 4. Commen. jur. civ. c. 12. n. 6. & 7. Forcatulus ad l. servitutes. 14. ff. de servitutib. nu. 23. & seq.* Cæterùm ubi hac lege servitus constituta fuerit, ut non nisi alternis annis, vel mensibus, vel uno die per quinquennium ire, agere liceat; duplicato præfato tempore servitus illa amittitur. *l. si sic constituta. 7. ff. quemad. servit. amitt. l. ult. C. de servit. & aqua. D. Bocer. class. 5. Disp. 8. th. 72. edit. 2. & in hoc §. num. 26. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 8. Pan. num. 18. pag. 566. Donell. lib. 11. Commentar. de jur. civ. cap. ult. pag.* 618. Ratio por- 33
rò diversitatis (cur servitutes prædiorum rusticorum solâ cessatione sive solo non usu longi temporis pereant: urbanorum verò etiam factum aliquod domini fundi servientis requiratur) varia solet afferri à variis.
Accursius *in d. l. hæc autem. 6. in verb. ædes tuas ff. de* 34
servit. præd. urban. hanc affert rationem: quòd in usu servitutis urbanæ sumptus requiritur & præcedit, in rusticâ secus: ideòque illa difficiliùs amittitur. Quam rationem, tanquam minùs veram, Bartolus *ibidem n. 3.* rejicit: propterea quòd etiam in servitutibus rusticis, & maximè in servitute aquæductûs sumptus aliquando
requiritur. *l. si iter. 10. ff. de servitutib.* Ipse verò Bartolus 35
aliam ponit, sed non minus ineptiam: quòd videlicet urbanæ sunt nobiliores: itaque non tam facile tolluntur. Dicendū enim potius videtur: quòd agri, utpote quos divina natura instituit, præstent ædificiis, arte humanâ & gentiū jure collocatis. Sed & nobilia militum privilegia faciliùs pereunt, quàm jus commune paganorū. *l. ejus militis. 34 §. 1 ff. de testamento milit.* Præterea jure civili id, quod nobilibus, fragilius invenitur: ut substitutio directa declarat, quæ celeriùs, quàm fidei commissaria obscurior interit. *l. precib. 8. C. de impub. &*
aliis substitutionibus Aliam diversitatis rationem ex 36
Accursio *in l. sed an via. 12. ff. de pignorib & hypothec.* assignat Corasius *in l. servitutes 14. n. 42 ff de servitutib.* Quia in servitutum urbanarum conservatione non privatum duntaxat commodum versatur eorum, qui-
bus debetur servitus; sed & Reipublicæ, cujus interest, 37
ædificiorum pulchritudinem conservari, ut publicus aspectus honoratior sit, & non deformetur, *l. 2 §. si quis ne nine. 17. & l. fin. ff. ne quid in loc. public. l. præses. 7. ff. de offic. præsid. l. præter. 20. §. hoc interdictum. 10 ff. de operis novi nunciat.* In servitutum autem rusticarum tuitione privatorum utilitas tantummodo versatur: proindeque meritò urbanæ difficiliùs rusticis amittuntur. Quæ ratio licèt plausibilis primo intuitu videatur: magis tamen urbanas servitutes oppugnat & evertit, quàm juvat & tuetur. Quid enim, si ædes depressiores habere cogat, ne lumen vicino eripiatur, aut prospectui ejusdem officiatur: annon hac ratione deformitas ædificii inducitur? Adhæc plusquàm notum est, in agris etiam & villâ urbanas servitutes versari, ubi deformitatis publicæ
non est ullum periculum. *§. 1. supra hoc tit.* Ratio- 38
nem differentiæ alii hanc reddunt: quia in rusticis servitutibus factum utentis intercedit, eundo agendo, aquam ducendo; non item in tigno immittendo, postquàm semel immissum fuit, aut dum mis

non

non officitur luminibus. *Connanus & Donellus locis preallegatis Robert. lib. 4. sent. cap. 8. Capol de servit. urban cap 24. num. 6. Cujac. in l. 4 §. ult ff. de usurpat. & usucap Nic. Valla de reb. dub. tract. 7. num. 18. Vital. lib. 2 lect. c. 11 nu 3 Radulphus Forner. lib. 2. rer. quotid. c. 1. 2 hosq; omnes referens Hillig. in Donello enucleat. lib. 11 c. ult. ad lit. F.* ubi ita scribit: Rusticarum (servitutum) usus non aliter explicatur, quàm ejus facto, cui debentur. urbana verò, solâ ejus, qui debet, patientiâ. Præter non usum igitur facto opus est, quod argumentum sit interruptæ patientiæ. Ast hanc quoque rationem debilem esse, vel inde constat: quòd experimur quotidie in aquæductu aquam sine facto nostro plerumque sponte suâ fluere: adeòque servitutem nescius nobis & nihil agentibus retineri. *l. qui fundum. 12. ff quemadm. servit. amittunt.* Quòd si quis in aquæductus fingat naturæ factum, quasi cursus illius aquæ naturalis & spontaneus, jus servitutis per se loco domini exerceat: idem profectò similiter de stillicidio dici poterit. Sed & repugnat illa servitus, ut tugurium in alieno prædio habere liceat ingruente hyeme, quod semel positum non huc atque illuc movetur: tametsi factum hominis eò se recipientis accedat. *l. ve-
39 luti. 6 ad finem. ff. de servitutib. prad. rustic.* Forcatulus *ad d. l. servitutes. 14. ff. de servitutib. num.* 23. refutatis aliorum rationibus, servitutes rusticas ideò leviore negotio evanescere putat: quòd magis noxiæ prædiis sint, quàm urbanæ. Valde enim premuntur fundi itinere, actu, viâ, aquæductu, & similibus. Non ita, si jus est, ne officiam tuis luminibus, ne ædes meas altius tollam, quod mihi etiam utile est vim ventorum repulsuro. *l. nisi qua deterior. 16 ff. de usufruct.* Verum gravius premi & affici prædia urbana servitutibus, quàm rustica, non forsan absurdè quispiam dixerit. Servitutibus siquidem prædia urbana ad insalubritatem quandam rediguntur. Ædes etenim suppressæ (quas quis habere cogitur, ne luminibus vicini officiatur) aerem liberiorem concludunt, sicque insalubrem reddunt. Annon insuper gravissima & periculosissima servitus est, si stillicidium in aream vicini immittatur, si sordes projiciantur, si secundùm parietem communem insulam balneariam ferre compellitur? *l. quidam. 13. ff. de servitutib. prad. urban.* Quid? si dicamus, servitutum rusticarum usucapionem civili more difficiliùs: urbanarum verò faciliùs receptam fuisse: ac ea propter illas citiùs, has autem tardiùs & difficiliùs amitti: Sed ut ut sit, in hac varietate rectissime Iulianus scripsisse mihi videtur: Non omnium, quæ à maioribus
constituta sunt, rationem reddi posse. *l. non omnium.* 41
20. ff. de legibus, &c.

Nunquid rei sive prædii servientis interitu servitu- 42
tes prædiales amittantur, non inter omnes convenit? Id equidem affirmant *Wesenbecius in paratit. l. ff. quemadm. servitutes amitt. num.* 4. *Bachovius in not. ad Treutler. vol. 1 disp 17. th. 16 lit. C. pag. 680 cum seq & D. Collega Boterus class 5. Disput. 8. th. 75. edit. 2.* Negant verò non absque ratione *Donellus lib. 11. Commentar. de jure civil. cap. ult in fin. Treutlerus dicto loco, & Arumaeus Exercitat. Instit. 5 thes. 15.* Quoniam sublato ædificio, cui debetur stillicidii immittendi servitus, & postea restituto, eadem servitus debebitur: qui res eadem est propter aream, quæ mansit, etsi forma ædificii mutata fuerit. *l servitutes. 20. § si sublatum 2 ff. de servitutib. prad. urbanor.* Quod ipsum confirmatur. *l. si locus. 14 ff quemadmod. servitutes amitt l. & Atilicinus. 35. ff. de servitutib. prad. rustic. & similibus.* Hucque spectat, quod placuit, si certo generi agrorum servitus constituta sit; veluti iter, aut via ad vineas, ad sylvam, ad pratum nostrum, & vineæ vel sylva sublatæ sint, aut ex prato ager novalis, vel hortus factus: nihilominus eandem servitutem manere: cùm superficies quidem mutata sit; sed solum maneat, cui servitus
quæsita fuit *l. certo generi. 13 in princ. ff. de servit. prad.*
rustic. Nec refragatur *principium tituli proximè sub-* 43
sequentis, ubi traditur, sublato corpore, & jus ei inhærens tolli. *Hec* namque in personali; non etiam reali servitute obtinet. Illa enim mutatione rei, & sublato ædificio non subsistit, sed occidit. *l. repeti. 5. §. rei mutatione. 2. ff quibus mod usufruct. amitt.* hæc non item. *d. l. servitutes. 20. § si sublatum ibiq; Castalius. ff. de servit. prad. urban.* Rationem diversitatis explicavimus suprà *ad §. 1. hujus tituli, n. 23.*

DE USUFRUCTU,

TITULUS IV.

Principium Tituli.

Vsusfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore: quo sublato, & ipsum tolli necesse est.

SUMMARIA.

1. *Servitutes reales & personales unde dicantur.*
2. *Servitus personalis quid.*
3. *Species hujus servitutis quæ.*
4. *Ex servitutibus prædialibus possunt fieri servitutes personales, non contra.*
5. *An operæ servorum personales sint servitutes.*

6. Ope-

6. *Opera in heredem creditoris transeunt; & mortuo servo, qui illas debet, extinguuntur.*
7. *Legatis operis, quâ actione experiundum.*
8. *Vsusfructûs definitio, hujusque accurata explicatio.*
9. *Genus propius in definiendo assumendum.*
10. *Vsusfructus an & quatenus dividatur.*
11. *Res sua nemini servit.*
12. *Vsusfructus quatenus sit in rebus alienis.*
13. *Mens & sententia l. 4. ff. hoc tit.*
14. *Cur illa verba,* utendi, fruendi, *hic conjungantur.*
15. *Ius utendi fruendi quid complectatur.*
16. *Emphyteuta plus juris consequatur, quàm usufructuarius.*
17. *Heres fiduciarius quale jus habet.*
18. *Colonus, creditor ἀντιχρήσεως, & legatarius an habeant dominium juris.*
19. *Obligationum qua vis.*
20. *Vsufructuarius quomodo uti debeat re fructuariâ.*
21. *Quamdiu potestas utendi fruendi usufructuario competat.*
22. *Vulgaris divisio usufructûs in causalem & formalem refutatur.*
23. *Vera ejusdem partitio in proprium sive verum, & improprium sive quasi usumfructum.*
24. *Vsusfructus proprius, iterumque improprius quarum sit rerum.*
25. *Vestimentorum usufructus qualis.*
26. *Distinctio inter vestes quotidianas & scenicas.*
27. *Nova & singularis Boceri dissimilio.*

1 RErum servitutibus hactenus expositis, hic Justinianus Imperator servitutes personarum tractandas aggreditur. Vt autem servitutes reales dicuntur a rebus, quibus inhærent, & quibus debentur, & sine quibus esse nequeunt, *§. ideo autem. 3 suprà tit. proximo. l. ergo. 5. §. 1. ff. de servitutib. præd. rusticor. l. 1. §. 1. ff. communia prædior.* ita personales denominantur à personis, quibus constituuntur, & sine quibus consistere
2 neutiquam possunt. *l. ususfruct. 26. ff. de stipulat. servor.* Servitus itaque personalis non malè definitur jus, à re aliena personæ debitum, & ad ejus usum utilitatemque constitutum, *l. dominus. 57. in princ. ibi. ei*
3 *serviebat. ff. hoc t. l. 3. in fin. ff quib. mod. usufr. amitt. Wesen. hic in rub. num* 3. Hujus species licèt tres tantùm, velut præcipuæ, *hoc & seq. t.* afferantur, ususfructus nimirum, usus, & habitatio: tamen plures (frustrà reclamante Hunnio *lib. 2. var. reso. jur. civ. tract. 2. q. 17. & 19.*) alias esse non dubium est. Siquidem & aquæductus (de quo suprà *in princip. tituli proximi* dictum est, quòd si servitus prædialis seu realis) interdum potest esse servitus personalis, *l. Lucius. 37. ff. de serv præd. rust.* ut & iter. *l. pater. 6. ff. de serv. legat.* nec non aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus torcularis, & similia, *de quib. in l. Mela. 14. §. fin. ff. de alim. & cibar. legat. l. pecoris. 4 ff. de servit. præd. rusticor. & suprà initio tituli proximè præcedentis. nu. 46. & 70.* Et sanè ex servitutibus prædialibus possunt fieri servitutes personales; non contrà ex servitutibus perso-
4 nalibus prædiales. Hujusque ratio non obscura est: quia quæ usui sunt rebus, eadem etiam usui esse possunt personis; non vice versâ, quæ personis, etiam rebus, *ut eleganter hic docet Vultejus num. 4. huncq; allegans Hilligerus in Donello enucleat. lib. 10. cap. 1. ad*
5 *lit. a.* Ecquid operæ & ministeria servorum personales sint servitutes, in re controvertitur? Alii enim servitutes esse personales contendunt, quorum signifer est Azo, *prout eum refert Coras. ad rubric. tit. de servitutibus num. 26. Illumq; sequuntur Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 15. de servitutib. num. 1. vers. posset tamen propriè verificari, &c. Donellus lib. 10. Commentar. de jure civ. cap. 1. & ac D. Bocerus hic num 5. & class. 5. Disp. 9. th. 2. ed. 2.* Quidam verò reales esse asserunt. *Accursius, ejusq; Sectatores in l. si quis unas. 32. super verb. quod personæ. ff. de usufruct.* Alii denique nec personales, nec reales servitutes esse existimant, *Corasius d. loco, eumq; citans Forsterus libr. 2. Disput. 8. th. 10. & Ioannes del Castillo Sotomayor in tract. de usufruct. cap. 50. num. 7.* Atque horum sententia ratione non destituitur, Personales quippe servitutes esse 6
non possunt: quia in heredem creditoris transeunt. *l. fin. §. Lucius. 1 ff. de contrah. empt. l. 2. in fine. ff de usu & usufructu legat.* Non item reales: quia personæ cohærent; adeòque mortuo servo, qui operas debet extinguuntur. *l. sicut. 3. §. ult. ff. quib. mod. usufruct. amittit. l. non solùm 8. §. tale 3. ff. de liberat. legatâ.* Atrealis interitu rei naturali non amitti, constat *ex iis, quæ annotavimus ad §. ult suprà tit. prox num* 24. Igitur operæ ejuscemodi planè non sunt servitutes; sed obligationes quædam personales, quæ ex constitutione operarum resultant, *arg. l. Cajus. 12 ff. de annuis leg.* Proindeque legatis operis, ineptus esset, qui actione 7
confessoria, pro servitutibus competente, experiretur. *l. 2 ff. si servitus vindicet.* Agendum etenim est actione personali ex testamento; aut si promissæ fuissent stipulatione, solenni actione ex stipulatu, *l. in stipulationibus. 54. §. 1. ff. de verb. obligat.* nisi creditor à tertio impediretur: contra quem tunc lex permittit injuriarum actione experiri *l. qui pendentem. 25 ff. de actionib empt. l. injuriarum. 13. § si quis me. 7. ff. de injuriis. Eâdem de re fusiùs disputat. Marcilius hic pag. 253. & Hunnius. d. lib. 2. var. resolut. jur civ. tract. 2. quæst. 18.*

Ad personarum porrò servitutes quod attinet: ab usufructu, tanquam à digniore, initium facit hic Imperator: eumque ex Paulo definit jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ. *l. 1 ff. hoc tit. Ius* hoc loco facultatem seu potestatem quandam significat jure tributum: sicuti & aliàs hoc verbum in usu juris pro facultate sive potestate aliquid faciendi accipitur, *initio tit. infr. de stipulat. servor. & initio tit. infr. de actionibus. l. nihil aliud. 50. ff de obligationib & actionib. l. 3. §. bonorum. 2. ff. de bonor. possessionib. Mynsinger. & Schneidewin hic. latè Donellus libr. 10. Commentar. de jur civ. cap. 2. in princ. Lyclama lib. 7. membr. ec. 29 Martin. Schickhard. Disput. 5. ad Institut. th. 10. in resolut. quæst. 1.* Dissentiunt Accursius, Ioan. Faber, Vultejus *hic numer. 7. & lib. 1. Iurisp. Rom. cap. 63. num.* 16. Forster. *d. Disput. 8. th. 1.* & vulgò Doctores, qui *jus* interpretantur servitutem; sicque negant, usumfructum per *jus* definiri debuisse: quòd in definiendo propius & proximius genus assumendum sit potiùs, quàm remotius. Propinquius autem genus ususfructus sit servitus. 8
Verùm quicquid illi dicant: rectiùs definitur ususfructus per *jus*, quàm per servitutem. Non quòd servitus 9
dici non possit: sed quòd ita dicatur respectu rei, quæ eam debet, in qua servitus illa subsistit. Ast in eo, cui debetur, non est servitus, sed jus, id est, facultas, eâ re utendi. Quæ facultas cum non sit, nisi etiam sit servitus, posi-

positâ eâ, etiam servitutem poni certum est, docente Henningo Wegnero. Disput. 5. th. 5. ad lit. d. & Stuckio part. 1. Exercitat. Iustin Decad. 4. assert. 5. ad lit. b. Sed & jus in rebus alienis, nil aliud, quàm servitus est. Ac quoque per illam voculam rebus, servitutes prædiales excluduntur: in quibus non utimur re, sed servitute, itinere, viâ, &c. Ita novissimè tradidit Dn. Collega Besoldus, in delibat. jur. ex lib. 7. Pand. num. 2 pag. 517. ubi rectè dicit: quòd juris nostri conditores, non ita superstitiosi fuerint in logicis definitionibus concinnandis; contenti, si res, de quâ agitur, utcunque intelligatur. Et addit; se semper abhorruisse ab illorum obscurâ diligentiâ, qui novas dum definitiones & divisiones excogitant, plerunque negligunt rem ipsam, aut satis sicco pede eam prætergrediuntur. Idem monuit D Besoldus in tract. de tutelâ & curâ. c. 1 num 1 à me laudatus etiam suprà, ad §. 1. tit. de tutelis numer. a.

10 Non obstat, quòd ususfructus perperam definiatur jus: cum dividuus sit. l. usumfructum. 5. ff. de usufruct. l. 1. §. si usumfruct. 9. ff. ad l. Falcid. jura autem dividi non possint; cùm res sint incorporales, quæ tangi neqveunt. §. 2. J. de rebus corporalib. l. arbor. 19. §. 2. ubi. quæ enim communio juris separatim intelligi potest. ff. communi divid. Nam ususfructus per se ac suâ natura individuus videtur, ut cæteræ servitutes omnes & jura: per accidens autem, & propter usum vitæ communis, itemque ratione fructuum dividuus censetur. Quam rem latiùs explicat, & pulchris exemplis declarat Hotomanus illustri quæst. 20. eumq; laudans D. Hunnius d. lib. 2 var. resol. jur. civ. tract. 2 quæst. 22. Eàdem de re videantur Gœddæus ad l. rectè dicimus. num 18. ff. de verb. signif. & in tract. de contrah. & committ. stipulat. c. 6 conclus. 22. n. 295. cum seq. & Forst. junior lib. 2. Disp. 8. th 3. & seq. item Ioannes del Castillo Sotomayor in tract. de usufruct. cap. 31. nu. 15. & seqq. Eàdemque de re videantur etiam Auctores allegati in §. 1. num. 18 infrà de usu & habitat. Timæus Faber. disp. 15. ad Instit. Imperial. th. 10. itemque Bachovius. in not. ad Treutler. vol. 1 disp. 16. th. 3. lit. K pag. 630. & vol. 2. Disp 27. th 4. lit. a. Knipschildi. exerc. Acad. 6. quæst. 4 pag. 218. & Valentinus Riemer decad. 5. quæst. illustr. 1 Porrò is, qui ejuscemodi jus habet, appellatur tum usufructuarius, tum etiam fructuarius, monente hic Ritterthusio. & Ludovico Molina. tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disput. 7. n. 1.

11 Seqvitur in definitione: alienis rebus. Rectè eqvidem quoniam hîc definitur ususfructus, qui absolutè ita dicitur, hoc est, qui solus est, ac per se consistit, & qui est servitus. l. 1. ff. de servitutibus. Res autem sua nemini servit l. uti frui. 5 ff. si usumfruct. pet. l. in re communi. 26. ff. de servit. præ. urban. l. fundus. 32 in fin ff. de servit. prædior. rustic. Nec huic axiomati resistit, qvod servus domini sui proprius sit, eiqve serviat: ac proinde etiam res sua domino servire videatur. Illud siqvidem axioma locum tantùm habet in servitutibus, à rebus debitis; non item in servitutibus servorum: qui dominis suis serviunt, non jure servitutis, sed dominii, qvod ex servitute profluxit: quâ ratione & omnes res nostræ nobis servire haud malè dicuntur, arg. l si, cùm argentum. 21 §. si fundum. 3. ff. de except. rei judic. & l in remandatâ. 21. C. mandat. Corasius ad rubr. tit. ff. de servitutib. numer. 20. Arumæus Exercit. Iustin. 5. th. 1. ad lit. b.

Neque ei, qvod dicitur hic, usumfructum esse in rebus alienis, adversatur; quòd passim in jure nostro facultas utendi fruendi, quàm dominus in re propriâ jure dominii habet, ususfructus appellatur. d. l. si cùm. 21. §. si fundum. ff. de except. rei jud. l si ita stipulatus. 126 §. 1 ff. de verbis obligat. l si à reo. 70. § si reo. 2 ff. de fidejussorib cum similibus. In his namque locis non propriè de usufructu, ut jus est, agitur: sed de ipsa commoditate percipiendi fructus, cum ipso usufructu nihil commune habente: cùm in hoc jus, in illâ purum & nudum factum versetur. Corasius lib. 5. Miscellaneor. jur. civ. capit. 3. nu. 3. Connanus libr 4. Commentar. jur. civ. cap. 3. numer. 6. Duar ad d. l. si ita stipulatus. 126. §. 1. ff. de verb. oblig. 12

Similiter nihil movet, quod Paulus ait; usumfructum in multis casibus partem dominii; adeòque non in alienis, sed propriis rebus positum esse. l. 4. ff. de usufruct. Nam usumfructum non esse dominii partem, idem Paulus disertè respondit in l. rectè dicimus. 25. de verborum signific. Ideòque breviter dicendum: dictæ l. 4. ff. de usufruct. hunc esse sensum: quòd ususfructus in multis casibus dominii effectum obtineat, & fructuarius pro domino habeatur. l. in venditionem. 8. in princip ff. de rebus auctorit. judic. possid. l. qui usumfructum, 58. ff. de verborum obligationibus. Arumæus. dict. Exercitat. 5. sub th. 16. Et de variis legis illius 4. interpretationibus videndi sunt Pinelus ad l. 1. part. 3 numer. 1 & sequentib. C. de bonis matern. Cujacius ad l si unus. 27. §. item si pactus 8. ff de pact. item libr. 2. Pauli. ad edict. pagin. 23 & libr. 17. quæst. Papin. pagina. 42. & lib. 7. responsorum Papiniani pag. 281 & sequent. Donellus libr. 10. Commentar. de jure civil. capit. 2. pagina. 479 & sequent. Vultejus hic numer. 8. Gœddæus ad d. l. rectè dicimus. 25. ff. de verborum significat. Treutler. Disput. 16. th. 1. volum. 1. lit. G. ubique latè Hunnius in suis resolut. quæstion 3. pagin. 1123. & Bachovius pagin. 629. Ioan. del Castillo dict. tractat. de usufructu. cap. 23. numer. 6. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 86. edition. 2. D. Besoldus in dictis delibat. jur. ex lib. 7. Pandect. numer. 3 pag. 518. cum sequent & Petrus Augustinus Morla in emporio jur. part. 1. tit 6. quæst. 1. num. 10. & seq. Hilligerus in Donell. enucleat. lib 9 cap. 9. ad lit. ubi & alior diversimode sententias refert. 13

Conjunguntur in definitione illa verba, utendi fruendi: tum qvia jus utendi, tantùm ad usum, separatam ab usufructu speciem, pertinet: tùm qvia regulariter fructus sine usu esse non potest. l. per servum. 14. §. 1. ff. de usu & habit. Cujac. libr 8. observat, cap. 9. ante finem. & lib. 13. cap. 12. Borcholt hic numer. 2. & seq. Bronchorst. d. cent. 1. assert 88. Et quidem uti est, ex re tantum percipere fructùs & proventùs quantum ad necessitatem sufficit. Hinc qui utitur, sumere potest ex fructibus rei eatenus, quatenus ad sublevandam suam, & familiæ suæ necessitatem satis est, & non ultrà. l. 2. & aliquot seqq. l. plenum. 12. §. 1. ff. de 14

usu & habitat. *Frui* autem est, omnem rei fructum, omnes reditus, omnesque proventus, non ad necessitatem solùm, sed ad emolumentum quoque, compendium & lucrum, percipere. *l. usufructu. 7. cum similibus ff. hoc tit.* Latiùs ergo patet verbum *fruendi,*
15 quàm *utendi.* Imò qui frui potest, utendi simul facultatem habet, sed non vice versa *d l per servum. 14 § 1. ff. de usu & habit.* Complectitur itaque jus utendi fruendi omnes omnino fructus, qui quoquo modo ex re percipi possunt. *l. item si fundi 9 ff. hoc tit.* etiam ante maturitatem collectos, *l si absente. 48. ff. eod.* tam naturales, quàm civiles; ut sunt salaria, pensiones, usuræ, &c. *d. l. usufructu. 7. l defuncta. 58. ff. eod. t. l. usura. 34. ff. de usuris. Wesenbec. in paratit. h. tit. numer 7. Iacob. Omphalius libr. 1. Civilis politia. cap. 32 fol. 217.*

16 Huic ususfructûs definitioni non obstat, quòd jus utendi fruendi etiam transeat ad emphyteutam, idque in re alienâ: cùm ipsa proprietas in eum non transferatur. *l. 1. §. 1. ff. si ager vectigalis*, id est, *emphyteuticar. petat.* Nam plus juris emphyteuta consequitur, quàm usufructuarius: cùm emphyteusis regulariter ad heredes devolvatur. *d l. 1. ff. si ager vectigal § adeò autem 3. infr. de locat. & conduct.* ususfructus verò morte fructuarii intereat. *§ finitur. 3. infr hoc tit. § ult. ff. quibus mod. ususfruct. amitt.* Et licèt emphyteuta prædii emphyteutici propriè ac plenè dominus non sit: tamen quasi dominus est: atque adeò diserte dominus appellatur, *in l possessores. 12. in fin. C. de fund. patrimonial.* eique utilis actio rei vindicandæ causa tribuitur. *d. l 1. § 1. ff. si ager vectigalis, &c.* Quinetiam agrum ipsum emphyteuticum oppignorare potest, & donare, & vendere, & legare, *l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act l. si dom. … 71 §. ult. ff. de legat. 1.*
17 ut jam non tam alienâ re, quàm suâ frui videatur. Sic quoque licèt heres fiduciarius rogatus hereditatem restituere, cùm moriet … idem jus, quod fructuarius, habere puteтur *l species. 15 ibi, quarum rerum ususfructus ff. de aur. & arg. legat.* attamen reverâ dominium habet, & re suâ, non alienâ (ut usufructuarius) utitur fruitur. *l. 1. §. 2. & l quamvis. 40 ff. ad senatusc Trebell.* & quanquam res fideicommissaria nominatim à Iustiniano res aliena dicitur. *l ultim. §. sed quia. 2. C. communia de legat.* id tamen ex fictione intelligendum est, cùm ne in fideicommissarium quidem dominium verum transferatur. *arg. l. qui usumfructum. 3 ff si ususfruct. petet.*

18 Non item adversatur colonus, creditor ἀντιχρήσεως, & proventus annui legatarius; qui omni fructuum genere, & quidem perspicuè in re alienâ, utuntur fruuntur. *l. 1. ff. de loco public. fruendo. l si quis domum. 9. §. 1 l. si merces 25. §. 1 l si fundus 33. ff. locati. l. si is, qui bona. 11 §. 1. ff. de pignorib. l fundi. 38. ff. de usu & usufruct. legat. l liberto. 11. ff. de annuis legat.* Aliud namque est jus utendi fruendi, aliud vinculum illius juris. Ius est dominium juris, quod fructuario per traditionem acquisitum est *l 3 & 4. ff. hoc tit.* ita ut ei rei vendicatio ex jure Quiritium confessoria competat. *l. uti frui. 5. ff. si usufruct. pet.* Vnde & ususfructus in fructuarii bonis & dominio numeratur. *d. l. in venditionem. 8. ff. de reb. auctor. jud. possid.* At colonus, creditor, cui antichresis concessa est, & legatarius non habent dominium juris, seu actionem realem; sed vinculum juris, id est, obligationem vel actionem personalem tantùm, quà agunt, ut sibi uti frui liceat. Non enim obligationum vis ea est, ut rem 19 aliquam nostram efficiat: sed ut alterum nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum *l. obligationum. 3. ff de obligat. & actionib.* Verùm hanc rem explicatiùs persequitur *Hotomanus illustr quæst. 24. eumq; secutus Broncborst. cent 1. Miscellan controvers. assert. 47.* Et eâdem de re consulatur *Donellus d. lib. 10. Comment cap. 2 pag 481. nec non novè Ioannes del Castillo Sotomayor in tract. de usufructu. cap. 4 & 5.* ubi ad istas, & alias nonnullas objectiones omnium plenissimè respondet.

Adjicitur in ususfructus definitione: *salvâ rerum* 20 *substantiâ.* Quibus verbis modus utendi fruendi usufructuario præscribitur: ut videlicet re fructuariâ utatur arbitrio boni viri, & diligentis patrisfamilias: nec deteriorem proprietatem faciat. *l item si fundi. 9. § sed si lapidicinas. 2. l. si cujus. 13 in princip. & 9 fructuarius. 4 & §. sed si aedium 7. l sed si quid. 15. §. & si vestimentorum. 4 cum §§. seqq. l. sed cum fructuarius. 65 ff hoc tit. l. 1. ff. usufructuarius quemadmodum caveat. l. fructus. 7. § si fundum. 12. ff. soluto matrimon. § sed si gregis 38 suprà de rerum divis & c.* Quo nomine cavere etiam proprietario usufructuarius debet. *dict. l. 1 & passim. ff usufruct. quemadmod. caveat.* Quamobrem si quid damni in re fructuariâ dolo vel culpâ usufructuarii acciderit; ad id, quod interest tenebitur. *dict. l. si cujus 13. § de præteritis. 2 & l. cùm usufructuario. 66 ff hoc tit. l. damni infecti. 18. §. ei, cujus. 2 & l inter fructuarium. 20. ff de dam. infect. & id fusius, σὺν Θεῷ, accuratiusq; explicabimus in dict § finitur. 3. infr. hoc tit. num. 57 & seqq.* Sed & illis ver- 21 bis (*salvâ rerum substantiâ*) ostenditur: tamdiu potestatem utendi fruendi usufructuario competere, quamdiu res illæ, quarum est ususfructus, salvæ manserint. Quandoquidem rebus istis extinctis, sive sublato corpore, & ipsum usumfructum tolli necesse est, *ut loquitur Iustinianus hic, & Celsus in l. 2. ff. hoc tit.* Atque hæc ad definitionis explicationem sufficiant: de quâ videri quoque poterit Leonardus Lessius. *lib. 2. de just. & jur. cap. 3. dubitat. 4.*

Partiuntur vulgò Doctores usumfructum in causa- 22 lem, & formalem. Causalem seu mixtum usumfructum appellitant, qui conjunctus est cum causa rei, id est, quem dominus habet ex causa rei suæ, seu jure dominii: formalem verò (quem merum sive nudum quidam vocant; *Cujacius & Hotomanus, quos refert Schegk. in delibatis jur. Disp. 7. th 37. sub lit. b. & Hilligerus in Donello enucleato. libr. 10. cap. 2. sub lit. D.*) qui in rebus alienis consistit, à proprietate seu dominio separatus. *Bartolus in l & per iusiurandum. 13. §. sed quod num. 2. ff. de acceptilat. Neapolit. Angelus Aretin. Ioan. Faber, Mynsinger … Schneidevvin. Bachovius, & alii in hoc princip Raphael Fulgosius. num. 6. & Florianus de S Petro. num. 2. & 3. in l. 1. ff. hoc tit. Ant. Neguz. in tractat de pignor. 3. membr. 2 part. num. 9. & 10. Ioan. Sichard. in rubr. C. de usufr. numer. 6.*

Petr.

*Petr. Paul. Paris. in repetit. l. re conjuncti. 89. ff. de
legat. 3. numero. 35. Sigis Lefred. in consil. 3. num. 12.
& sequentib. Iacobus Mandellus de Alba in cons. 110.
numer 3 & consil 322 numer. 26. Ludovic. Molina d.
tom. 1. de Iustit. & jur. tractat. 2. disput. 5. num. 5. &
disput. 7. numer. 9. Hunnius libr. 2. var. resolut jur. civ.
tractat. 2. question. 20. Vngepaur. exercitat Iustin. 6.
quaestion. 8. pag 272. & seqq. edit. ultim. Petrus de Peralta in l. Lucio. 23. ff de legat. 2. numer. 4. pagin. 258.
& in l. 3 §. qui fideicommissam ff. de heredib. instituend numer. 21. pagin. 138. Antonius de Padilla in rubr.
C. de servitutibus numer 7. D. Besold. in delibat. jur. ex
lib. 7. Pand. num. 5. pagin. 521. & seq. Iustus Schütz exercitat. jur. disput. 6. th. 14. pagin. 90. Francisc. Mantica, in tractat de conject. ultim. volunt. libr. 9. tit. 5. nu.
7. Marcus Antonius Eugenius in consil. 25. num 52. lib.
1. Iacobus de Carolis, de tertio colore pavonis. 1. num 10.
in fin. pagin. 115. Marcus Aquilinus in l. 2. §. & harum.
2. part 3 numer. 14. ff. de verbor. obligat. Petrus de Barbosa in l. usufructu 57 num. 1 ff. solut. matrim. Wesenbec. in paratit. ff. de usufruct. num 4. Gomez. lib. 2. variar. resolut cap. 15. numer. 2. Capoll. in tractat. de servitut. urban praed. cap. 4 Maranta in l. is potest. 18. ff.
de acquirend. vel omitt. haeredit. numer. 212. Pacius.
cent. 3 [illegible]. quaest 50. Pinelus in l. 1. C. de bonis matern. part. 2. num. 9 & seq. Petrus de Tapia in l.
1 ff. de servitutibus.* & alii propè infiniti, quos noviter congessit ac laudavit Ioannes del Castillo Sotomayor, *in tractat. de usufruct. cap. 1. num. 16. & aliquot sequentib.* At maia is thaec partitio seu divisio est.
Aut enim eum usumfructum ita dividunt, de quo hic
agitur: & latior est divisio: ac perspicuè verbis definitionis, res alienas exigentis, confutatur. Aut sumunt usumfructum abusivè & latè pro quacunque
commoditate, quae ex re percipitur. *praedict. d. l. si ita
stipulatus. 126. §. 1. ff. de verb. obligat. l. si à reo 70. § 2.
ff. de fideiussor. & dict. l si cum argentum. 21. §. si fundum. ff. de except. rei jud. cum concordantibus.* & verbi ambiguitatem declarare; non autem ex divisione
verbi, rei etiam ipsius divisionem facere debuerunt.
*Connan. d lib. 4. Commentar. cap. 3. nu. 6. Duaren ad
d. l. 126. ff. de verb. obligat. Coras d libr. 5. Miscell. jur.
civ. cap. 3. Vita l. lib. 2. var. lect. cap. 3 numer. 5. Anton.
Faber libr. 15. Conjectur. jur civ. cap. 8. Alciat. & Goeddaeus ad l. rectè dicimus 25. numer. 5 ff. de verb. significat. Kubach. cent. 2. quaestion. illustr. politico-juridicar.
decur. 4. quaest. 1. Donell. libr. 10. Comment. cap. 2 Pac.
cent. 3. [illegible]. quaest 49. Giphanius in Commentar. de divisionibus jur. thes. 45. Forster. libr. 2. disp. 8.
thes. 2. Arumaeus Exercit. Iustin. 3. th. 16. Wegnerus Disput. 5. th. 5. ad lit. C. Hoenonius Disput. 5. controvers.
15. Parladorius libr. 1. rer. quotidian. 1r. cap. 4. in fin. Budaeus, Hortens. Hotoman. Antonius Pichard. & Vulteius hic num. 10. & 11. Baro, & Anton. Mattheus hic in
suis Not. & Heigius num. 4* Rectiùs usufructus ex
textibus juris in proprium sive verum, & impropri-
23 um sive quasi dispescitur. *§. constituitur. 2. in fin. infr.
hoc tit. l. 2. § 1. ff. de usufruct. ear. rer. quae usu consumũt.
D. Bocer. class. 5. Disputat. 9 thes. 4 edit. 2. & hic num. 9.
Arumaeus d. Exercit. 5. thes. 17. Vulteius lib. 1. Iurisprud.
Roman. cap. 63. num. 22. Althusius libr. 1. Iuris Roman.
cap. 7. Stuckius d. part. 1. Exercitat. Iustin. Decad. 4. assert. 5. lit. f.* Et quidem utrique definitionem usufructûs competere autumo, sed non eodem modo. Quarum rerum substantia reverâ manet salvâ; earum quoque verus usufructus. At quarum rerum usus absque
abusu non est: earum nec usufructus, aut usus. Vt siquidem verbi ab usu removetur abusus, *auctore Cicerone in Top. in argumento ex contrario.* Postquam autem inventus est modus, quo illarum etiam rerum
substantia possit durare: coepit & usufructus esse, sed
non aliter, nisi qualiter durat substantia, id est, per solam cautionem & impropriè, *ut tradit Wegnerus d. Disput. 5. th. 5. ad lit. b.*

Porrò usufructus proprius sive verus earum tan- 24
tùm rerum est, quae ipso usu non consumuntur: nec refert, utrùm res istae sint immobiles, an mobiles, & se
moventes: quales sunt fundi, aedes, servi, jumenta, & id
gen⁹ res aliae. *d. §. constituitur. 2. infr. hoc tit. l. omniũ. 3.
l. usufructu. 7. l. sed si. 15 §. 3 l. nummismatum. 28. l. statua 41. ff eod.* Improprius sive quasi, usufructus eatũ
est rerum, quae quotidiano usu subinde minuuntur &
dispereunt: ut vinum, oleum, frumentum, legumina, edulia, medicamenta, &c. *d. §. constituitur. 2. vers. nam 25
haeres &c infr. hoc tit. l 1. & tot. tit. ff. de usufruct. ear.
rer. quo usu consumunt.* Vsusfructus vestimentorum
num verus sit usufructus, vel quasi, controversum
est? Eorum semper verum usumfructum esse, putant
*Donellus lib 10. Commentar. de jure civ. c. 4. Bocer. d.
class. 5. Disp 9. th. 6. Anton. Mattheus in suis notis ad d.
§. constituitur. infr. hoc tit. & Bachovius ibidem num.
5. pag. 332 & in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 16. th.
16. lit. A. pag. 653* Sed alii, me judice, non ineptè distin- 26
guunt inter vestes qvotidianas, qvae ipso vsu, & alias,
purà scaenicas & lugubres, vel similes, qvarum perrarus
est vsus, qvaeqve tempore potiùs, qvàm vsu consumuntur. In illis qvasi usufructus, *d. §. constituitur. 2.
infr. eod.* in his autem, ad exemplum navis, qvae non usu, sed tempore consumitur, verus usufructus constituitur. *l. sed si, quid. 15. §. & si vestimentorum. 4. cum
§ seq. ff. hoc tit. l si usufructus. 9. §. penultim. ff. usufru.
quemadm. caveat. Arumaeus d. Exercit. 5 thes. 18. Forster. dict. libr. 2 Disput. 8 thes. 7. Rittershusius & Giphanius ad d. § constituitur. 2. in verb. vestimenta. inf.
hoc tit. Matthias Steph. cent. 2 sub quaest. 26. Forner.
lib. 1 select. cap 21. Hilliger in Donel. enuc. lib. 10. cap.
4. sub lit. B. Ludovic. Molin d. tom. 1. tract. 2. disputat.
7. num. 13. Detlevus Langenbeck in Schemat. Instit. hoc
tit. & D. Collega Besoldus in delibat. iur. ex libr. 7.
Pand. num. 13 pag. 533.* ubi ita judicatum esse, refert ex
Tessauro, *decis. 80.* Vide qvoqve Ioannem del Castillo
Sotomayor *in tractat. de usufruct. cap. 51. Marcum Lycklama lib. 5. Membr Eclog. ult. eosq laudantem Hunnium lib. 2. var. resol. iur. civ. tract. 2. quaest. 24. Timaeum Fabrum d disput 15. ad Instit Imper. th. 11. Locamorum quaestionum iuridicar. fascic. 23. quaest. 2. itemque 27
Fachineum libr. 8. controversia. cap. 41. & Vngepaur
exercit. Iustin. 6. quaest. 8. pag. 276. edit. ultim.* Vide denique D. Collegam Bocerum *ad §. 2. hoc tit. num. 5. &
seqq.* ubi repudiatâ & refutatâ Donelli sententiâ, existi-

mat: vestimentorum & proprium esse usumfructum, & quasi usumfructum, pro arbitrio scilicet testatoris, qui legat vestimentorum usumfructum. Cùm legat testator usumfructum vestis simpliciter: proprium usumfructum legasse intelligitur. Hocque casu legatarius ita debet uti veste, ne abutatur: nec alii locare eam vestem potest. *d. l. sed si. 15. §. 4. ff. hoc tit.* licèt ipse finito usufructu etiam attritam reddere queat. *d. l. si usufructus. 9. §. penult. ff. usufruct. quemad. cav.* Quando autem testator usumfructum vestis legat alicui cum potestate consumendi eam: quasi usumfructum vestis legasse certò existimandus est. Sit ergo in arbitrio industrii Lectoris: utrùm hac singulari & nova Domini Boceri; an verò illâ priori, frequentiùs approbatâ distinctione, controversiam istam componere velit.

§. VSVSFRVCTVS.

à proprietate. 1.

Ususfructus à proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit. Nam heres nudam habet proprietatem, legatarius verò usumfructum. Et contrà, si fundum legaverit, deducto usufructu: legatarius nudam habet proprietatem: heres verò usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento verò si quis velit usumfructum alii constituere: pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu: placuit, certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.

SVMMARIA.

1. *Duo constituendi usufructûs modi; testamentum, & contractus.*
2. *Fundi appellatione plena proprietas significatur.*
3. *An si quis annuos reditus fundi leget, usumfructum legasse censeatur.*
4. *Sensus l. fundi Æbutiani. 28 ff. de usu & usufruct. leg.*
5. *Explanatio l. defuncta. 58. §. 1. ff. hoc tit.*
6. *Sua rei unusquisque moderator ac arbiter.*
7. *Num emphyteuta usumfructum in fundo emphyteutico constituere possit*
8. *Ecquid vasallus, non consentiente domino, usumfructum alteri in re feudali concedere queat*
9. *Dilucidatur l. final. C. de reb. alien. non alienand.*
10. *Perempto jure datoris, perimitur etiam jus acceptoris*
11. *Nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*
12. *Quatenus heres, hereditatem restituere jussus, usumfructum, in rebus hereditariis, fideicommisso obnoxiis, alteri constituere valeat*
13. *Alienatione prohibitâ, etiam usufructûs constitutio prohibita intelligitur*
14. *Usufructu omnium bonorum simpliciter relicto, an feudalium & similium bonorum usufructus relictus præsumatur, remisivè.*
15. *Numquid maritus in fundo dotali usumfructum alii constituere possit.*
15. *An & quatenus usufructuarius in re fructuariâ alteri usumfructum, venditione, permutatione, donatione, aliove titulo cõstituere queat.*
17. *Examinatur l. si usufructus. 66. ff. de jure dot.*
18 *Pauli interpretatio reprobatur.*
19. *Usufructus per cessionem, venditionem, aut donationem in alium transferri nequit.*
20. *Personalia personam non egrediuntur.*
21. *Declarantur juris loca, quæ volunt, usumfructum vendi posse.*
22. *Differentia inter usumfructum, & servitutes prædiorum.*
23. *Adjudicatione quando constituatur usufructus*
24. *Lege datus usufructus patribus in bonis liberorum adventitiis.*
25. *Utrum bonorum adventitiorum usufructus, etiam pecuniæ adventitiæ usumfructum complectatur.*
26. *Pecuniæ appellatione bonorum comprehenditur.*
27. *Si pecunia, finito usufructu, consumpta est: utrum pater, vel heres ejus aliam, ejusdem valoris & quantitatis reddere teneatur.*
28. *Pater, in bonis filii adventitiis usumfructum habens, à ratione reddenda est immunis.*
29. *Regulæ inhærendum, donec exceptio ostendatur.*
30. *Cerneri ratio exploditur.*
31. *Numquid feudum filio fuerit datum, ejus usufructus patri, an verò filio acquiratur.*
32 *Feudum jure peculii castrensis vel quasi castrensis, censetur.*
33. *Cui feuda debeant acquiri.*
34. *In feudis ascendentes non succedunt.*
35. *Usufructus rei feudalis quomodo transeat ad accipientem.*
36. *Genuinus intellectus tit. 1. § firenuus. lib. 2. feudor.*
37. *Quotiens filiofamilias aliquid datur hac conditione, ne patri acquiratur: filiusfamilias id integrum sibi retinet.*
38. *Usufructus feudalis differt ab allodiali & civili.*
39. *Pater & filius quatenus habeantur pro unâ eademque personâ.*
40. *Fructus feudi an sint feudales vel allodiales.*
41. *Recensentur casus quibus pater usumfructum bonorum adventitiorum filii non habet.*
42. *Unicuique licet juri suo renunciare.*
43. *An mater possit prohibere, ne marito quæratur, etiam quoad legitimam, usufructus hereditatis suæ, quam filio communi reliquit.*
44. *Sententia Novellæ 117. cap. 1.*
45. *Interpretatio Auth. excipitur. C. de bon. quæ liber. &c.*
46. *Quatenus conditio legitimæ, in favorem liberorum adjecta, valeat.*
47. *Quibus matribus solus usufructus, in bonis maritorum, ab ipsa lege detur.*
48. *Fœmina, secundò vice nubens, censetur memoriam prioris mariti & liberorum deposuisse; hisque omnibus gravem injuriam intulisse.*
49. *Utrum illud in muliere, post mortem mariti turpem vitam agente, procedat.*
50. *Quæ sancita sunt expressim adversus viduam secundò nubentem, tacitè constituta intelliguntur adversus luxuriosè viventem.*
51. *Sententia Novellæ 39. cap. 2.*
52. *Ecquid diversa sit ratio inter fœminas, secundò nubentes, & luxuriosè viventes.*
53. *Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*
54. *Ut uxor, ita & maritus, ad secundas nuptias transiens, omnium bonorum, quæ ex liberalitate uxoris accepit, proprietatem amittit, solumque usumfructum obtinet.*
55. *An conjunx omnium etiam bonorum, quæ vigore statuti post mortem conjugis, ex substantia ejusdem acquisivit, proprietatem ob transitum ad secunda vota amittat, solumque usumfructum retineat.*

56. Sen-

56 *Sensus Auth. ex testamento, C. de secund. nupt.*
57 *Sententia l. generaliter. 5 in princ. C. de secund. nupt.*
58 *An mater, ad secunda vota transiens, liberorum educatione, & legati usufructûs commodo privari debeat.*
59 *Iure accrescendi acquiritur usufructus.*
60 *Item præscriptione longi temporis.*
61 *Per quas personas usufructus nobis acquiratur.*

1 EXponit hoc loco Imperator duos constituendi usufructûs modos: testamentum sive legatum, & contractum. Prior modus duplex est: vel enim legatur usufructus, id est, ut proprietas sit heredis, usufructus sit legatarii: vel contrà, legatur fundus sive proprietas, ut usufructus sit heredis, proprietas legatarii. Necesse autem est, ut testator fundum, deducto usufructu, leget. Nam si fundum alicui absolu-
2 te legaverit: legatarius plenam proprietatem habebit. Fundi siquidem appellatione plena proprietas denotatur. *l. si Titio fundus. 10. & l. si alij fundum. 19 ff. de usu & usufruct. leg. l. eum, qui ita stipulatur. 56. § si à te stipulatus 7 & l. qui usumfructum. 58. ff. de verb. obligat. l. Mævius 66. §. fundo. 6. & l. cùm filius 76 § dominus 2. ff. de legat 2. Bereholt. hic num. 2.* Est & tertius legati modus, quo & usufructus legatur, & proprietas: ita ut heres neque proprietatem habeat, neque usumfructum, *de quo hic in vers. item alij usumfructum, &c. Donell libr. 10. Commentar. de jure civ.*
3 *cap. 5 circa principium.* Quæri hic potest: an si quis annuos reditus vel fructus fundi leget, usumfructum legasse intelligatur? Et probabilius est, usumfructum fundi istis verbis constitutum censeri, *per textum apertum in l. si quis ita 20 ff. hoc tit.* quia hæc mens fuisse testatoris videtur. *l. cùm ita legatum. 41. ff. de usu & usufruct. legat.* Eodem pertinet textus *in l. per servum. 14. §. 1. ff. de usu & habitat.* ubi Vlpianus inquit: *usufructus, an fructus legetur; nihil interest. Nam fructui & usus inest: usuifructus deest. Et fructus quidem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest.*

4 Non adversatur *l. fundi Æbutiani. 38 ff. de usu, & usufruct. legat.* ubi traditur, hac formula legati (*uxori meæ, quoad vivat, fundi reditus dari volo*) non intelligi usumfructum relictum: sed heredem teneri, fructus & reditus percipere, eosque redactos singulis annis, suo ministerio legatario dare. *Nam* sub distinctione respondetur. Aut testator ita scripsit sive dixit: *Fructus seu reditus fundi illius do lego*: aut ita dixit: *Fructus seu reditus illius fundi dari volo.* Priori casu usufructus legatus censetur: quoniam testator facit fructuario plenam potestatem fructus percipiendi & vindicandi, sibique sumendi. Quæ potestas fructus sumendi ex alieno, invito domino, servitutem, & in proposito usumfructum constituit, *argum. l. quotiens 15 in fin. ff. de servitutib.* Posteriori specie non reputatur usufructus legatus: quia testator illis verbis (*dari volo*) perspicuè facit potestatem heredi fructus sumendi & dandi. Hac potestate heredi tributâ, non solum non constituitur legatario usufructus, sed etiam apertè denegatur.

5 Nihil item obstat *l. defuncta. 58. §. 1. ff. hoc tit. de usufruct.* ubi ita scripsit testator. *Sempronio do lego ex reditu, seu ex reditu fructuum, quos habeo in illo agro meo, partem sextam*: & respondit Scævola; non usumfructum, sed ex eo, quod redactum esset, partem sextam legatam; nempe quam præstet heres, non quam legatarius jure usufructûs percipiat. *Aliud* enim est legare fructus seu reditus annuos: aliud, ex redactu fructuum partem aliquam. Qui legat fructus ipsos, facit legatario ipsorum fructuum sumendorum & percipiendorum potestatem, *ut ante dictũ:* atque in eo est servitus. Qui autem legat ex redactu aut reditu fructuum partem aliquam: is priùs vult fructus esse redactos, quàm ex his ullam partem præstitam, legatamvè. Et quidem vult fructus istos percipi & redigi ab herede; sicque deinde partem legatam ab eo præstari. Certum quippe est, potestatem hanc fructuum redigendorum non esse legatarium collatam. Quod verò in alium ex jure hereditario non confertur: id totum heredis esse creditur. *argum. l. legatum. 110 ff. de legat. 1.* Quòd si igitur in proposita specie tribuitur heredi, ut ipse fructus sumat & percipiat: manifestum satis est, relictum illi esse, ut in suo faciat, non ut alterum facientem pati cogatur. Ex quo perspicere licet, nec servitutem, eoque nec usumfructum esse legatum. *d. l. quotiens. 15. in fin. ff. de servitutib. Donell d. lib 10. Comment cap. 5 pag. 491. Bronchorst. cent. 1 ἐναντιοφανῶν assert. 87. edit. 2 Connanus lib 4. Commentar. juris civ. cap 5. num 4 & 5. Pacius cent. 6. antinomiar. quæst. 31. Hœnonius disput. 5 ad Instit. controvers 16. Ioan del Castillo Sotomayor in tractat de usufruct. cap 29. num. 5. & aliquot sequentib.* Plura de usufructûs legato, observatu comprimis digna, explicavimus *ad § tam autem corporales. 21. infrà titul. de legatis num. 8. & multis subsequentibus.*

Posterior modus constituendi usufructûs est *contractus*, quem Iustinianus hic *in vers. sine testamento, &c.* verbo pactionis & stipulationis complectitur, 6
ut & suprà tit. proximo, §. ult. indicatum. Et certè dubium non est ullum, quia unusquisque dominus possit vendere aut donare, aliave ratione constituere alii usumfructum rei suæ; ut usufructus sit ejus, cui venditus aut donatus est: proprietas verò nuda apud veterem dominum maneat. Nam rei quisque suæ moderator est, atque arbiter, *vulgata l. in re mandata. 21. C. mandati.* Hinc de emphyteuta quæritur: an in 7
fundo emphyteutico usumfructum alteri constituere possit? Et quamvis ille prædii emphyteutici verus dominus non efficiatur *l. 1. §. 1 ff. si ager vectigalis.* id est, *emphyteut. petat.* ac ea propter jure directo & civili constituere, usumfructum in re emphyteutica nequeat: cùm tamen utilis actio in rem ei accommodetur. *d. l. 1. in fine ff. eod* & quasi dominus habeatur & dicatur. *l. possessores. 12. in fine C. de fund. patrimonial. & monuimus suprà ad principium huius tituli. nu. 16.* usumfructum jure saltem prætorio constituere potest: cumq; sic constitutum Prætor utilibus actionibus defendit, ut expressum est de servitute sive usufructu, quem superficiarius in ædibus superficiariis constituit. qui par jus cum emphyteuta habere dignoscitur. *l. 1. §. quia autem 6. & §. ult. ff. de superficieb.* Et huc referantur, quæ annotavimus suprà *ad §. ideò autem. 5.*

nu 32. tit. proximè praecedente. & infr. ad §. adeo 3. tit. de locat. & conduct. nu. 370. & seq.

8 Similiter de vasallo dubitatur: num inscio & non consentiente domino, citra periculum amissionis feudi, usumfructum alteri in re feudali concedere queat? Et quanquam conclusio negativa communiter recepta est; ut, *post Curtium Iun. in tract. de feud. 4. part. in ult. causa amiss. feudi, quaest. 15.* attestatur *Iulius Clarus lib. 4. sent. § feudum quaest. 37. nu. 2. Wesenbec. de feud. cap. 10. num. 5. Parisius cons. 98. num. 4. 5. & 6. vol. 2. & Resenthal. de feud. cap. 9. conclus 12. ubi ad hoc Iacobum Ardizon. Iohannem Blancum, Andream de Isernia, Alvarettum, & alios citat.* non tamen desunt, qui ab ea recedentes contendunt; vasallum in re feudali, domino non consentiente, usumfructum constituere posse; nec feudo privari, si id fecerit *Ita consuluit Rolandus à Valle cons. 59. volum. 2. cujus in sententiam inclinat Ioannes Borchelt. in Commentar. de feud. cap. 8 num. 64 & seq.* Haecque opinio, ratione juris considerata, sustineri poterit: tametsi à communi contrariâ injudicando vix, ac ne vix quidem, sit recedendum. Vrget autem pro ea non parùm textus *in cap. unic. §. 1. de investitura de re aliena fact. tit. 8. lib. 2. feudor.* ubi permittitur vasallo, ut sine domini consensu servitutem praedio feudali imponere possit. Quod certè argumento est, usumfructum ab eodem in praedio feudistico constitui posse. Servitutis etenim impositio, & ususfructûs constitutio aequiparantur in materia alienationis prohibitae vel concessae, *per te-*

9 *xtum in l. final. C. de reb. alienis non alienan.* Nec quicquam movet in contrarium, quòd in l. hac finali rescribitur: prohibitâ alienatione rei, censeri quoque interdictum sive ademptam facultatem constituendi usumfructum vel servitutem. *Quia* responsio ex ipsa lege peti potest, sub cujus finem haec verba, loco limitationis alicujus posita, leguntur: *Nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas aliquid tale fieri permiserit.* Ad hanc limitationem pertinere puto usumfructum, à vasallo constitutum. Ejus enim constitutio, sicut & servitutis impositio, licèt alienationem sapiat: specialiter tamen lege feudali, *contra regulam dictae l. finalis,* permissa est, *ut evincitur ex d. tit. 8 1. lib. 2. feudorum.* Sed & hoc forsan non infulsè dici poterit: *in d. l. finali* eatenus saltem prohiberi ususfructus constitutionem, quatenus in praejudicium & incommodum illius, cui res sub eventu conditionis restituenda est, vergit. Itaque sentit Iustinianus Imper. eum, qui rem à se possessam, favore alterius; ad quem post mortem suam reditura est, alienare prohibetur, non posse in praejudicium illius, servitutem reimponere, vel usumfructum constituere. Interim verò minimè negat, quin is in sui ipsius damnum sive praejudicium alteri servitutem vel usumfru-

10 ctum concedere valeat. Qui sanè ususfructus durare debet, donec jus possessoris extinctum, & alterius inchoatum fuerit. Atque haec interpretatio legis istius apertè confirmatur *ex l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib.* ubi emphyteuta interim, dum possidet emphyteusin, hypothecam in eadem creditori suo constituere potest: eaque hypotheca extinguitur, perempto sive extincto jure ipsius emphyteutae. Et eadem interpretatio corroboratur argumento *l. fin. § fin autem. C. communia de legatis.* ubi res sub conditione, vel sub die incertâ restitutioni obnoxiae, possunt interim alienari vel obligari: sed tamen adveniente restitutionis casu, fingitur retrò nulla alienatio, vel obligatio. Cui consequens est; usumfructum à vasallo in re feudali constitutum, ad id usque temporis, donec vasallus feudum possidet, durare; finiri autem, jure vasalli extincto. *d. tit. 8 §. 1. vers. quid ergo. lib. 2. feud.* Resoluto quippe (*ut tritum juris principium habet*) jure datoris, resolvitur etiam jus accepioris, *d. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. l. Statius Florus. 48 ff. de jure fisci. & similibus, suprà ad d. § ideò 3. tit. proximo, num. 28. allegatis*: & nemo plus juris in alterum transferre potest, quàm ipse habet *l. nemo plus 54. ff. de reg. jur.* Vide Rittershus. *lib. 2. part. feud. cap. 2. quaest. 10.* ubi dicit, nihil prohibere, quo minùs vasallus alteri jus percipiendi fructus in vita sua possit concedere; cùm hoc etiam ususfructuario liceat 11

De herede quoque, qui hereditatem, vel partem ejus restituere a testatore jussus est, an in rebus hereditariis fideicommisso obnoxiis usumfructum alteri constituere queat; ambigi possset? Et quidem in fideicommisso purè relicto, usumfructum ab herede alteri constitui non posse, meritò concluditur. Hujus namque fideicommissi alienatio heredi omnibus modis prohibita censetur *d. l. final. § sed quia nostra, C. communia de legat.* Atqui constituere usumfructum, species est alienationis: & alienatione prohibitâ, regulariter etiam ususfructûs constitutio interdicta intelligitur. *d. l. ult. C. de rebus alien. non alienan. can non liceat. 20. ibi, nec in usumfructum jura dare. caus. 12. quaest. 2. Wesenbecius cons. 51. num. 65. ubi plures allegat.* Aliter verò sentiendum est de re, non puré, sed sub conditione incertâ legatâ, vel per fideicommissum relictâ. Quòd enim, conditione pendente, heres in illa re usumfructum alteri constituere possit, facilè demonstratur *ex d. l. fin. § fin autem. C. communia de legat.* ubi alienatio rei, sub conditione legatae, valet interim, pendente conditione; & ea demum existente, à legatario revocatur. Vnde cernere promptum est; pendente conditione, usumfructum in eâdem re constitui posse. Plus siquidem est, rem totam alienare, quàm usumfructum, in ea constituere. Porrò an ususfructu omnium bonorum simpliciter aut generaliter relicto, feudalium, emphyteuticorum, & fideicommissariorum bonorum ususfructus relictus praesumatur, abundè explanat Ioannes del Castillo Sotomayor *in tractat. de ususfructu. cap. 39.* 12 13 14

De marito idem fortassis quispiam addubitet; ecquid in fundo dotali usumfructum alii constituere possit? Sed, perpensis diligenter illis, quae jam tradita sunt, sine ulla haesitatione dicendum est, maritum hoc facere neutiquam posse. Etenim rei sive praedii dotalis, alienationem marito penitus esse interdictam, liquidò constat: adeò, si contra legis prohibitionem facta fuerit, statim ipse jure nulla esse judicetur. *initio tit.* 15

tit. infrà quibus alienare licet. vel non l. unic. §. & cùm lex Iulia. C. de rei uxor act. tot. tit. ff. & C. de fundo dotali l. non dubium. 5. C. de legib. Hinc necessariâ consequentiâ colligitur; non valere usumfructum, à marito in re dotali alteri constitutum. Nam ubicunque lex alienationem prohibet; etiam ususfructûs constitutio prohibita esse censetur, *sæpè citata l. ult. C. de rebus alien. non alienand.*

16 Denique de usufructuario, qui in re aliena jus utendi fruendi habet, num alteri in illa re usumfructum, venditionis, permutationis, donationis, dotis, vel alio quovis titulo constituere possit, mirum in modum disputatur? Est autem receptior, eaque (ut opinor) verior sententia existimantium; usufructuarium jus ipsum sibi in re aliena constitutum alienare, aut quovis titulo in alium transferre non posse. Hujusque opinionis fundamentum primarium extruitur *ex l. si u-*
17 *susfruct. 66. ff. de jure dot.* ubi expressum est, usumfructum à fructuario cedi non posse extraneo: &, si extraneo, id est, ei, qui proprietatem non habet, cedatur, nihil ad eum transire. Quibus verbis dilucidè significatur: non posse fructuarium in re fructuaria alteri usumfructum constituere, ut in eum transferatur. Neque admittenda est Pineli, *ad l. 1. part 3. C. de bon.*
18 *matern. num 39.* contrarium defendere laborantis, interpretatio; dum ita dicit: *Iurisconsultus in d. l. si ususfructus. principaliter ostendere intendit, cessionem à fructuario factam, non nocere proprietario; nec impedire, quin ususfructus ad proprietarium revertatur: sed ea reversio non erit statim, sed suo tempore, mortuo scilicet usufructuario, vel aliis modis legitimis.* Hæc, *inquam*, Pineli interpretatio, non admittenda est. Quandoquidem Pomponius Iurisconsultus, *in d. l. si ususfructus* principaliter hoc quærit, quomodo ususfructus, à domino proprietatis marito in dotem datus, finito matrimonio in uxorem transferri queat: id quod patet ex illis verbis textûs: *difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri.* Ad hanc quæstionem in ea lege principaliter propositam respondet Pomponius, non posse usumfructum à marito in uxorem transferri; sed per venditionem, sive cessionem factam, perceptionem tantùm fructuum ad illam transire. Sed etsi in ista lege non principaliter de translatione ususfructus ageretur, sufficeret tamen id sententiam nostram comprobandam, incidenter saltem à Iurisconsulto dici, quod nos intendimus; scil. per venditionis, vel alium quemvis titulum, à fructuario transferri ipsum usumfructum in alterutrum non posse, sed commoditatem tantùm sive perceptionem fructuum.

19 Secundò communi decisioni suffragatur *§. finitur. 3 vers. item finitur infrà hoc tit.* ubi Iustinianus tradit, nihil agi, si ususfructus alteri ab usufructuario cedatur. Ideoque ususfructus per cessionem in alterum transferri nequit. Tertiò huc multùm facit *l. non utitur. 38. ff. hoc tit. de usufruct.* ubi usufructuarius, qui vendidit usumfructum, dicitur adhuc retinere usumfructum. Ex quo perspicuum evadit, usumfructum à persona fructuarii per venditionem in alium transferri non posse. Quartò adstipulatur *l. quòd si donavero. 40. ff. eod. tit.* ubi fructuarius, qui donavit usumfructum, non amittit eum non utendo; sed retinet, dummodo donatarius utatur. Sic ergo ususfructus per donationis titulum transiret in donatarium: non retineret eum donator, etiamsi donatarius re uteretur. Quod enim semel à me in alium translatum est: illius retentio apud me, vel amissio per non usum considerari nulla potest.

Quintò nostram assertionem juvat *l. necessariò. 8. §. ult. ff. de periculo & commod. rei vendit.* ubi ususfructus venditus non extinguitur morte emptoris; sed heredi ejus nihilominus debetur, donec venditor mortuus fuerit. Idque ex textu apparet, ibi; *heredi autem meo debebitur: si tu vivis.* Hinc certissimâ consequentiâ colligitur: usumfructum titulo venditionis à fructuario, tanquam venditore, constitui emptori non posse. Aliàs enim emptor ille efficeretur usufructuarius; & illius morte, non verò venditoris obitu ususfructus perimeretur. *l. in singulos. 8. ff. de annuis legat. l. si quis usumfructum. 29. ff. de usu, & usufruct. legat. dict. §. finitur. infrà. hoc tit. l. si patri. 3. l. si domina. 10. l. ambiguitatem. 12. & l. corruptionem. 16. C. de usufructu, &c.*

Sextò evidens juris ratio dictat: usumfructum à persona usufructuarii non posse in alium transferri: quia 20
videlicet ususfructus est jus personæ cohærens. *l. 3. in fine ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* Non ergo venditionis, vel alio quocunque titulo à persona fructuarii transferri in alium poterit: cùm personalia personam non egrediantur. *l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habit. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. & c. privileg. 7. ext. de reg. jur. in 6.*

Denique hanc suis probarunt suffragiis sententiam, Baldus *in l. res, quarum. 17. C. de jure dot. Bart. in l. interest 6. C. hoc tit. Idem Bart. & Alexand. in d. l. cum Titio. 55 ff. ad leg. Falcid. Fabian. in tractat. de empt. & vendit. quæst. 21. num. 53. sub. 4. quæstione principali. Gomez. tom 2. resolut. cap. 15, num. 17. vers. secundò limita &c. Oroscius in l. si tibi decem. 17. §. pactum. num. 2. ff. de pact. Cavalcan. in tractat. de usufruct. mulieri relict. num. 66 Hieronymus Gabriel cons. 162. num 11 & seqq. volum. 2. Anton. de Quesada diversarum quæstionum juris cap. ult. num 16. Ioan. Garsia. in tractat. de expensat. & meliorat. cap 10. num. 28. & seqq. Sarmientus selectar. interpret. lib 3 cap. 9. num. 2. Ludovicus Molina. tom. 1. de Iustit. & jur. tractat 2. disput. 7. num. 19. & 22 Petrus Barbosa ad l. usufructu 57. à num 1 usque ad num. 10. ff. soluto matrim. D Besold in delibat. jur. ex lib 7. Pandect. num. 9. pag 527. & seq. Peregrinus in tractat. de fideicommiss. artic 40. num. 117. Martinus Monter à Cueva causar. civ. regni Aragonum. decis. 46. Covarruvius libr. 1. var. resolut. cap. 8 num 7. vers quòd si patre, &c. Georg. Frantzkius exercitat. jurid. 5. quæst. 5. pag. 123. cum seqq. Ioan. Faber. num. 2. Schneidevvin. num. 8. Heigius num. 12. aliique nonnulli in d. §. finitur. infrà hoc tit. Donell. lib. 10. Commentar, de jur. civ. cap. 8. pag. 499. nu. 40. & cap. 19. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. 91. edit. 2* pluresque alii quos congessit in unum Ioannes del Castillo Sotomayor *in tractat. de usufruct.*

cap.

cap.69.num.7. Qui tamen *num 15.cum seqq.* contra-
riam Pineli *ad d.l.1 part.3. num.39. C. de bon mater.*
Emanuelis Mende Z. *in l. eum oportet. 6. C. de bon. quæ
lib. 2. parte. un. 119. vers. mihi autem videtur &c.* Fe-
liciani de Solis *in tract. de censib libr. 2. cap. 4 num. 4.*
horumq; sequacium opinionem defendere conatur.
*Eidem novissimè adstipulari videtur Hunnius libr. 2.
var resolut. jur. civ. tract. 2. quæst. 32. nec non Gaspar
Schifordegh. lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 12. quæst 1. &
seqq. itemq; Valentin. Riemer. decad. quæst. illustr. 2.
& Vngepaur exercit. Iustinus 6. quæst 9. pag. 279. &
seq. edit. ult.*
21 Nec obstant decisioni nostræ ea juris loca, in qui-
bus disertè traditur, usumfructum vendi posse. *l. arbo-
ribus 12. §. 2 d. l. non utitur. 38. ff. hoc tit.* etiam invito
proprietario. *l. cui usus fructus. 67. ff. eod. §. 1. infrà tit.
proximo. l. si is, qui. 11. §. 2. ibi, nam & cùm emptorem
usus fructus tuetur prætor. ff. de pignor. b.* Quòd enim
Iurisconsulti usumfructum vendi posse dicunt: id de
fructuum perceptione sive commoditate accipien-
dum est. Hanc namque solam usufructuarius, non au-
tem ipsum usumfructum alteri concedere potest, *per
text. in d. l. si usus fructus. 66. ff. de jure dot. & similibus
suprà adductis.* ubi illa fructuum perceptio sive com
moditas apertè distinguitur ab usufructu in hoc, quòd
illa vendendo transferri possit, hic verò non possit: &
additur (*quod ad interpretationem objectarum legum
plurimùm conducit*) usufructu vendito, re ipsa per-
ceptionem saltem fructuum venditam censeri. Em-
ptor igitur ususfructus consequitur personalem tan
tùm obligationem adversus venditorem, quâ is tene-
tur patientiam præstare percipiendi fructus ex re fru-
ctuaria: non autem consequitur jus ususfructus: atq;
adeò non servitutis, sed alio jure fructus colligere po
test. Verùm de isthac quæstione consulatur etiam Ba-
chovius *in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 16. th 10 lit.
A & B. pag. 641. ubi distinctione inter jus merè per-
sonale, & reale adhibitâ, quæstionem illam expediri
posse, contendit.*
22 Notanda porrò differentia hoc loco est inter usum-
fructum, & servitutes prædiorum. Nam utrumque jus
duobus potissimùm constituitur modis; testamento,
& contractu. Sed servitus plerunq; contractu; ususfru-
ctus plerunq; testamento constitui solet, ut videre est
passim *tot. tit ff. de usufruct & tot. tit ff. de usu & usu-
fruct. leg* ubi ferè semper legati ac testamenti fit men-
tio. Ratio differentiæ hujus reddi illa poterit: quia ser-
vitus non multum incommodat: sed ususfructus om-
nem rei commoditatem & fructum aufert. At nemo,
quamdiu vivit, facilè omni fructu rei suæ carere cupit:
moriturus autem non multum curat.
Cæterum, præter testamentum, & contractum,
23 sunt & alii duo, sed minus celebres, constituendi usus-
fructus modi. I. Adjudicatio, puta quando judex in
familiæ erciscundæ, vel communi dividundo judicio,
alteri fundi proprietatem, alteri usumfructum ejus-
dem fundi adjudicat *l. ususfructus plurib. 6 § 1. ff. hoc
tit. l. & puto 16. § 1. ff familiæ ercisc. Schneidevvin. hic
num. 3. Arnoldus Vinnius lib. 1. jurisprudentiæ contra-
24 stæ cap 73. pag 185.* II. Lex, quæ primo usumfructum
deferi patribus in bonis adventitiis liberorum, eorum
potestati subjectorum. Certi enim & expediti juris est:
quicquid filius aliunde, quàm ex castrensi vel quasi ca-
strensi peculio acquirit, illius proprietatem ad ipsum,
usumfructum verò ad patrem spectare. *l. cùm oportet.
6. C. de bonis, quæ liber. §. 1. infr. per quas person. cuique
acquirit l. 1. & 2. C. de bonis matern. Hunnius in reso-
lut. ad disput. Treutleri. 16. th. 2. vol 1.* Et hic quidem 25
ususfructus bonorum adventitiorum tam latè patet,
ut etiam pecuniæ, quæ in bonis adventitiis filii reperi-
tur, pater usumfructum habeat, *arg d. l. 1. C de bon. ma-
ter & d. l. cùm oportet. 6 C. de bonis, quæ liberis, &c.*
ubi rerum & bonorum adventitiorum ususfructus pa- 26
tri tribuitur. At pecuniam quoque rerum & bono-
rum appellatione comprehendi, palàm est. *l. rei appel-
latio. 5. & l. bonorum appellatio. 49. ff. de verb. signific.*
Pecuniæ igitur adventitiæ ususfructus, quemadmo-
dum cæterarum rerum adventitiarum, ad patrem per-
tinet. Eâ autem sic utetur, ut fert natura ejus & condi-
tio. Cum enim pecunia, sicut vinum, frumentum, o-
leum & similia, earum rerum numero habeatur, qua-
rum usus non est, nisi consumantur: sanè pater, ad
quem pertinet ususfructus, ex senatusconsulto pro-
prietatem illius, & ceu dominus, consumendi quoq;
facultatem consequitur: quia ex senatusconsulto ita
est istarum rerum ususfructus, ut dominium simul
transferatur. Sed tamen utcunq; pater, tanquam usu-
fructuarius, pecuniæ, & aliarum rerum fungibilium,
quæ pondere, numero, & mensurâ constant, consu-
mendarum facultatem habeat finito tamen ususfru-
ctu, ejusmodi res consumptas in eodem genere, nu-
mero, pondere vel mensurâ, in qua accepit, reddere
cogitur. *§. constituitur. 2. infr. hoc tit. libr. 1. & l. si vi-
ni. 7. ff. de usufructu earum rerum, quæ usu con-
sumunt.*
Sed vehementer controversum est: si pecunia, post 27
usumfructum finitum, consumpta est, nec amplius ex-
tat, nec etiam apparet, eam in rem patris esse versam;
utrùm pater, vel heres ejus nihilominus aliam ejus-
dem valoris & quantitatis reddere teneatur? Quod
quidem negant Corneus *cons. 105. col. ult. ad fin. lib 3.* &
Paris *cons. 25. num. 76. lib. 2* eâ ratione commoti: quia
pater, qui in bonis adventitiis filii usumfructum ha- 28
bet, non compellitur administrationis suæ rationem
reddere, per textum *in d. l. eum oportet. 6 §. 2. & l fin.
§. sin autem, 4. in fin. C. de bon. quæ liberis, &c.* Ergo
(*inquiunt*) pecuniam adventitiam, jure ususfructûs à
se consumptam, post finitum usumfructum, restituere
nō tenetur: nisi, eam in rem & utilitatem ejus conversā
fuisse, probetur. At Pinelus *in l. 1. part. 2. C. de bon. ma-
tern. num. 41.* contrarium rectissimè defendit: pecu-
niam videlicet jure ususfructûs à patre consumptam,
& erogatam, finito usufructu restituendam esse, et-
iamsi non doceatur, in rem patris eam versam fuisse
Idque demonstrat *ex l. 2. ff. de usufruct. earum rerum
quæ usum. consum & d. § constituitur. infr. hoc tit.* ubi
habetur, usufructuarium, qui pecuniam, in qua usum-
fructum constitutum habuit, expendendo consum-
psit, finito usufructu restituere debere. Ab hâc regulâ, 29
quæ *in allegatis modo locis* generaliter est proposita,
non

non videmus patrem usufructuarium in bonis adventitiis filii esse exemplum. Ei ergo inhærendum, donec exceptio monstretur. *arg. l. ab ea parte. 5. ff de probationib. l. suus 4. § pute. ff de heredib. instit. Decius in l 1. nu. 7. ff. de reg. jur.* Ad hujus sententiæ confirmationem accedit *d. l final. § ipsum autem. 3 ibi, ut pretium earum vel in res, vel in causam hereditariam precedat, vel filio servetur. C. de bonis. quæ liberis. &c.* Quibus legis verbis significatur; pecuniam, in qua pater usumfructum habet, filio servandam, id est, restituendam es-
30 se, si consumpta fuerit. Nec enim servatur pecunia, quæ consumpta non restituitur. Neq; in opinionem contrariam aliquem vocare debet ratio à Corneo & aliis considerata: quòd scil pater à reddendis rationibus sit immunis. Nam inde minimè sequitur, quòd finito usufructu non teneatur restituere pecuniam, quam constat ab ipso acceptam & consumptam fuisse. Cui enim reddendarum rationum necessitas remittitur, is nihilominus restituere debet ea, quæ ad ipsum pervenisse probantur, sive in rem suam, sive non converterit. *l. si quis rationes. 9. & l. Aurelio. 20. in fine ff. de liberat. legat.*

31 Haud minor controversia est: utrùm, si feudum filio fuerit datum, ejus usufructus patri, an verò filio acquiratur? Sunt certè, qui feudum filii familias, ratione usufructûs, ad patrem spectare existimant. *Bald. ad d. l. cùm oportet. 6. in princip. nu. 8. C. de bon. quæ liberis. Curt. jun. in tract. feud. part 3. memb. 2. nu. 46 Sontbec. de feudor. part 7 num. 8. Mozz. de naturalib. feudor. num. 47. Niellius disput. feudor 2. thes. 5. liter. dict & Iustus. Schütz exercitation. jur. disput. 6. th. 21. pag 93.* Sed ego contrariam sententiam & receptiorem & veriorem esse, omnino censeo Tum quia feuda, cùm ut
32 plurimùm vasallo militiæ contemplatione dentur, jure peculii castrensis vel quasi castrensis censentur: in quo patrem non habere usumfructum certum est. *§ 1. instr. per quas pers. cuiq; acquir. initio. tit. instr. quib. non est permiss. fac. testam. l. 1. C. de castrens. pecul.* Tum
33 quia feuda non debent acquiri alii, quàm ei, quem idoneum dominus judicavit, & cujus industriam in servitiis præstandis elegit. Tum quia feuda jure bono-
34 rum allodialium non censentur: cùm in iis ascendentes non succedant. *lib 2. feud. tit. 50.* Tum quia usus-
35 fructus rei feudalis ita accipientem transit, ut ad eum, heredesq; suos in perpetuum pertineat. *d. lib. 2. tit. 23. in fine.* Tum denique quia filiusfamilias in effectu alias nihil esse habiturus, utpote proprietate apud cōcedentem remanente, & usufructu ad patrem transeunte, cōtra manifestam æquitatem, & expressam feudi descriptionem, ab Oberto propositam. *d tit. 23. circa fin.*

36 Non obstat, quòd de hac quæstione nihil feudorum placitis expressū reperiatur dispositum, ac proinde ad dispositionem juris communis sit recurrendum, *per text. in tit. 1. de feudi cognit. §. strenuus. lib. 2. feudor.* Hic etenim textus non ita est accipiendus, quasi protinus ad jus civile decurrendum sit, si in jure feudali quæstio, quæ incidat, non reperiatur expressis verbis decisa: sed tum demum, si decisio nec verbis sit expressa, nec bonâ ratione aliquâ, aut argumentatione inde deduci possit. Neq; enim minùs expressè dispositum esse reputatur, quod per bonam consequentiam ex verbis potest deduci, quàm id, quòd disertis verbis expressum est. Iam verò prædictæ rationes pleræque ex intimâ juris feudalis prudentiâ petitæ, ejusmodi sunt, ut ad jus civile, hoc casu recurrere necesse non sit, imò ne recurri quidem debeat Sed & posito, non tamen in veritatis præjudicium concesso, quòd proposita quæstio nullibi in jure feudali, vel tacitè, vel expressè sit decisa: ac ea propter ex jure civili veniat decidenda: certè non aliud decidendum erit, quàm quod hactenus ostensum est, videlicet feudum patri non acquiri. Iure 37
namque civili quotiens filiofamilias aliquid hac conditione datur, ne patri acquiratur: filiusfamilias id sibi retinet integrū, nec patri usumfructum acquirit, *auth. excipitur. C. de bon. quæ liberis, &c.* Iam vero cùm quis rem aliquam filiofamilias in feudum concedit: ex natura feudorum hoc agere videtur, ut filiusfamilias feudum illud sibi retineat, indeque sumptus necessarios ad servitia expedienda sumat. *dict. t. 23. in fin. lib 2 feudor.* Ergo etiamsi de hac controversia ex jure civili judicium faciendum foret: tamen non aliud decidendum esset, quàm quod huc usque defensum est; feudum scilicet, filiofamilias concessum, patri non acquiri.

Sic quoq; non obstat, quòd feudum nihil aliud sit, 38
quàm usus fructus, *per text. express. in d. tit. 23. prope fin. lib. 2 feud.* ubi dicitur, usumfructum rei datæ transire in accipientem. Vsusfructus autem filiofamilias concessus patri acquiratur, *l. ult. C. hoc tit.* Nam respondetur: feudum quidem dici esse usumfructum; sed ab allodiali & civili usufructu planè diversum: ac proinde ab illo ad hunc non semper procedere argumentum, *arg. l. Papinian. 20 ff. de minorib. & l. ult. ff. de calumniatorib.* Ac sanè, quoad propositam quæstionem, diversa est ratio ususfructûs civilis, & feudi. Etenim jam suprà demonstratum est: neq; naturam feudi (quæ hæc est; ut ususfructus sit penes accipientem, & eum, cui feudum constitutum est. *d. tit. 23. in fine lib. 2. feudor.*) neque voluntatem constituentis domini, neque denique ipsam æquitatem permittere, ut ususfructus feudalis patri acquiratur. Quæ omnia non impediunt, quo minus ususfructus allodialis: filiofamilias constitutus, patri ejus acquiratur. *d. l. ult. C. hoc tit.*

Similiter non adversatur: quòd, cùm filiusfamilias, 39
& pater pro una eademque persona habeatur *l. fin. C. de impuber. & aliis substit.* inde consequens sit, ut quicquid conceditur filio, idem quoque patri concessum intelligatur: ac proinde feudum filio quæsitum, patri eius acquisitum censeatur. *Respondetur* enim: filiumfamilias, quoad res acquirendas, cum patre pro una persona reputari, quotiens id neque illarum natura, neque dantis intentio impediat. Cæterùm in feudo, filiofamilias concesso, istud accidere, ex suprà dictis clarescit.

Nihil item movet, quòd fructus feudi non sint feu- 40
dales, sed allodiales: qui cùm jure bonorum allodialium censeri debeant: allodialium autem bonorum ususfructus ad patremfamilias pertineat. *d. l. cùm oportet. 6. C. de bon. quæ liber.* ad eundem & fructus hu-

jus feudi spectent. *Nam* nihil hic concluditur aliud, quàm fructuum feudalium usumfructum ad patrem pertinere, non ad filium: quod à quæstione nostra est diversum. Quæritur enim, an usufructus feudi pertineat ad patrem, h.e. usus fructus usus fructus, quod jura civilia dicunt servitutem servitutis. Sed ut de hoc etiam quæratur, respondendum erit, patri ne feudaliū quidem fructuum usumfructum acquiri: quia ita usufructus filii foret nullus; quem tamen filii esse, disertè Obertus in descriptione feudi scribit. *d. tit 23. ad fin. lib. 2 feud.* Atq; ita hanc sententiam tuentur. *Andr. de Isern in cap. 1 nu 13. de his, qui feud. dar. poss. Iac. de Belvis. Nic. de Neapel. Bald. Alvarot, Mart. Laudens. Prapos. & Afflict. nu. 16. in cap. 1, §. si duo. de duob. fratrib. de novo benef invest. Wesenb. in tract. feud. cap. 5. nu. 4. Vultej. lib. 1. de feudis. cap. 4. num. 8. Schrader. in tract. feud part. 7 cap. 6. nu. 6. Mynsing resp. 92 nu. 24. Ruding. libr. 1. var. lect. feud cap. 42. Schneidevvin. de feud. part. 6. num. 7. Hunn. in resolut. ad disput. 16. Treutler. th. 2. quæst. 6. pag. 1128. cum seq. Borcholt. de feud. cap. 5. nu. 48. Forster. lib. 2. disput. 8. th. 5. Roland. à Valle cons. 71. nu 65. & 66. vol. 2. Borgnin. Cavalc. de usufruct. mulier. relict. post nu. 79. vers. h.e. quòd pater, &c. Andr Gerhardt Decad. 5. quæst. 8. Hilliger in Donello enucl lib. 10 cap. 3. sub lit. A.* Eadem de re videndus est novissimè Illustris Georg. Acacius Enenkel. *in tract. de privil. parent. & liber. privil. 4. cap. 4 nu. 21 pag 305.* nec non Fachin. *l 7. controversiar. jur. cap. 77* ubi hanc controversiam distinctionis moderamine dirimere conatur. Verùm isthanc distinctionem rectè repudiat & refellit D. Collega Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 7. Pand. nu 11 pag. 331.*

41 Sunt & alii casus, quibus bonorum adventitiorum usufructus non penes patrem, sed filium constitutus est: ut ecce si pater usumfructum bonorum adventitiorum filio remiserit. Tunc enim plena proprietas apud filium constituitur. *d. l. cùm oportet. 6 §. non au-*
42 *tem. vers. sin autem. C. de bon. quæ liberis, &c.* Vnicuiq; quippe juri pro se introducto renunciare licet. *l. pen. C. de pact.* Similiter si pater non vult consentire filiofamilias volenti hereditatem adventitiam sibi delatam adire: filius eo invito hereditatem istam adire, sibique acquirere potest: per quam acquisitionem plenam proprietatem, adempto patri usufructu, consequitur, *l. cùm non solùm 8. in princ. C. de bonis quæ liber.* Sed & tum pater usumfructum bonorum adventitiorum filii non habet, quando hac conditione datur vel relinquitur quippiam filio, ut ipse plenâ proprietate fruatur, nec ad patrem jus utendi fruendi perveniat. *dict. auth. excipitur. C de bonis, quæ liberis, &c. Novell 117 ut liceat matri & aviæ, &c. cap. 1.* Idque procedit etiam in matre, eâdem conditione filio aliquid donante, vel relinquente, *ut apparet ex d. auth. excipitur. ibi, aliquè parentum. C. de bon quæ liber.* Eadem namque est ratio in matre, quæ in extraneo, istiusmodi conditionem adjiciente. *Inspiciantur illâ de re Ludovicus à Molina in tractat. de Hispanorum primogeniis, lib. 1. cap. 19. nu. 30 cum seqq. item Ludovicus Molina Iesuita d. tom. 1, de just. & jur. tractat. 2. disput. 8. num. 2. Ioan. Gutierrez in repet. c. quamvis pactum, de pactis. in 6. in verb. nullum ad bona paterna regressum num. 18. cum seqq. Francisc. de Caldas in l. si curatorem habens. 3 verbo, læsis. num. 144 & seqq. C. de in integr. restit. minor. & alij, quos recitando sequitur Ioannes del Castillo Sotomayor in tractat. de usufructu. cap. 3. nu. 45. & seqq.*

45 Sed ingens quæstio est: an hodie mater possit prohibere, ne marito quæratur, etiam quoad legitimam, usufructus hereditatis suæ, quam filio communi reliquit: & sic an prohibitio ista acquisitionis teneat etiamsi in legitima? Est autem multorum opinatio, conditionem illam respectu quoque legitimæ à matre adjici posse. Ita siquidem tradunt *Accursius & Angelus in d. Novell 117. cap. 1. Bald. in l. filiæ 18. col. fin. C famil. ercisc. Salicet. in l filijs. 25 C. de inoffic. testam. & alij, quos refert & sequitur Fernandus Vasquius in tract. de successionum creat. lib. 1. §. 10. num. 234. ubi opinionem hanc communem pronunciat.* Cui similiter subscripsit *Michael Grassus in libr. receptar sentent. §. legitima. quæst. 38 num. 18.* Ast in contrarium esse veriatem dicit Bartolus *in d. Auth. excipitur. num 1. C. de bona, quæ liberis, &c. quem probant ibidem Fulgosius, Paulus de Castro, & Corneus, nec non Rodericus Xuarez in l. quoniam in priorib. 32. limitat. 1. C. de inoffic. testament.* 44 Pro quorum sententiâ fortissimè militat textus *in d. Novell. 117. ut liceat matri & aviæ, &c. cap. 1.* ubi sancitur, quod mater, post legitimam filio relictam, possit reliquum eidem relinquere sub hac conditione, ne patri usufructus in illo acquiratur. Vnde plusquam manifestum evadit, legitimæ talem conditionem, ne pater usumfructum in ea habeat, apponi non posse. Quod & ratio, quâ Imper. Iustinianus utitur, dilucidè ostendit, dum inquit: *Hæc enim & extraneis relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas nasceretur.* Cùm itaque in legitimâ contraria sit ratio: quòd videlicet extraneis relinqui non possit: consequens est, ne usumfructum quidem ejus patri adimi posse.

47 Neque adversatur *d. auth. excipitur. C. de bonis, quæ liber.* quæ generaliter permittit matri, quòd in bonis filio relictis conditionem adjicere valeat, ne patri usufructus acquiratur. *Nam* cùm ea authentica sit desumpta *ex d. Novell. 117. cap. 1.* necesse omnino est, ut illam ex hac ipsa Novella, ceu fonte suo, unde traducta est, per restrictionem ita interpretemur, ut locum sibi non vindicet, quando mater legitimam filio suo relictam hac conditione gravat, ut in ea pater usumfructum non consequatur. 46 Nec movet, quòd DD. communiter concludunt; gravamen vel conditionem legitimæ adjectam, in favorem & commodum ipsorum liberorum, validam & observandam esse, *gloss. in d. l. quoniam. 32. in verb. tollatur. ibiq; Bald. & alij. C. de inoffic. testam. Anton. Gomez tom 1. var. resolut. cap. 11 num. 27. Anton. Gabriel. tit. de legitima. conclus. 6. num. 20. Grassus d. § legitima. quæst. 38 nu. 14. ubi plures citat.* Hæc quippe communis conclusio procedit, quando conditio illa solum liberorum favorem concernit, & non simul etiam a jus, quod pater saltem in spe legitimâ filiorum constitutum habet, diminuendum tendit. Hujusmodi enim conditionem legi-

gitimæ appositam patri non præjudicare, *constat ex d. Novell. 117. cap. 1.*

47 Secundò datur ab ipsa lege ususfructus matribus ad secundas nuptias transeuntibus, in bonis, quæ à prioribus maritis erant assecutæ. Fœminæ siquidem, secundà vice nubentes, bonorum, quæ à maritis titulo institutionis, legati, donationis propter nuptias, vel ex alia quavis liberalitatis causa acquisiverunt, proprietatem propter secundas nuptias contractas amittunt, reservatâ eâdem proprietate liberis, ex primo matrimonio procreatis; atque ita solus ususfructus eorum bonorum istis mulieribus ipsa lege constituitur. *l. fœmina. 3. & authenticis seqq. C. de secund. nupt. l. mater. 5. C. ad senatuscons. Tertyllian. Novell. 22. cap.*

48 *46. § 2.* Ratio illius juris hæc redditur: quia mulier per transitum ad secundas censetur memoriam prioris mariti & liberorum deposuisse; atque adeo his omnibus gravem injuriam intulisse. *d. Novell. 22 cap. 40. & cap. 43. ibi, defuncti animam contristaret, &c.* Et eâ de re consulantur *Ruinus cons 113. in fin. vol. 2. Iacob. Mandellus de Alba cons 349. in princip. libr. 2. Ioan. Cephalus cons. 288. num. 2 & seq. lib. 2. Menoch. cons 237 num. 7. lib. 3. Francisc Bursatus cons. 12. lib 1. Hippolyt. Rimnald. cons 251. in fin. lib 2. Ioan. Gutierrez. practicar. lib. 2 quæst. 95. num 2. & lib. 3. quæst 43. num. 23. aliique nonnulli, quos enumerat Ioannes del Castillo Sotomayor in tractat. de usufruct. cap. 2. numer. 9. & seq.*

49 Quæritur hic non incommodè: utrùm illud quoque procedat, in muliere, non quidem post mortem mariti nubente, sed tamen turpem & inhonestam vitam agente: Et (non obstante contrariâ opinione Alexandri in *l. sororem. 10. Cod. de his. quibus, ut indignis, &c. quem refert Valentinus Forsterus in tractat. de successionib. lib. 7. cap. 15. num 13. & seq.*) æquitati æ veritati magis conforme crediderim: viduâ luxuriosè aut impudicè viventem solummodo usumfructum in bonis, ex causa lucrativâ à priore marito acquisitis, armisâ proprietate, retinere, *arg. l. his solis. 7.*

50 *C. de revocandis donat.* ubi ea, quæ adversus viduam ad secunda vota convolantem, expressim sancita sunt, censentur tacitè constituta adversus luxuriosè & turpiter viventem. Cui sententiæ non parùm opitulatur

51 textus *in Novell 39. cap. 2.* ubi pœna, quæ infligitur viduæ, intra annum luctûs nubenti, porrigitur etiam ad eam, quæ ante annum luctûs finitum inhonestè vixit, undecimo mense post obitum mariti peperit. Hinc consequens est, pœnam legibus irrogatam viduis, post annum luctûs nubentibus, id est, proprietatis amissionem retento usufructu, æquè locum habere in viduis, post id tempus turpiter viventibus. *Atque ita sentiunt Bartolus in d. l. his solis. 7. in fine. C. de revocand. donationibus. Panormitanus in cap. uxoratus. 8. nu 2. ext. de conversione conjugator. Brunus in tract. statutor. art 7. nu 304. Ioan. de Garronib. in auth. ex testam. num. 30. C. de secund. nupt. Mynsinger. cent 5. observat 24. num. 1. Gail. libr. 2. observat. 68. num. 15. & seqq. hosque omnes allegans Ioan. del Castillo dict. cap. 2. num. 78.*

52 Non obstat, quod diversa sit ratio inter fœminas secundò nubentes, & mulieres luxuriosè viventes: eũ illæ novis maritis non tantùm bona, sed etiam vitam ipsam addicant, & magis amori in secundum maritum indulgeant, quàm vel defuncti memoriæ, vel pietati erga liberos tribuant. *l. lex, quæ tutores 22. vers. lex enim, &c. C. de administrat. tutor.* ac proinde liberos, ex prædefuncto marito susceptos, quacunque possunt ratione, bonis exuant, eaque posteriori marito applicẽt: hæ contrà omnium avarissimæ censeantur, resque filiorum, vel proprias, non attenuare, sed potiùs augere & ampliare existimentur. Non illud, *inquam*, obstat. Ratio namque ista est nimio amore & affectione mulieris erga secundum maritum petita, ob quam metuitur defraudatio bonorum, ad liberos pertinentium, non habita est in consideratione ab Imperatoribus, pœnam secundis nuptiis infligentibus; sed ea potiùs, quòd mulieres secundò nubentes obliviscantur charitatis & affectionis, quam erga maritum defectum & liberos primi matrimonii habere debeant; atque ita non levi injuria illos afficiant. Ast hanc rationem maximè locum obtinere in viduâ, luxuriosè & turpiter vivente, ipso meridie clarius est. Vbi igitur eadem ratio: ibi meritò eadem esse debet juris dispositio. *l. quædam. 9. §. nummularios ff. de edend. l. illud quæsit. 32 ff. ad l. Aquil. l. à Titio. 108. ff de verb. oblig.* 53

Quod autem dictum est de usufructu, uxori ad secundas nuptias convolanti in bonis, quæ à primo marito percepit, ademptâ proprietate, constituto: in marito etiam, uxorem secundam ducente, procedit. Nam & is omnium bonorum, quæ ex liberalitate uxoris accepit, proprietatem amittit, solumque usumfructum lege constitutum habet *Novell. 22 c. 23. vers nam & si ille filios, &c. Bart. Bald & Salic. in d. l. fœmina. 3. C de secund. nupt. Forst. d lib. 7. de successionib. cap 16. Gail. l. 2. observ 98 nu. 3. Rol. à Vall cons. 95. num. 8. cum multis seqq Anton. Galeat. Malvasia cons. 51 nu. 13. lib. 1. Cephal cons. 561. nu. 5. & nu. 6. lib. 4. Ioan. del Castillo Sotomayor. d. tract. de usufr. cap. 2. nu. 14. & alij per eum relati, & docui in princ. tit. infr. de heredit. quæ ab intest. defer. nu. 337. & seq.* 55 Cæterùm quæri solet: num conjux etiam eorum bonorum, quæ vigore statuti vel consuetudinis, post mortem conjugis, ex substantia ejusdem acquisivit, proprietatem propter secundas nuptias initas amittat, solumque usumfructum retineat? Et verissima traditio: istorũ quoque bonorum propritate conjugem, ob transitum ad secunda vota privari, ac solum usumfructum legitimũ in illis habere. 56 Quod evincitur ex textu, ab aliis non ponderato, *in auth. ex testam. C de secundis nupt.* ubi mater filio ab intestato succedens, & postea iterum nubens, privatur proprietate bonorum, quæ à patre prædefuncto ab intestato, & sic ipsa lege ad filium profecta fuerant. Quod evidentissimo argumento est, eam multo magis proprietate bonorum privari, quæ statuto, vel consuetudine disponente, à marito ad ipsam immediatè pervenerunt. Horum namque proprietas faciliùs, quàm quæ à patre ad liberos, & ab his demum ad matrem, successionis jure devoluta sunt, amittitur, *d l. fœmina. 3. in princ. juncto § 1. C. de secund. nupt.* Deinde hanc sententiam adjuvat *l. generaliter. 5. in princ. C. eod tit. & d. No-*

54 (right margin, beside "Quod autem dictum est…")

d.Novell.22.cap.23.vers.& generaliter dicendum,&c. ubi expressum est, quod mulierem, secunda vice nubentem, omnis proprietatis modus deserat in iis, quæ à priori viro in eam venerunt. Quibus generalib[9] verbis non utique ea tantùm, quæ mulier per titulum liberalitatis à viro provenientem, sed etiam quæ ex dispositione statuti vel consuetudinis post mortem viri acquirit, comprehendũtur. *Et propositam quæstionem abundè tractant Guilielmus Benedictus in cap. Raynutius 16 ext. de testam. verb. & uxorem nomine Adelasiam. decis.5.num 87. Boerius decis.185 num 7 Anton. Gabriel de secundis nupt. conclus.1.num.15. Ioan. Gutier. practicar. lib.2.quæst.95 nu 12. & 14. & quæst.123. num.2. Michael Grassus in §. successio ab intestato. quæst.17.num.5. Petrus de Barbosa in l si ab hostib 10. §.fin.nu.71, in fin. & nu.72.pag.139. ff. soluto matrim. Pinelus in l.ult.num.2. & seqq C de bonis matern. & alij, ab eo citati. Plures istâ de materia quæstiones tum utiles, tum elegantes attingit, earumq; Interpretes accuratè monstrat Ioannes del Castillo d.tract. de usufructu.cap.2.num 20. & multis subseqq.* Porrò an ma-

58 ter, quæ ad secunda vota transiit, liberorum educatione, & legati usufructûs commodo privari debeat. multis utramque in partem adductis rationibus, eruditè exponit Annæus Robertus *lib.1.rer.judicat.cap.8* ubi in fine subjicit: Senatum Franciæ, matri & filiorum educationem, & legati usufructûs commodum adjudicasse.

59 Tertiò usuifructui legali non ineptè connumeratur & is usufructus, qui jure accrescendi ad aliquem pervenit: quod inter eos locum habet; quibus ultimâ voluntate conjunctim usufructus relictus est. *l.1. & tot.tit ff. de usufructu accrescendo. ibiq; in Paratit. Wesenbec. Fernand. Vasquius libr.3. de success. progress. § 211 num.31. Anton Gomez. tom 1.var.resolut. cap.10.num 41. Michael Grassus in lib.recept.sentent. §.jus accrescendi. quæst 9.nu 2. Ioannes Suevius lib.1. de jure accresc. cap.4. latè Ioan. del Castillo. d.tract. de usufruct.cap.48 per totum Bocer.class.4.Disput 8. th.30. ubi citat. Henricum à Suerin.lib.un.quæstion.de de usufruct. accrescend..*

60 Denique jure novo præscriptione longi temporis, decem scilicet annorum inter præsentes, & viginti inter absentes, usumfructum acquiri posse, extra dubitationis aleam positum est. *l.ult. in fin. verb. usufructus C. de præscript long. tempor. Schneidevvin. hîc num. 4. Hucq; referenda & repetenda sunt, quæ tradidimus suprà in § ult. titulo proximo præced. nu.55. & seqq.* Illud hic monendum, quòd usufructus nobis acquiritur non solum per nosmetipsos, sed per eas etiam personas, quas juri nostro subjectas habemus, *docente Cajo in l. usufruct. plurib. 6 §.2 ff. hoc tit.* ut per servos, *l si servo.18. quib. modis usufruct. amitt. lib. unic. §.2. ff. quando dies ususfruct legati ced.* & per filiosfamilias *prædictâ l. cùm oportet.6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.*

§. Constituitur. II.

Constituitur autem u[illegible] ctus non tantùm in fundo & ædibus, verùm etiam in servis, & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata. Namque ipso usu assidua permutatione quodammodo non extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ usufructus legatus sit: ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his satisdatur, ut si moriatur, ut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

SUMMARIA.

1 *Usufructus in quibus rebus constituatur.*
2 *Res fungibiles quæ, & cur ita appellentur.*
3 *Cur usufructus in rebus fungibilibus constitui nequeat.*
4 *Senatusconsulto quasi usufructus rerum, quæ usu minuuntur, est inductus.*
5 *Propter utilitatem multa, contra strictas juris regulas, in jure introducta.*
6 *Senatusconsultum de quo usufructu fuerit conceptum.*
7 *Opinatio Connani & assectarum ejus, differentiam inter legatum & pactum usumfructum constituentium, redarguitur.*
8 *Mutuum quomodo differat ab usufructu earum rerum, quæ quotidiano usu depereunt.*
9 *Cautio usufructuaria qualis esse debeat.*
10 *Usufructuarius pariter de quibus, jurare teneatur: & quid, si persona sit (suspecta.)*
11 *Cautio usufructuaria duplex.*
12 *Prior est ex edicto Prætoris, ad verum usumfructum pertinens.*
13 *Posterior est ex senatusconsulto, quasi usumfructum concernens.*
14 *Cautio est basis & fundamentum quasi usufructûs.*
15 *Ecquid cautio in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, sit: de substantia usufructûs.*
16 *Cautio istâc in favorem heredis introducta: & nu 187.*
17 *An eam testator legatario remittere queat.*
18 *Testator potest prohibere Falcidiam.*
19 *Sensus l.2. in fin. ff. de usufruct. earum rerum, &c.*
20 *Favore suo renunciare licet cuilibet.*
21 *Usufructuarius quale jus habeat.*
22 *Idem usufructuarius an & quatenus possideat.*
23 *Quis possidere dicatur.*
24 *Usufructuarius usucapere nequit.*
25 *Usucapio sine possessione non procedit.*
26 *Si heres usufructuarius non ex causa usufructûs, sed pro herede possideat rem, in qua defunctus ad dies vitæ usumfructum habuit, an usucapere eam possit.*

27 Doctrina l. si de eo 40. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.
28. Intellectus l. neque fructuarium 8. C. h. tit.
29. Sententia l. cum in plures 60. §. 1. ff. locati.
30. Consideratio l. cum heres 12. ff. de divers. temporalibus praescripto.
31. Non entis nulla qualitates,
32. Vti, itemque frui quid sit.
33 Vsufructuarius quatenus omnes reditus, omniaque omnino commoda percipiat. & num. 37.
34 Num fructuarius sylvam, cujus usufructus ipsi relictus est, caedere valeat.
35. Sylva aut cadua, aut non cadua: & qua utraque.
36. Vera interpretatio l. ex sylva. 10. & l. arborib. 12. in princ. ff. hoc tit.
37. Si alicui sylva ususfructus est legatus, quam testator cadere minime solebat, nunquid fructuario ex eâ sylvâ arbores excindere liceat.
38. Vsufructuarius in fundo lapidicinas, auri & argenti, caeterorumque fodinas instituere potest.
39. Discutitur l. item, si fundi. 9. §. fin. ff. hoc tit.
40. Verba cujusu dispositionis civiliter intelligenda.
41. Leges ita interpretanda, ne illusoria reddantur.
42. Sylvam non caduam an & quatenus fructuarius incidere possit.
43. Vtrum fructuario sit integrum in sylvis, aliisve locis, in quibus habet usumfructum, venari, aucupari, vel piscari.
44. Quamvis paterfamilias, qui usumfructum reliquit, venari inibi locorum solitus non fuerit.
45. Mens l. venationem 26. ff. de usuris.
46. Vsufructuario venandi facultatem etiam aliis in fundo fructuario concedere, licitum.
47. Omnes fructus, ex terrâ nascentes, ad usufructuarium pertinent.
48. Thesaurus in fundo fructuario inventus, cui cedat.
49. Fructus civiles (quibus annumerantur opera servi fructuari) etiam ad usufructuarium spectant,
50. Servus fructuarius quibus casibus domino proprietatis acquirat.
51. Quando contemplatione usufructuarii, quippiam servo donatum intelligatur.
52. Commoditatem fructuum, non item praedii proprietatem, fructuarius aliis vendere & pignori dare potest.
53. Num usufructuarius, qui perceptionem fructuum locare vult, proprietarium aliis omnib. praeferre teneatur, si ille eandem mercedem dare sit paratus.
54. A communi opinione non facilè recedendum.
55. Regulariter nemo vendere vel locare cogitur.
56. Expositio l. 1. C. de metallariis, &c.
57. Ius singulare in consequentiam trahi non debet.
58. Proprietarius cuilibet proprietatem suam vendere potest.
59. Actionem damni infecti adversus quem usufructuarius instituat.
60. Istius actionis effectus quis.
61. Sententia l. item, si fundi. 9. § 4 ff. hoc tit.
62. Vtrùm feudum commissum ad proprietarium loci dominantis, an vero ad usufructuarium pertineat.
63. Quando usufructuarius omnes obventiones & reditus acquirat:
64. Qua in reditu sive obventione esse dicantur.
65. Explicatur l. usufructu legato 7. § 1. ff. hoc tit.
66. Vsufructuarius quamdiu in fundo consolidato usumfructum obtineat.
67. Augmentum, per modum unionis accedens, omnes qualitates rei, cui unitur, sequitur.
68. Num dominus vasallo, qui feudum amisit, gratum facere, adeòque poenam commissi, in praejudicium usufructuarii, remittere possit.
69. Feudum sive emphyteusis in commissum non cadit, nisi domino volente.
70. Iure suo utens, nemini facit injuriam.
71. Quod lege permittente fit, poenam non meretur.
72. Proprietatis dominus causam usufructûs deteriorem facere nequit.
73. Mens & sententia l. in fraudem. 4. ff. qua in fraud. creditorum facta, &c.
74. Mulcta & confiscationes bonorum sunt fructus juris dictionis civiles.
75. Vtrùm tam immobilia bona, quàm mobilia, ob delictum admissum confiscata, ad fructuarium pertineant; an verò ei, cujus est proprietas castri, cedant.
76. Vsufructuarius, finito usufructu, rem fructuariam integram domino proprietatis restituere tenetur.
77. Vsufructuarius fructus non nisi perceptione acquirit.
78. Quid sit percipere fructus naturales
79. Fructus post separationem a solo factam, indistinctè usufructuario acquiruntur.
80. Declaratur l. si fructuarius. 13. ff. quibus modis ususfructus amitt.
81. Differentia inter fructuarium, & bonae fidei possessorem.
82. Condictio furtiva soli domino datur.
83. Si fructibus adhuc pendentibus moriatur fructuarius; illi non hujus heredi, sed domino proprietatis acquiruntur.
84. Extincto usufructu, fundus pleno jure ad dominum proprietatis pertinet.
85. Nec refert, utrùm fructuarius immaturis, an maturis fructib. existentibus, decesserit.
86. Si fructuarius, perceptis jam fructibus, nec dum finito anno coepti usufructûs, moriatur: totius anni fructus ad heredem ejus spectant.
87. Sententia & explicatio l. defuncta 58. in princip. ff. hoc tit.
88. Consideratio § is verò. 36. Instit. de rer. divis. & similium juribus;
89. Cujacii singularis opinio refertur, & exploditur.
90. Enodatur l. si operas. 20. ff. hoc tit.
91. Enucleatur l. uti frui. 3. §. si post litem 4. ff. si ususfructus pet.
92. Fructus rei dotalis pertinent ad maritum.
93. Magna inter usufructuarium, & maritum dissimilitudo.
94. An fructuarius immaturos fructus perceptione suos faciat.
95. Quid juris sit in fructibus, qui non singulis annis nascuntur, sed elapso demum biennio, triennio, vel quinquennio percipiuntur.
96. Fructibus tempore perempti usufructûs pendentibus, fructuario expensas fructuum nomine factas deducere permittitur.
97. Impensarum nomine quid contineatur.
98. An deductioni & repetitioni expensarum sit locus, si fructuarius ob culpam suam usumfructum amittat.
99. Sensus l. 2. C. de jure emphyteut.
100. De perceptione civilium fructuum.
101. Qui fructus civiles ipso jure percipiantur.
102. Qui fructus civiles percipiantur, interveniente facto fructuarii.
103. Si steterit ususfructus aliquâ tantùm parte anni, quo res locata est ab usufructuario; utrù nihilominus ejus anni totius pensio usufructuario, ejusve heredibus cedat; an verò pro ratâ temporis dividi inter fructuarium & proprietarium debeat.
104. Quatenus tota locationis merces debeatur heredibus fructuarii.
105 In civilibus fructibus (quales etiam sunt census, quos subditi singulis annis domino suo recognitionis loco praestant) non minùs perceptio requiritur, quàm in naturalibus.
106. Actionem habens ad rem, eam ipsam habere censetur.
107. Vsufructuarius rem, cujus usumfructum habet, nec alienare, nec consumere, nec mutare, nec novam facere potest; tametsi eam tueri valeat.
108. An usufructuarius aedificium in areâ, cujus ususfructus relictus est, extruere possit.
109. Num item usufructuarius ex agro vineam, vel contrà, facere queat.
110. Regula (servitute aliqua concessa, omnia, sine quibus servitus illa utilis esse non potest, concessa existimantur) quando procedat.
111. Ecquid fructuarius transformare rem fructuariam possit, si meliorem domini causam sit facturus.

112. *Examinatur & declaratur l. si cujus 13. §. unde est quæsitum 5. ff. hoc tit.*
113. *Resolvitur & conciliatur d. l. si cujus 13. §. si tamen 6. in fin. ff. hoc tit. cum l. usufructu. 7. §. 1. in fin. ff. eod.*
114. *Quæ remedia fructuario juris sui persequendi gratiâ sint prodita.*
115. *Usufructus legatus ipso jure in legatarium transit: non videtur illius possessio.*
116. *Actio confessoria cui, adversus quem, & ad quid competat: & n. 127. 129 & 135. & seq.*
117. *Intellectus l. 2. ff. quando dies legator. vel fideicommiss. ced.*
118. *Sensus & interpretatio l. 3. in princ. ff. hoc tit.*
119. *Dare, est dominium transferre*
120. *Quod semel meum est, amplius meum fieri non potest*
121. *Natura sententia l. 2. ff. si usufr. pet.*
122. *Utrum legatarius possessionem rei legatæ propria auctoritate apprehendere possit*
123. *Nemini licet in propria causa sibi jus dicere*
124. *Legatarius, propriâ auctoritate rem occupans, jus suum perdit*
125. *Etiamsi omnium bonorum ususfructus sit legatus*
126. *Si Titio ususfructus omnium bonorum relictus, & heres non purè, sed post mortem Titii demum institutus sit, num legatarius hic Titius res hereditarias, nomine ususfructus sibi competentis, propriâ auctoritate impune capere queat*
127. *Quæ remedia fructuario juris sui tuendi gratiâ sint comparata*
128. *An interdictum unde vi, dejecto usufructuario competens, directum sit, vel utile*
129. *Actio confessoria usufructuario possidenti, contra turbantem conceditur*
130. *Turbatio quib. modis fiat*
131. *Dominus proprietatis, ne in consentiente quidem fructuario, servitutem imponere potest*
132. *Prohibens fructuarium reficere ædes, agrum colere, fructus colligere, &c. turbare dicitur*
133. *Item, qui sepem, vel murum, aut fossam facit, vel intrat possessionem, invito fructuario*
134. *Item, qui eodem inconsulto, in fundo fructuario arbores plantat; vel contra*
135. *Item, qui eundem impedit servitutibus debitis uti*
136. *Resolutio & conciliatio l. unic. §. item Julian. 4. C. de remissionib. cum l. 3. ff. si usufruct. pet.*
137. *Aquæ pluviæ arcendæ actio & directa & utilis cui detur*
138. *Quatenus operis novi nunciatio usufructuario competat*
139. *Quibus oneribus usufructuarius sit obnoxius & astrictus*
140. *Tuitio rei quas habeat partes*
141. *Fructuarius debet rem custodire à furibus; defendere à damno dominii fiscorum; præcavere, ne usucapiatur, &c.*
142. *Qualem diligentiam adhibere debeat fructuarius*
143. *In omni negotio contractu, in quo utriusque contrahentis versatur utilitas, non lata tantum, sed & levis culpa præstatur ab eo, qui rem debet*
144. *Lapsus Ioannis del Castillo existimantis, usufructuarium etiam de levissima culpa teneri*
145. *Fructuarius non modo rem fructuariam integram conservare, sed lapsam quoque resarcire & reparare debet*
146. *Commodum qui sentit, etiam incommodum ut sentiat, æquum est.*
147. *Istæc reparatio cujus sumptibus fiat*
148. *Ejusdem reparationis varia onera*
149. *Modica impensa ad usufructuarium, magna vero, quæ perpetuam rei utilitatem concernit, ad proprietarium pertinet*
150. *An usufructuarius in casu, quo magna impensa ad refectionem necessaria est, pecuniam propriam, tanquam procurator domini, ad refectionem erogare compellatur*
151. *Maritus pro custodienda re dotali magnas expensas facere tenetur*
152. *Argumentum & sensus l. usufructu. 7. §. hactenus ff. hoc tit.*
153. *Instantiæ quædam diluuntur*
154. *Usufructuarius collectas, pensiones, tributa, & similes præstationes tum ordinarias, tum extraordinarias, subire cogitur.*
155. *Nunquid usufructuarius ad tributa præterita, quæ ante usumfructum acquisitum indicta quidem, sed nondum exoluta fuerunt, teneatur*
156. *Res transit cum suo onere.*
157. *Mens & sententia l. cum servus 39. §. heres. 5. ff. de legat. 1.*
158. *An is, cui ususfructus legatus est, compelli possit a creditoribus hereditariis ad æs alienum, a testatore contractum, exsolvendum.*
159. *Obligatio æris alieni, tanquam personalis, non singularem, sed universalem successorem sequitur.*
160. *Iura nomina & actiones tertiam quandam & distinctam à mobilibus & immobilibus rebus, speciem constituunt.*
161. *Bona intelliguntur, ære alieno deducto.*
162. *Num usufructuarius certæ partis hereditatis, teneatur ad æris alieni pro ea parte solutionem.*
163. *Interpretatio l. si quis servum. 8. §. ult. ff. de legat. 2.*
164. *Onera hereditaria ab herede solvenda.*
165. *Exponitur l. nam quod 14. in pr. ff. ad senatuscons. Trebell.*
166. *Exponitur l. uxori meæ. 37. ff. de us. & usufr. legat.*
167. *Exponitur l. ult. §. sin autem 4. vers. sin autem legata. C. de bon. quæ liberis, &c.*
168. *Legata annua dilationem in annum recipiunt.*
169. *Per legatum annuum censetur à testatore onus reale fructibus injunctum.*
170. *Legatum annuum regulariter de fructibus solvendum.*
171. *Expensa litis, per usufructuarium agitata, ad quem pertineant*
172. *Si lis mota respicit duntaxat proprietatem; expensa magna ad proprietarium, parva ad fructuarium spectant.*
173. *Num isthæc distinctio etiam in patre, qui bonorum adventitiorum filii usumfructum habet legitimum, procedat.*
174. *Ratio distinctionis inter usufructuarium ex dispositione legis, & usufructuarium ex dispositione hominis.*
175. *Regulariter cautionem fructuariam omnis fructuarius præstat*
176. *Ampliatio hujus regulæ prima.*
177. *Ampliatio secunda.*
178. *Ampliatio tertia.*
179. *Concessio antecedentis omne necessarium consequens includit.*
180. *Argumentum l. & ex bere datum. 49. ff. de re jud. & similium.*
181. *Nemo ex liberalitate suâ damnum pati debet.*
182. *Volenti & scienti nec damnum, nec injuria infertur.*
183. *Ampliatio prædictæ regulæ quarta.*
184. *Remissio cautionis fructuariæ bonis moribus repugnat.*
185. *Quæ ad delinquendum invitant, jure improbantur.*
186. *Nemo potest facere, ut leges publicæ locum non habeant.*
187. *Cautio fructuaria favorem heredis concernit*
188. *Num cautio fructuaria, heredi præstanda, per testatorem, qui usumfructum improprium reliquit, remitti queat.*
189. *Utrum testator possit gravare heredem, a quo usumfructum legavit, ut fidejussorem minus idoneum cautionis loco ab usufructuario accipiat.*
190. *Paria sunt, non cavere, vel minus idonee cavere.*
191. *Heres gravari potest, ut pro legatario apud coheredem fidem suam interponat.*
192. *Ecquid coheres, ad fidejubendum gravatus: & postea ad solvendum coactus, repetere possit ab usufructuario, quod pro eo solvit.*
193. *In dubio censetur legatum, quod est minus.*
194. *Et in dubio nunquam præsumitur testator voluisse gravare heredem duplici onere.*
195. *Diligenter examinatur & discutitur l. trib. 9. ff. de usufructu car. rer. &c.*
196. *Lex intelligenda secundum limitationem, in qua fundatur.*
197. *Quatenus mandans satisdari, mandare videatur, ut solvatur.*
198. *Iniquum est, legatario in damnum heredis concedi hæc tria: usumfructum, relevationem a satisdando, & proprietatem ipsam.*
199. *Negotiorum gestorum actio etiam gerenti ex necessitate competit.*
200. *Ecquid ille, qui per modum contractus usumfructum alicui dedit, cautionem fructuariam remittere usufructuario possit.*

USusfructus non solũ in rebus immobilibus; ut fũdo & ædibus; sed etiã mobilibus, seq; movẽtib9, ut 1
servis,

servis, jumentis, & cæteris rebus constituitur: iis exceptis, quæ ipso usu consumuntur, hoc est, quarum usus est consumptio, nec usus à re separari potest: ut sunt res fungibiles, vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata: item lana, odores, aromata, &c. *l. penultim. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.* Quæ ideo fungibiles appellantur, quòd functionem, id est, solutionem in genere magis, quàm in specie recipiunt. *l. 2. §. 1. ff. de rebus credit. si cert. pet.* Ratio, cur ususfructus illis in rebus constitui nequeat, est: tum quia natura non patitur, ut duo contraria concurrant, id est, ut ejusdem rei sit & usus & abusus, *tradente Cicerone in Topicis.* Tum quia rei suæ non est ususfructus, sed alienæ, *ut ex definitione ususfructus suprà explicatâ constitit.* At res illæ consumptione velut nostræ fiunt, & proinde earum usumfructum habere non possumus, *ut docet hic Giphanius & Wesenbecius numer. 5.* Tum etiam quia usufructuarius cavere cogitur de eadem re, finito usufructu, restituenda *l. 1 ff. usufructuarius quemadm. caveat.* Res autem consumpta restitui nequit. *Rittershus. hic pagin. 194.* Veruntamen senatusconsulto inductum est, ut earum etiam rerum, quæ usu tolluntur, vel minuuntur, vsusfructus, non quidem proprius, sed quasi per cautionis remedium constituatur, *hoc § & l. 1 & 2 ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt.* Ratio autem senatusconsulti est utilitas, *auctore hic Iustiniano in vers. sed utilitatis causa, &c.* hoc est, ut hominum voluntates sortiantur effectum. *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles.* Nam & aliàs in jure, propter utilitatem, multa contra strictas juris regulas introducta esse, non ambigitur. *l. ita vulneratus. 51. circa finem. ibiq. eleganter Gothofredus ff. ad leg. Aquil. l. 1. C. de acquirend. & retin. possess.* Illud porrò observandum; senatusconsultum fuisse conceptum de legato, & non de quolibet usufructus. *d. l. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 8. 10. & ll. seqq. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum. l. 2. ff. de usu & usufruct. legat. l. usufructu. 69 ff. ad leg. Falcid. l. 5 & passim. C. de usufruct. & habitat.* Vnde opinatur Connanus *libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 4. num. 2* (cui assentitur *VVesenbecius hic numer. 8 & noviter Dn. Collega Bocer. num. 9. & seq. item class. 5. disput. 9. th. 62.*) earum rerum, quæ quotidiano usu dispereunt, usumfructum duntaxat testamento, non verò pacto aut stipulatione, sive contractibus inter vivos, constitui posse: præsertim cùm à mutuo nihil videatur differre usufructus, inter vivos constitutus in illis rebus, quæ usu consumuntur. Sed contrarium verius puto. Tùm quia verus usufructus (ad cujus exemplum Senatus quasi usumfructum admisit. *hoc §. nostro.*) pactionibus & stipulationibus constituitur. *§. 1. vers. sine testamento. supr. hoc tit.* Tùm quia Iustinianus Imper. hic generali verbo *constituendi* utitur, quod solum ad legatum restringi non debet. Tùm quia nulla idonea discriminis ratio, inter usumfructum legatum & pactum sive inter vivos constitutum, adferri potest, *notante hic Giphanio in vers. utilitatis causa, &c. & Rittershusio pagin. 195.* Cæterùm differentia inter hunc usumfructum & mutuum evidens est. Mutuum siquidem quocunque tempore, modò pecunia mutuò accepta jam in necessarium usum erogata sit, repeti potest, *Accurs. Bartol. Angel. Alexand. & Iason in l. si pœnam. 68. ff. de verb. obligat. Menoch. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2 cent. 1. cas. 22. num. 4. Fachin. lib. 2. controvers. jur. c. 51.* Fürstlich Würtembergisch ernewert Landtrecht *part. 2. tit. 1.* Welcher dem andern, &c. *pag. 236.* At rei fructuariæ æstimatio, non nisi fructuario mortuo, aut capite minuto, repeti potest; *per hunc § nostrum. ibiq. in suis Notis Antonius Matthæus, ad finem & D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 7. Pand. num. 12. pag. 531. & seq.* Neque nostræ verissimæ sententiæ obstat, quòd Iustinianus hic *in vers. sed utilitatis. ibi, heredi utiliter caveatur item ibi, usufruct. legatus. & ibi, datur legatario, &c* & ante eum Iurisconsulti verbum *legandi*, itemque verbum *heredis* usurpant, quando de quasi usufructu loquuntur, *d. l. 1 & passim. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu. consum. d. l. usufructu 69. ff. ad leg. Falcid.* Nam breviter & rectè respondetur: ideirco Imperatorem & Iurisconsultos uti verbo *legandi*: quia ususfructus plerunque in testamento relinquatur: id quod experientia quotidiana abundè testatur. *Dominic. Arum. exercitat. Instit. 5. th. 17 lit. b D. Martin. Rumelin. in disputat. ad Pandect. part. 2. disput. 6. th. 16. & exercitat. 6. ad Instit. th. 14.*

9 Qualis cautio illa, quam usufructuarius interponit, esse debeat, in disquisitionem vocatur? Ego satisdationem, quæ fit datis fidejussoribus aut pignoribus (Licèt dissentiat Hunnius *lib. 2. var. resol. jur. civil. tract. 2. quæst. 23. & Berens disputat. 4. ad Instit. th. 2. quæst. 8.*) exigo: pauperiorem verò, qui frugi & honestæ vitæ est, ad juratoriam cautionem admitto. *l. ergo 4 §. addita. 8. ff. de fideicommissar. libertatib. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collation. auth. generaliter. ubi Baldus. C. de Episcop. & cleric. Novell. 112. cap. 2. VVesenbec. in Paratit. ff. usufructu. quemadmod. cav. numero 3. Treutler. volum. 1. disputat. 16. th. 5. liter. A.* Iurare autem usufructuarius tenetur de tribus. Primum 10 est, se adhibita summa diligentia fidejussores reperire, vel pignora dare non posse. Alterum, quòd arbitrio boni viri re fructuaria sit usurus. Tertium, quòd finito usufructu rem fructuariam sit restituturus. *Gloss. in l. 1 super verb. fidejussoribus. ff. qui satisdare coguntur. & in l. 1. §. omnes. super verb. juratoria. C. de adsertione tollend. Gail. libr. 2. observat. 47. numer. 8. VVesenbec in paratit. ff. qui satisd. cogant. numer. 10. Vultejus hic numer. 7. Matthias Stephani cent. 2. quæst. 28. ad liter. A. Robertus Disputat. 8. ad th. 10. Videantur quoq. Broncherst cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 50. Mynsinger. cent. 6. observ. 48. Donell. libr. 10. Commentar. de jure civil. cap. 14. Bocer. class. 5. Disputat. 9. th. 23. Hunnius. dict. lib. 2. tractat. 2. quæst. 27. Arumæus Exercit. Iustin. 5. th. 20. & Fachineus lib. 8. controvers. jur. cap. 40. ubi quatuor ea de re diversas sententias recitat. Idem facit Ioannes del Castillo Sotomayor in tractat. de usufruct. cap. 18. numer. 13. & subsequentibus.* Cæterùm si fructuarius pauper sit persona suspecta, ita ut ad juratoriam cautionem admitti non possit: sequestrabitur res penes aliquem tertium, de cujus manu ille fructus sumat: adeoque æstimatio salva proprietario remaneat, *arg. l. 1. §. super. 1. ff*

Mynsing. ad princip. hujus tit. num. 6 *Schneidevvin. ibid. num. ultim. Donell. lib.* 10. *Commentar. de jure civ. cap.* 4. *pag.* 486 *ibiq. Hilliger. in suis notat. ad lit. E. Treutler. vol.* 1. *disp.* 16. *th.* 5. *lit. E. ibiq. Bachovius in suis not. Niell. Disput. feud.* 3. *th.* 6. *lit. D. Arumaus dict. Exercit.* 5. *sub th.* 20. *V Vegnerus Disput.* 5. *th.* 7. *lit. B. Matth. Stephani cent.* 2 *q.* 27. *Andreas Gerhardi decad.* 5. *q.* 7. *Hunn. d. lib.* 2 *var. resolut. jur. civ. tract.* 2. *q.* 30. *Hœnonius Disp.* 5. *ad Instit. controvers* 14. *& seqq* Eandem materiam copiosissimè, plurimis utramque in partem relatis auctoritatibus, explanat Ioannes del Castillo Soto mayor *in tract. de usufruct. cap* 15. *&* 16. Itemque Antonius Merenda *lib.* 6. *controversiar. jur. cap.* 49. *pag.* 500. *cum sequentib. &* novè D. Collega Besoldus *in delibat. jur. ex lib.* 7. *Pand. num.* 24. *pagin.* 533. *& seqq.* Adde Timæum Fabrum *disp.* 15. *ad Instit. Imperial. th.* 12. & Locamerum *quæstion Iurid. fascic.* 23. *quæst.* 4. *&* 5. Hueque referri debent, quæ & nos latius paulò explicuimus infrà *n.* 183 *& seqq.*

21 Porrò cùm ususfructus sit jus utendi fruendi re alienâ, *initio hujus tit. & l.* 1. *ff. eod.* in confesso est, usufructuario jus utendi fruendi tributum esse. De hoc autem jure, usufructuario competente, mox uberiùs explicabitur; si priùs paucis monitum fuerit, eum rei, in usumfructum concessæ, possidendæ seu detinendæ facultatem habere. Priùs est enim, ut quis rem tene-
22 at, quàm ut eâ uti possit. Quare usufructu concesso, naturalis quoque rei possessio, sive detentio, sine quâ ususfructus nullus est, permissa intelligitur, *arg. l.* 1. §. 1. *ff. si ususfruct. petatur. l.* 3. §. *ult. ff. de servitutib prædior. rusticor. l.* 2. *ff. de jurid. cum similibus.* Vnde rectè Vlpianus respondet: fructuarium naturaliter videri possidere. *l. naturaliter.* 12 *in princ ff. de acquir. vel amitt. possess.* Videri, inquit: quia verè rem fructuarium non possidet. § *de iis autem* 4. *vers. idem places. supr. tit. per quas person. cuiq. acquirit.* Videtur tamen possidere; quoniam tenet naturaliter, ut solent ii, qui verè possident. Certè tenere eum naturaliter, disertè scribit Papinianus *in l. possessio* 49. *in princip ff. de acquir vel amitt. possess.* Cæterùm naturaliter valet idem, ac corporaliter: quia naturaliter, id est, secundùm naturam, res tenetur, possideturvè, cùm tenetur corpore, cùm corpore ei insistitur *l.* 1. *in princ. ff. eod.* Itaque detentio naturalis solùm fructuarii est: verè, *ut di-*
23 *ctum*, non possidet. Solus enim possidet, qui affectu & animo domini rem tenet, *Connan. lib.* 3. *Commentar. juris civil. cap* 10 *num.* 2. *Donell. d. lib.* 10. *Commentar. de jure civil. cap.* 7 *pag.* 494. *in princip.* Fructuarius autem scit, se dominum non esse, *d.* §. *de iis.* 4 *vers. idem placet sup. per quas pers. cuiq. acquir.* Videantur illâ de re *Hunnius in Resolut. ad Treutleri disputat.* 16 *th.* 12. *pag.* 1159. *Ant. Merenda lib.* 6. *controvers. jur. c.* 25. *pag.* 452. *& seqq. Bronchorst. cent.* 1. *Miscellan. controvers. assert.* 48. *Cujacius lib.* 9. *obser. cap.* 33. *& lib.* 18. *c.* 24. *Fachineus lib.* 8. *controvers. jur. cap* 18. *& D. Besold. in delibat. jur. ex lib.* 7. *Pandect. num.* 6 *pag* 523. *& seq.* Inspiciatur item *Ioannes del Castillo Sotomayer in tract.*
24 *de usufruct. c.* 6. *num.* 28. *cum multis seqq.* ubi, infinitis ferè Doctorum auctoritatibus relatis, constituit; quòd usufructuarius verè naturaliter possideat. Ex quo

efficitur; usufructuarium, qvamvis longissimo tempore rem jure usufructûs tenuerit, non usucapere. *dict. vers. idem places. l. acquiritur.* 10. §. *ult. de acquirend.* 25
rer. domin. l. neq. fructuarium. 8. *C. de usufruct.* Vsucapio quippe sine verâ possessione non procedit. *l. sine possessione.* 25 *ff de usurpat. & usucap. cap. sine possessione.* 3. *de reg. jur. in* 6. quâ destitutum esse usufructuarium, modò ostensum est. Et hoc etiam in herede usufructuarii, ex causa ususfructûs rem aliquam possidente, procedere, expressum est *in d. l. neq. fructuarium.* 8. *C. hoc nostro tit.* Qui textus, quatenus de successoribus sive heredibus fructuarii verba facit, necessariò accipiendus est eo de casu, quo ex testatoris voluntate, vel conventione contrahentium ususfructus Titio & heredibus ejus concessus est. Tunc etenim cōtra regulam, & naturam ususfructûs, ad heredem ejus transit, nec morte Titii extingitur. *l. repeti.* 5. *in princ. ff. quibus mod. usufruct. vel usus amittitur.*

Sed quæstionis est elegantist si heres usufructuarii 26
non ex causa ususfructûs, sed pro herede, & tanquam dominus possideat eam rem, in quâ defunctus ad dies vitæ usumfructum habuit, an usucapere eam possit? Et non posse heredem, etsi bonâ fide & titulo pro herede possedit rem illam, in quâ defunctus habuit usumfructum, usucapere scriptum reliquit Paulus de Castro *in d. l. neq. fructuarium.* 8. *C. hoc tit. Balb. de præscript.* 4 *part* 4 *partis princip. quæst.* 11. *colum.* 2. *& Traquellus in lib. de constitut.* 2. *part ampliat.* 13. *num.* 5. *& seqq.* At verior est opinio, quàm *post alios à se citatos* defendit Didacus Covarruv. *in c. possessor.* 2. *secunda part. relect.* §. 9. *num.* 2. *&* 3. *de reg. jur. in* 6. ubi dilucidè ostendit, heredem in proposito casu rem, cujus usumfructum defunctus habuit, longo tempore usucapere: dummodo post extinctum usumfructum proprietarius sciverit, illam pro herede possideri, & eam repetere neglexerit, *idq. per l si de eo.* 40. §. *si fortè.* 2. 27
ff. de acquir. vel amitt. possess. ex quâ hæc doctrina colligitur: ubi quis alterius nomine possidet ex eo contractu, qui ad ejus heredem non transit; eo quidem mortuo, possessioneque apprehensâ per heredem titulo domini, si verus dominus neglexit eam repetere, perdit sanè possessionem, & ex eo tempore heres proprio nomine possidere intelligitur. Sic ergo eũ in proposito casu heres usufructuarii probabili ratione ductus, post peremptum usumfructum rem alterius, tanquam dominus, occupaverit; eamqve titulo pro herede possederit legitimo tempore, & hoc quidem domino sciente, nec rem suam vindicante: rectissimè dicitur, eum usucepisse. Omnia siquidem ad usucapionem necessaria, videlicet justus titulus, bona fides, possessio & tempus legitimum concurrunt.

Huic sententiæ non obstat *d. l. neq. fructuarium.* 8. 28
C. hoc tit. ubi Impp. Diocletianus & Maxim. rescripserunt: neqve fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usumfructum habet; neque successores ejus ex eâdē causa tenentes ulla tēporis præscriptione muniri. *Nam* agitur ibi de fructuarii successoribus sive heredibus, qui non animo domini, sed ex eâdem causa, quâ defunctus, id est, tanqvam usufructuarii, rem tenuerunt. Qvæ ratio est, qvòd eam usu-

capere non possint. Sed in præsenti specie heres post mortem usufructuarii pro herede possedit, putans illam rem in dominio defuncti fuisse, & sic jure hereditario ad se devolutam.

29 Minùs obstat *l. cùm in plures 60 § 1. ff locati.* ubi dum apparet, heredem coloni, qvamvis colonus non sit, nihilominùs domino possidere, non sibi: inde idem in herede fructuarii dicendum videtur; ut licèt ipse fructuarius non sit; non sibi tamen, sed domino possideat. *Certum* namqve est, coloni heredem, qvantumvis ipse colonus non sit, non sibi, sed domino possidere; si modò dominus ignoraverit, eum animo sibi habendi post mortem coloni possidere cœpisse: *de quâ specie loquitur d. l. cùm in plures. 60 ff. d. tit.* Sed si hoc sciverit, & vindicare eam neglexerit: amittit possessionem, sibique ipsi heres possidere incipit, & conseqventer usucapit. *d. l. si de eo 40. § 1. ff de acquir. vel amitt. possess.* Idem ergo de usufructuarii herede, ex rationis paritate, judicandum erit.

30 Multò minùs obstat *l. cùm heres. 11. ff. de divers. temporalibus præscript.* ubi heres in vitia defuncti succedit, nec ea ignoratione suâ excludit: & sic ubi defunctus non potuit usucapere, ibi nec heres ejus poterit. *Etenim* nostro in casu vitium nullum defuncti fuit, utpote qui non malafide, sed jure usufructûs rem detinuit. Ergo heres eandem bonâ fide, ceu dominus apprehendens, & legitimo tempore possidens, meritò

31 usucapit. Haud enim poterit huic heredi obesse defuncti vitium, quod nullum fuit: cùm non entis nullæ qvalitates esse dicantur. *l. si servum. 4. § 1 ff. de actionibus empt & l. decem. 116 ff. de verb. obligat.*

De jure utendi fruendi, in qvo universum jus usu-

32 fructuarii consistit, nunc videndum. Uti nihil aliud est, quàm rem tractare & exercere ad aliqvem usum & commoditatem, tantumqve inde sumere, non quantum libeat, aut capi possit etiam ad voluptatem & compendium, sed qvanto ad suam & familiæ necessitatem opus est. *leg. 2. cum sequentib. & plenum. 12. § 1. ff. de usu & habitat* Donell. *libr. 10. Commentar. de jure civil. cap 7. pagin. 495. numer. 40.* Frui verò est, omnis generis fructus, reditus & obventiones ex re percipere, non tantùm ad necessitatem, sed voluptatem qvoqve, lucrum, qvæstum ac emolumentum, *l. usufructu. 7 ff. hoc tit. & expositum supra ad principium hujus tit. numer. 14.* Proinde usu-

33 fructuarius, qvi & utendi & fruendi jus habet, omnes reditus, omnes obventiones, omniaqve commoda, quanta quanta hæc sunt, percipere potest, *d. l. 7. item si fundi. 9 in princip. l. arbores. 59. § 1 ff. eod.* dummodo secundùm conditionem cujusqve rei, id est, ad eum usum, ad qvem res parata est naturâ, aut patrisfamilias instituto, percipiat. *l sed, si qvid. 15. § 1. ff qvemadmodum caveat d. l. 9. in princip. & l. si cujus. 13. in fine principii. ff. hoc tit. Connanus libr. 4. Commentar. juris civ. cap. 1. numer. 4. Ioannes del Castillo Sotomayor. in tract. de usufruct. cap. 22.*

Hinc variæ & utiles nascuntur qvæstiones, in qvibus controvertitur, an & qvomodo fructuarius re ad eum, ad qvem est destinata, usum, & arbitratu boni

34 viri, uti censeatur: Imprimis autem vocatur in dubium: si sylvæ ususfructus alicui relictus est, num conveniat usufructuario & boni viri arbitrio, ut fructuarius sylvam, lignorum ex ea sumendorum causa, cædat? Ad cujus qvæstionis resolutionem observandum est: 35 sylvam aut cæduam esse, aut non cæduam *d. l. item si fundi. 9 §. fin & l seq. l. si absente. 48 in fin. ff. hoc tit. l. fructus. 7. § si fundum. 12 ff. solut. matrimon. l. sylva cædua. 30. in princip. ff. de verb significat* Sylva cædua dicitur, qvæ succisa rursus ex stirpibus aut radicibus nascitur. Unde à contrario, sylva non cædua est; qvæ cæsa, ex radicibus vel stirpibus non renascitur: aut certè, qvæ habet arbores frugiferas, qvæ sine incommodo tercædi non possunt, *dict. l. sylva cædua 30 ibiq. Alciatus, Rebuffus & Brechæus. ff. dicto tit. Molina. de Hispanorum primogeniis. libr. 1. cap. 22. num. 2. & 6. Ioannes Garsia. in tract. de expensis, cap. 11. n. 31. & 37. Ioan. Gutierrez. de tutel. & curis. 3 part. cap. 27. num. 2 & seqq.* Eâ igitur distinctione constitutâ dicendum est: usufructuarium sylvam cæduam posse cædere, sicut paterfamilias cædebat: & etiam vendere, qvanqvam paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti. *d. l. item, si fundi 9. §. ult. ff hoc tit. l. Divus. 22. in princip. ff de usu & habitat.*

Nec adversatur *l. arborib 12. in princ. ff. hoc tit.* ubi 36 traditur, qvòd usufructuarius materiam (id est, arbores grandiores, ad ædificandum aut fulciendum idoneas. *l. ligni. 55. in princip. ff. de legat. 3.*) succidere possit, qvantum ad villæ refectionem sufficit. Ex qvo colligitur: eum non posse plus lignorum ex sylvâ cæduâ sumere, qvàm necessitas villæ efflagitat, & per conseqvens vendendi potestatem non habere. Idem evincitur *ex l. ex sylva 10. ff. eod.* qvæ permittit usufructuario, ut saltem pedamenta & ramos ex sylvâ cæduâ sumere qveat. Non, *inqvam*, hæc jura adversantur. Nam multùm refert, utrùm sylvæ tantummodo ususfructus sit relictus; an verò fundi cujusdam vel agri, cui sylva accedit. Priore casu usufructuarius, cui sylva principaliter est in usumfructum concessa, ex sylva cædua non tantùm pro se & familiâ suâ, sed vendendi etiam causa, ligna sumere potest *Et de hac specie accipi debet d l item, si fundi. 9 § ult. ff eod. t. & d. l. Divus. 22 ff. de usu & habitat.* Posteriore autem casu, ubi sylva non principaliter in usumfructum fuit data, sed duntaxat per conseqventiam alterius fundi, cujus qvasi appendix fuit; usufructuarius non poterit ligna excidere, ut ea venalia habeat. *d l. ex sylva 10. & d. l. arborib 12. ff. hoc nostro tit.* Atque ita convenientissimè ista jura conciliasse videtur *Pinelus ad l. 1. part. 2. C de bonis matern. num. 59. & Ioannes del Castillo d. tract. de usufruct. cap. 25. num. 36.*

Cæterùm magna qvæstio est: si alicui sylvæ cæduæ 37 ususfructus est legatus, qvam testator cædere omnino non solebat, nunqvid hoc casu usufructuarius ex istâ sylvâ arbores abscindere possit? Et qvidem Connanus *d. libro quarto, capite primo, numero quarto, cum seq. & post eum Donellus d lib. 10. Commentar. de jur. civ. cap 8. p 497.* usufructuarium illud facere non posse autumat, moti textu dictæ *l. item, si fundi 9. § fin. hoc tit.* ubi Trebatius scribit: sylvam cæduam & arundinetum posse fructuarium cædere, sicut paterfamilias 37

cæde-

cædebat. Ergò si paterfamilias non cecidit, nec ipse fructuarius cædere poterit. Verùm contraria sententia mihi magis arridet: quæ dat usufructuario sylvam cæduam cædendi facultatem, tametsi paterfamilias, qui usumfructum ejus legavit, cædere eam non consueverit. Et huic opinioni primò astipulatur generalis doctrina: quòd usufructuarius omnes omnino rei fructus, qui ex eadem nascuntur, percipere possit, dummodo boni viri arbitrio utatur fruatur, *prædict. l. usuf. 7 in princ. d. l. item si fundi 9. in princ. d. l. arbores. 59. §.*

38 *ff eod. t.* Deinde huc plurimum facit *l. si cujus. 13. §. inde est quæsitum. 5. ff eod.* ubi usufructuarius in fundo, cujus usumfructum habet, lapidicinas, cretifodinas, arenifodinas, item auri & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas instituere potest, licèt paterfamilias, qui legavit usumfructum, institutas non habuerit. Proindeque ex eâ lege manifestum est, usufructuarium illos etiam fructus, quos paterfamilias percipere non solebat, ex re fructuariâ percipere posse. Accedit tertiò hoc argumentum: quòd inutile foret legatum usus fructus, nisi liceret fructuario cædere sylvam, cujus ususfructus ab eo, qui cædere non solebat, relictus est, *contra d. l. Divus. 22. in princip. ff. de usu & habitat.*

39 Neque verò quempiam seduxerit *d. l. item. si fundi, 9. §. pen. ff. hoc tit.* Quandoquidem in eâ tantùm agitur de modo, quem usufructuarius in sylvâ cædenda observare debeat: & præcipitur, cum esse modum observandum, quem testator observare solitus est. At de illâ quæstione, si paterfamilias non cecidit, an adhuc usufructuarius cædere possit, nil in istâ lege tractatur: sed illa aliis ex locis discutienda relinquitur. Nec obierit, si objiciatur: cùm usufructuarius præcisè teneatur (*ut in d. l. 9 innuitur*) ad modum, à patrefamilias usurpatum, se attemperare: inde effici, si vel pauxillum cecidérit singulis annis testator: usufructuarium ad ejus exemplum se componere debere. Iam verò paria sint, pauxillum

40 cædere posse, vel omninò non posse: & per consequens, si paterfamilias nihil ceciderit, fructuaria quoque potestas cædendi adempta sit. Id, *inquam*, non obstat. Verba siquidem cujusvis legis & dispositionis civiliter, adeòque ex bono & æquo intelligenda esse, Celsus monet. *l. si cui. 9. ff. de servitutibus* Quod igitur *in d. l. 9. §. ult. ff. hoc tit.* habetur, usufructuarium ad eum modum, quo testator est usus, sylvâ cæduâ frui posse: hoc æquitatis temperamento accipiendum est; dummodo non minimam quantitatem lignorum, sed eam, quæ alicujus æstimationis & momenti sit,

41 quotannis testator ceciderit. Leges namque ita interpretandæ sunt, ne illusoriæ reddantur. *l. si prætor. 75 ff. de judiciis. l. ult. ff ne quid in loco publico, vel itinere fiat.* Quare si paterfamilias nihil, aut modicum ex sylva, cujus usumfructum alteri legavit, quotannis sumpserit: recurrimus ad arbitrium boni viri, quod in usufructu percipiendo fructuarius semper ob oculos habere debet. *d. l. item si fundi. 9. in princip. & d. l. si cujus. 13. circa princip. ff. hoc tit. & l. 1. ff usufructuar. quemadm. caveat* Atque hæc de sylva cædua, quam usufructuarium cædere posse jam certum est, dicta suffi-

42 ciant. E diverso autem sylvam non cæduam, id est, grandes vel frugiferas arbores usufructuarius incidere nequit. *l. sed si grandes. 11 d. l. si cujus. 13. §. fructuarius. ff. hoc tit.* nisi ex ejusmodi non cæduâ sylva ramos & pedamenta in vineam sumat. *d. l. ex sylva 10. ff. eodem.* vel nisi arbores sint demortuæ, & vetustate corruptæ. *l. agri. 18. ff hoc tit.* Sed & arbores evulsas, vel vi ventorum dejectas, usque ad usum suum, & villæ, fructuario auferre licet *l. arboribus. 18. in princip. ff. eodem. Idq; fusiùs explicat Donellus d. libro decimo Commentar. de jure civil capite octavo, pag. 497. numero 50.*

Isti quæstioni proxima est illa: utrùm usufructuari- 43
us in sylvis, saltibus, vel montibus, aliisve locis, in quibus usumfructum constitutum habet, venari, aucupari & piscari possit? Et posse, magis est. *d. l. item, si fundi. 9. §. aucupiorum 5 l. usufructuarium. 62. ff. hoc tit.* Hujusque ratio est perspicua: quia ad usufructuarium non tantùm, quicquid ex solo nascitur, & propriè in fructu est; sed quicquid etiam omninò occasione fundi percipi potest, pertinet. *d. l. usufructu. 7. in princip. & d. l. item si fundi. 9. in princip. ff. eodem tit. Ioann. del. Castillo Sotomayer in tract. de usufruct. cap. 36 num. 11. 12. 26. & 28. ubi ad hoc Chassaneum in Consuetud. Burgund. rub. 4. §. 17. gloss & Fareles. num. 10. Francisc. Marca decis. 532. Alphonsum de Azebedo. in l. 7 tit. 8. num 3. lib. 7. nova collectionis regiæ. & alios allegat.* Sed eadem hoc loco controversia, quæ de cæ- 44
denda sylva, agitatur: num videlicet usufructuarius, cui ususfructus sylvæ, vel montis relictus est à patrefamilia, qui inibi locorum feras capere solitus non est, venari valeat? Et affirmativa quidem, eaque vera opinio expressè confirmatur *d. l. 9. §. aucupiorum. & d. l. usufr. 62. ff. hoc nostro tit.* ubi generaliter & indistinctè dicitur, usufructuarium in saltibus, vel montibus fructuariis venari posse. Et magis in specie huc facit *d. l. si cujus 13 §. inde est quæsitum 5. ff. eodem.* ex qua enitescit, usufructuarium illa etiam commoda & emolumenta, quæ dominus non percepit ex fundo, percipere posse. Verùm ex adverso opponitur *l. venationem. 26. ff. de usuris.* ubi traditur, venationem non esse fructum fundi: nisi fructus fundi ex venatione constet. Tunc autem fructus fundi ex venatione constare dicitur, cùm feræ bestiæ à domino ita habebantur, ut ipse venari soleret, & capere feras, quibus uteretur, multoque magis, si venderet. Cùm ergò hoc solummodo casu venatio in fructu fundi sit; non poterit fructuarius venari, quando dominus venari non est solitus. Etenim si tunc etiam venari vellet, perciperet aliquid, quod in fructu non esset. *Sed respondetur*: usufructuarium non illa tantummodò percipere, quæ in fructu sunt: sed omnia planè commoda quæ ex fundo percipiuntur, sua facere: &, quod magis est, etiam eâ, quæ ad voluptatem pertinent, nec emolumento cedunt, in fundo fructuario perficere posse, *arg. l. numismatum. 28. l. statua 41. & de l. usufructuarium. 62. ff hoc tit.* Licèt igitur venatio non semper in fructu sit: eam tamen fructuarius indistinctè exercere poterit. *Videantur eâ de re Conanus dict. lib. 4. Commentar. juris civil. cap. 1. num. 8. Donell. dict. libr. 10. Commentar. de jure civil. cap. 8. pagin. 498. num. 20. & seqq. ibique Hilliger. in*

suis not. sub lit. F. & Hunnius in resolut. ad Treutleri
46 *disput. 16. th.8. vol.1. quæst.22.* Hinc non absurde de-
ducitur: usufructuarium non tantùm ipsummet vena-
ri; sed aliis etiam venandi facultatem in fundo, cujus
usumfructum habet, concedere posse. *Ita non obscurè*
sentit Covarruvias in c. peccatum. 4. de reg. jur. libr.
6 part.2. relect. §.8. num.9. vers. primùm, usumfructu-
arium, &c. Et ratio est: quia quando al ius, cui usu-
fructuarius venandi licentiam tribuit, in sylvâ fructua
riâ venatur; ipse usufructuarius venari intelligitur. *l. non*
utitur.38 & l. seq. ff. hoc tit.
47 Ad fructus, ex terrâ nascentes, quod attinet: omni-
um hi consensu ad usufructuarium spectant. Vnde
& lapides, marmora, cretam, plumbum, cuprum,
argentum, aurum, aliudvè metallum, ex terra effos-
sum, ad eundem pertinere palam est. *d. l. item, si fundi.*
9. §. sed si lapidicinas 2. d. l. si cujus. 13. §. inde est quæ-
situm. 5. ff. hoc nostro tit. Siquidem & marmor, & si-
milia in fructu sunt, si renascantur. *l. ult. ff. de fundo do-*
tal. l. fructus. 7. (vulgò est l. divortio.) §. si vir. 13. ff. so-
lut. matrimon. ibiq; Petrus de Barbosa num.14. 15. &
36. Sed etsi metalla, aurum & argentum, & similia
non renascantur: nihilominùs tamen ad fructuarium
pertinent: dummodò is boni viri arbitratu utatur; hoc
est, dummodo fundum meliorem, fructuosiorem si-
ve utiliorem reddat, atque expensas in ea re factas non
reperat. *d. l. 9. §. 2. & d. l. si cujus. 13. §. inde est quæsitum.*
5. ff. hoc tit. d. l. fructus. 7. §. si vir. ibiq; Paulus Ca-
strens. num.3. ff. solut. matrim. Ioann. Garsia. in tract.
de expens. & meliorat. cap. 22 num.47. Ludovic. Mo-
lina, de Hispanor. primogenit. lib 1. cap 23 num.8. cum
seq. hosque referens Ioannes del Castillo d. tract. de usu-
fruct c. 37. num.16. Et illud enodatius explicuimus *in*
§. adeò autem. 3. infr. de locat. n 263. & seqq.
48 At quid, si thesaurus in fundo fructuario inventus
fuerit: ecquid proprietatis domino, an usufructuario
cedet? Hæc quæstio distinctionis moderamine resol-
venda est. Thesaurus ab alio, quàm usufructuario,
in fundo fructuario inventus casu fortuito, pro parte
dimidia inventori, pro alterâ dimidia domino pro-
prietatis cedit; nec usufructuarius juris quippiam in
eo, cùm in fructu esse non censeatur, sibi vindicare po-
test. *d. l. fructus. 7 §. si fundum. 12. vers. non magis. ff.*
solut. matrim. Sed si datâ operâ & studio inventus
fuerit: inventore exclușo, totus domino proprietatis
attribuetur. *arg. §. thesauros. 39. vers. at si quis. supr. de*
rer. divis. l. unic. C. de thesaur. Quòd si verò thesaurus
ab ipso usufructuario fortè fortunâ fuerit inventus: re-
ctissimè statuitur, partem dimidiam fructuarii, tan-
quam inventoris, alteram dimidiam domini propric-
tatis lucro cedere. *d. §. thesauros. 39. ubi & ego latiùs*
num.16. cum seq. sup. de rer. divis. l. si is. qui. 63. §. 1. ff.
de acquir. rer. domin. d. l. un. C. de thesaur. Ioan. Gars.
d. tract. de expens. cap. 22. num. 51. Ioann. Gutierrez.
de tutel & cur. 3. part. cap. 26. num. 18. Ioan. del Ca-
stillo præallegato cap. 37. num. 20. ubi & alios citat.
49 Porrò non tantùm fructus naturales, qui ex ipso rei
corpore naturaliter enascuntur; sed etiam civiles, id est,
omnia commoda, quamvis extrinsecus obtingentia,
quæ quovis modo per occasionem rei fructuariæ per-
cipi possunt, ad usufructuarium pertinent. In eorum
numero reputantur operæ servi, cujus ususfructus est
constitutus: quæ quidem in fructu esse dicuntur. *l.*
fructus. 4. ff. de operis server. sed cùm ex ipso servo
non nascantur; fructibus civilibus annumerandæ ve-
niunt, *docente Donello. lib. 10 Commentar. de jur. civ.*
cap. 8. pagin. 499. Quidquid ergò servus fructuarius
ex re fructuarii, vel operis suis acquirit, id fructuario
adjicitur. *§. de iis autem servis. 4. infr. per quas pers.*
cuiq; acquirit. l. si servi 21 ff. hoc tit. l. acquiritur. 10 §.
de his. 3 & l per servum 37 §. 2. ff. de acquir. rer. do-
min. Extra has autem causas quidquid servus fructu- 50
arius acquirit: domino proprietatis cedit, *jurib. mo-*
dò allegatis. Proinde si ex re pecuniave alterius servus
quippiam consecutus est, putà ex peculio, quod à
proprietario habet: id omne ei acquirit. Sed & si quid
sine re cujusquam, puta ex aliena liberalitate, per titu-
lum donationis, legati, vel heredis institutionis, servus
fructuarius adeptus sit: id totum proprietario, usufru-
ctuario penitus excluso, acquiri placet *d. §. de iis au-*
tem 4. infr. per quas pers. cuiq; acquirit. d. l. acquiri-
tur. 10. § de his. ff. de acquirend. rer. domin. nisi fortè
usufructuarii contemplatione quid servo fuerit dona-
tum, legatum, vel institutionis titulo relictum. Id
namque licèt ex operis servi, & re fructuarii non ac-
quiratur: nihilominus tamen ad eum redire debet. *d.*
l. si servi. 21. & l. seq. ff. hoc tit. Donell. lib. 9. Commen-
tar. de jur. civ. cap. 6. pag. 420. Cæterùm contem- 51
platione usufructuarii servo quid donatum, relictum-
vè esse ex conjecturis & præsumptionibus colligitur:
veluti si usufructuario amicitia intima intercedat cum
testatore, qui servo fructuario donum aliquod dedit,
vel legatum reliquit, *arg. c requisisti. 15. circa finem.*
ext. de testament. Item si egregia usufructuarii merita
in donantem extiterint: præsumitur is intuitu & con-
templatione usufructuarii servo donum dedisse, lega-
tumvè reliquisse, *argumento eorum, quæ post alios di-*
ligenter annotavit Iacobus Menochius lib. 3. de præsum-
ptionib. & conjecturis, &c. præsumpt. 28. num. 9. & seq.
Sunt & alia commoda, quæ civilibus fructibus ac-
censentur: & propterea ad usufructuarium pertinent.
Potest etenim usufructuarius perceptionem fructuum 52
(*quam commoditatem vulgò vocitant*) aliis vendere,
locare, gratis concedere, pignori dare *l. arborib. 12. §.*
usufructuarius. 2. l. non utitur. 38. & l. seq ff. hoc tit. §.
1. infr. de usu & habitat. l. ult ff. de usur. & l. fructus.
72 ff. de reg. jur. Et hac de re vide copiosissimè disser-
tantem *Ioannem del Castillo in tract. de usufr. cap. 69.*
num. 15. cum seqq. & c. 70. per totum. & Hunnium lib.
2. var. resolut jur. civ. tract. 2. quæst. 32. Ipsam autem
prædii proprietatem, quàm non habet, pignori dare
nequit. *l. interst. 6. C. hoc tit. Bocer. class 5. Disput 9.*
th. 39. sub lit. B edit. 2. & latè Roberus Disput. 8. coro-
nid. 2. Hucq; referri debent ea, quæ diximus explica-
tiùs suprà *ad §. 1. hoc tit. num. 16 & multis seqq.*
Illa hoc loco satis controversa quæstio discutienda 53
occurrit: utrùm usufructuarius, qui perceptionem fru-
ctuum locare vult, & pro mercede concedere, coga-
tur proprietarium aliis omnibus præferre, si is para-
tus sit eâdem mercedem dare, quam alius daret: an v[illegible]

ro cx

tù ex adverso liberum sis usufructuario, cuicunque etiam extranuo, domino proprietatis posthabito, fructuum commoditatem locare? Est autem recepta, communiterque approbata opinio: usufructuarium locare volentem astringi ad hoc; ut proprietario, cupienti conducere & mercedem justam exolvere, pro aliis omnibus locet. Ita tenent Bartolus, Angelus, & Lucas de penna *in l.1.C.de metallariis,&c. Roman.in l 2.nu 7.ff solut.matrim.Iason in l.ult.nu.11 C.de jure emphyteut.Matth de Afflict.in proœmio constitutionum Neapolitan.quæst 3.ad fin.Felinus in cap 1.ext.de Iudæis.Tiraquell.in lib.1 de retractu §.1.gloss.18.nu 2. Vincent.Carocius in tract.de locat & conduct. grad 3. personar quæst.3 num.37.&seqq.Petrus Surd cons 43. num.12.lib.1 Borgninus Cavalcan.in tract. de usufructu mulieri relicto.nu.172. qui & alios confusè citat.*

54 Sed etsi à communi opinione, in consulendo & judicando non facilè sit recedendum *arg.l.1.vers.sanè crebrier ff.de offic quæstior.l.si idem.11.ibi,Sabino,Cassio, Proculo placuit. ff.de jurisdict.l.minimè.33 & l.si de interpretatione.37.ff.de legibus. Menoch.de præsumpt. lib.2 præsumpt.71.Nicol.Reusner.lib.1.cons.7.num.31. & lib.3. cons.28. num 9. quod consilium Ioanni Berchelten adscribitur:* veriùs tamen statuisse videtur Didacus Covarruvias *lib.3. var.resolut.cap.14.nu 6.* & novissimè Ioannes del Castillo *dict. tractat. de usufructu. cap.74.* usufructuarium posse perceptionem fructuum, cuicunque vult, locare: neque dominum proprietatis audiendum esse, si conductorem, quem usufructuarius elegit, eâdem mercede oblatâ, excludere velit.

55 Huic sententiæ firmum fundamentum suppeditat non solùm textus *in l.arborib.12. §.usufruct.2.ff.hoc tit.* ubi indistinctè concluditur usufructuario facultas locandi usumfructum, nec adstringitur proprietario præ aliis locare: sed & textus *in l. dubium.14. C. de contrah.empt.* quâ decisum est, neminem regulariter cogendum esse, uni potiùs, quàm alteri, rem suam vendere, vel locare. Itaque hujus regulæ auctoritate fretus, non insulsè quispiam dixerit: usufructuarium jure non compelli, ut fructuum perceptionem domino potiùs, quàm alteri, pro mercede justâ concedat. Præterea si usufructuarius cogeretur locare, vel vendere usumfructum proprietario: sanè hoc dispositum specialiter esset, pariter, ut in emphyteuta. *l.ult. C.de jur. emphyteut. D.Besold.in delibat.jur.ex lib.7.Pandect. num.10.pag.529.*

56 Nec adversatur *d.l.1.C.de metallariis,&c.* ubi constitutum est, eos, qui jus effodiendi metallum à fisco conductum habent, teneri metallum collectum præ cæteris omnibus fisco vendere, si id distrahere cupiant. *Nam* speciali fisci favore statutum est; ut possessores fodinarum effossum metallum fisco sive principi vendere cogantur. Interest enim valde Reipublicæ; metallia effossa, præsertim auri & argenti, ad Principem potius, quàm privatos pertinere, ut docuimus *in §.adeò autem,3.num.211.& seqq infrà de locat.& conduct.* ubi & alii objectis, contra nostram sententiam

57 adduci solitis, satisfecimus. Quod ergo singulari ratione, tanquam jus singulare, *in d.l.1.* sancitum est: ad alios casus extendi minimè debet, nec in consequentiam trahi potest. *l quod verò.14. & duab.seqq ff de*

legib. Ex his illud infertur: proprietarium quoq; vo- 58

lentem alienare proprietatem, posse eam pro arbitrio suo vendere, cui voluerit: nec eum usufructuario potius, quàm alteri vendere teneri, *arg.d.l.dubium 14.C. de contrah emption.* & contra Borgninum Cavalcanum *d.tract.de usufruct.mul.relict.num 173.* concludit Ioan.del Castillo *d.tractat.de usufruct.cap.74 num.40. & seqq.*

Est & aliud genus fructuum civilium, quod ad usu- 59

fructuarium pertinet. Is namque nomine rei fructuariæ agendo, commoda quædam consequitur. Idque fit in actione damni infecti, quam instituit fructuarius adversus vicinum, ruinosas ædes habentem, ædium fructuarium nomine. *l. qui bona.13. §. si superficiarium.8.ff. de damn. infect.* Quicquid ille hac actione consequitur; placet, ad proprium ejus fieri, tanquam rei fructum, utpote per occasionem & causam rei fru-

ctuariæ perceptum. *l.usufructu 7 §.1 ff.hoc tit.* Hujus 60

autem actionis exitus sive effectus hic est: ut, si vicinus non caveat, usufructuarius in possessionem ædium ruinosarum mittatur: ac tandem, si perseveret non caveri, etiam eas ædes possidere jubeatur. *l prætor 7.circa princip.ff de damno infect.* Quod eam vim habet, ut, qui possidere jussus est, dominus ædium constituatur. *l si finita.15. §. Iulianus 16. & § seq. ff.eod. tit.* Hoc ergò idem in proposito & fructuarius consequitur; & ita consequitur, ut dominus factus ædiũ, ne finito usufructu quidquam inde amittat. *d. l. usufructu.7 §.1.ff.hoc tit. Donell,lib.10. Commentar. de jur.civ cap 8.pag.500. num.10.* Sed graviter obstare videtur. *l item,si fundi.9. § huic vicinus.4. ff.hoc tit.*

ubi traditur, insulam natam in flumine juxta fundum 61

fructuarium, non cedere fructuario, sed proprietario. Quare in proposita specie idem dicendum videbatur: quòd videlicet dominium ædium ruinosarũ, ob contumaciam in non cavendo commissam, non fructuario, sed proprietario quæratur. Ratio consequentiæ hæc est: quia quemadmodum in specie *d.l.9. §.4.* insula non nascitur ex re fructuariâ; sed per occasionem ejus extrinsecus acquiritur: sic etiam ædium ruinosarum dominium non ex re fructuariâ: sed per occasionem ejus extrinsecus acquiritur. Videbatur igitur non ad usufructuarium, sed proprietarium pertinere. *Verùm respondendum est*; diversissimam rationem esse inter insulam, in flumine natam, & ædes ruinosas, in quarum possessionem usufructuarius missus est. Insula, in flumine nata juxta fundum fructuarium, est accessio quædam, & quasi pars fundi. Ideoq; ad eum spectat, cujus est fundus, tanquam pars & accessio ejusdem. Inde fit, ut non fructuario, sed domino fundi cedat. *§.præterea.20.& §.insula 22 supr.de rer.divis.* At verò ruinosæ ædes non sunt pars, neq; accessio quædam ædium fructuarium, cui vicinæ sunt: nec quæruntur jure accessionis; sed cedunt dominio agentis ex causâ damni infecti, propter contumaciam possessoris, qui non cavere voluit. *Sed inspiciatur Donell.d.lib.10 Comment cap.8.pag.500.nu.30.& seqq. qui id fusiùs persequitur.*

62 Vtilis hic & difficilis quæstio examinanda est de commisso rei feudalis, vel emphyteuticæ, aut censualis (à fundo dominante, cujus alius usumfructum habet, dependentis) contingente tempore ususfructus: ut quia vasallus abnegavit dominum, & convictus fuit, vel justo tempore investituram non accepit: vel emphyteuta, aut censuarius non solverunt per tres annos, cùm lege contractûs cautum esset, rem hoc casu committendam; vel concessio facta erat ad certa tempora, certasvè generationes, quæ extinctæ sunt. Quæritur ergo: num hoc casu feudum amissum, sive commissum istud ad proprietarium loci dominantis, an usufructuarium potiùs pertineat? Et ut receptissima; ita verissima sententia est: hujusmodi commissum non usufructuario, sed proprietario acquiri. Hujusq; evidens est ratio: quia utile (quod vocant) dominium à vasallo, emphyteuta, vel censuario amissum, jure consolationis ad proprietatem revertitur, directoq; dominio accedit. Proindeq; necesse est, ut ipsi proprietario, & non fructuario acquiratur: *argum. §. fini tur. 3. & § seq infr. hoc tit. nostro. Atq; ita, post Oldradum conf. 240. sentiunt Ioannes Andr. in ad. lit. ad Specul tit. de locato. §. nunc aliqua vers 93. Alberic. in l. usufruct. legato. 7. ff h. tit. & in rubr. C. eod. Paul Castr. in l. 2. C. eod. tit. Guido Pap decis. Delph 477. respons. 3. Iason. in l fin. col. 10. quæst. 3. in fin. num 45. C. de jure emphyteut. Nicol. Becerius in consuetud. Bituri de consuetud. feud. §. 9. in fine. Guilielm. Benedict. in cap. Raynut. 16. in verb. cætera bona. num. 33. in fin ext. de testam. hos q; omnes referens Carol. Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 1. nu. 55.*

63 Nec quicquam movet in contrarium *l. item si fundi. 9. in princip. & l. arbores. 59. §. 1. ff. hoc tit.* ubi habetur, quòd usufructuarius omnes fructus, omnes reditus, omnesq; obventiones, quæ ex ipsa re fructuariâ, vel occasione ejus percipi possunt, suas faciat. *Quoniam* respondetur: quòd usufructuarius omnes obventiones & reditus acquirat, si non justiore quadam & æquiore ratione proprietario, quàm fructuario acquirantur. Quod etiam dici potest de commodis, occasione rei fructuariæ perceptis. Nam & hæc usufructuario quæruntur: nisi juris ratio interveniat, ob quam magis ad proprietarium spectare debeant. In præsenti autem casu manifestissima ratio intercedit, propter quam commissum illud proprietario potiùs, quàm usufructuario acquiri debeat. Etenim utile dominium, quod à vasallo, & similibus amittitur, censetur pars esse rei, & accessio quædam: ac ea propter ejusdem est, cujus est totum, *arg. l. quæ de tota. 76 ff. de rei vindicat.* Sed & hoc dici poterit: commissum feudale sive emphyteuticum ex causa & occasione proprietatis potiùs, quàm ususfructûs descendere. Siquidem in feudi & similium concessione hæc [illegible] ctio & natura directo domino reservata intellig[illegible] conditione, sub qua feudum committitur, existente, utile dominium ad se recipiat. Deniq; negari potest: commissum feudale, emphyteuticum aut censuale esse reditum & obventionem quandam rei fructuariæ.

64 Etenim illa demum in reditu vel obventione esse dicuntur, quæ instar fructuum se habent. Sed commissum illud instar fructuum se non habet: quandoquidem (*ut paulò antè monitum*) est pars rei, adeoq; pro rei fructu haberi nequit, *arg. l. si aliena. 10. in fin. ff. de usurpat. & usucap.*

Nullo item modo obstat *d. l. usufructu legato. 7. §. 1. ff. hoc tit.* ubi domus ex secundo decreto propter cautionem non præstitam adjudicata, usufructuario, & non proprietario acquiritur. *Tum* quia illic domus per secundum decretum adjudicata, non erat pars ædium, quarum ususfructus habebatur: sed erat, & remanet res prorsus separata, & propterea non proprietario, sed usufructuario cedit. *Tum* quia domus *in specie d. l. 7* non acquiritur ex causa concernente rei proprietatem, sed ex causa concernente personam usufructuarii. Siquidem adjudicatio ista fit propter contumaciam, in non cavendo à possessore vicino commissam, adversus usufructuarii personam. Ea quippe tota persona inde ostensa est. Igitur meritò commodum adjudicationis non proprietario, sed totum soli fructuario cedere debet. Aliter v. se res habet in quæst. proposita Nam quando feudum, aliudvè jus committitur: tunc ex causa, quæ proprietati inest, & eandem concernit, committitur. Ideoque proprietarii, & non fructuarii commodo cedit. *Verùm hoc prolixiùs declarat Molineus in consuetud. Parisiens. d. tit. 1 §. 1. gloss. 1. nu. 57. & seq.* 65

66 Etsi autem feudum commissum ratione dominii usufructuario castri aut fundi dominantis, à quo illud dependet, non acquiritur; *ut jam ostensum:* tamen ex omnium Dd. sententiâ ususfructuarius in fundo consolidato usumfructum tantisper obtinet, donec castri ususfructus durat, *arg. l. si fundus 16. in princip. ff. de pignorib.* ubi Marcianus respondit; creditori, cui fundus hypothecatus est, accessionem etiam, quæ post hypothecam contractam supervenit, obligatam esse.

67 Et hæc assertio perspicuâ ratione suffulta est: quia augmentum accedens per modum unionis, & eandem rem constituens, omnes qualitates & conditiones rei, cui unitur, suscipit; & omnino, sicut eadem res, judicatur. *l. inter socerum. 26 §. cùm inter. 2 ibi, nec separabitur portio dotis, additamenti causa data. ff. de pactis dotalib. l. etiamsi. 8 in fin. C. de jure dotium. Tiraquell. in repetit. l. si unquam. 8. in verb. donatione largitus. num 281. in fin. C. de revocand. donat. Francisc. Curt. senior, conf. 56 col 4 5. & 6. Alber. Brunus in tract. de augment. conclus. 5. col. 27. cum plurib. seqq.* Eandem decisionem probant & sequuntur *Ioannes Andr. in d. addit. ad Speculat. tit. de locat. §. nunc aliqua. vers. 93. Paul. Castr. in d l. 2 C. hoc tit. Guil. Benedict. in d. cap. Raynut. 16. in verb. cætera bona. ext. de testam. nec non Molin d. tit 1. §. 1. gloss. 1. nu. 62 & 63 hunc q; & alios referens Ioan. del Castillo in tract. de usufruct. cap. 36. num. 48.*

Enimverò quod diximus, usufructuario castri, à quo feudum dependet, usumfructum in feudo commisso, & ad castrum reverso competere: id hac conditione accipiendum est: dummodo directus dominus ad feudi privationem adversus vasallum egerit, & obtinuerit. Sed in disquisitionem trahitur: nunquid dominus directus vasallo, qui feudum amisit, gratiam 68

facere

facere, sicque in præjudicium usufructuarii pœnam commissi remittere possit? Et verior conclusio est ex[...]imantium dominum posse vasallo suo, emphyteutæ & similibus delinquentibus gratiam facere; etiam si fructuarius censetur, in damnum & detrimentum ususfructûs sui remissionem isthanc redundare.

6 Hujusq; traditionis veritas inde conspicua redditur: quod feudum sive emphyteusis in commissum non cadit, nisi domino volente, *per textum in l.2. ibi, volens, & ibi, si dominus voluerit. ibiq; omnes Dd. C. de [j]ure emphyteutico.* Et sic utrùm feudum à vasallo, vel emphyteusis ab emphyteuta sit auferenda, nec ne: in mera voluntate & facultate domini positum est. Et consequenter is injuriam non facit usufructuario spectanti usumfructum in emphyteusi sive feudo commisso, si gratiam emphyteutæ vel vasallo faciat, & emphyteusin sive feudum penes eundem relinquat. 7 Nemini enim facit injuriam, qui jure suo utitur. *l. injuriarum 13 §. 1. & § quæ jure. 6. l. quod Reipublicæ. 33 ff. de injur. l. nullus 55. ff. de reg. jur.* &, quod lege permittente fit, pœnam non meretur. *l. Gracch 4. C. ad leg. Iul. de adult.* 71 Imò meritò posset fructuario conquerenti objici illud pronunciatum evangelicum: *An non licet mihi, quod volo, facere in rebus meis? An oculus tuus nequam est, quia ego bonus sum? Matth. cap 20. v. 15. A. 16.*

72 Non impedit hanc sententiam, quòd proprietatis dominus causam sive conditionem ususfructûs deteriorem facere non possit: proindeq; dicendum videatur, nec dominum castri posse in præjudicium usufructuarii feudum commissum vasallo relinquere. *l. sed si quid. 15 § proprietatis. 6. ff. hoc tit.* Nam dominus proprietatis nihil quidem moliri vel facere potest, quod in damnum & præjudicium ususfructûs, alteri competentis, vergat. At proposito in casu ususfructus nondum competit fructuario castri. Quia enim dominus non vult persequi commissum illud: non intelligitur commissum esse, & per consequens nec ususfructus fructuario castri quæsitus censetur.

73 Nihil quoq; obstat conclusioni nostræ *l. in fraudem 4. ff. quæ in fraud. creditor. facta sunt, &c.* ubi debitor, qui non utitur servitutibus sibi competentibus, creditur hoc facere in fraudem creditorum; eamq; ob causam servitutes non utendo amissæ revocantur. Atqui in præsenti specie jus vindicandi feudum ob delictum commissum, est veluti servitus quædam, directo domino competens in prædio feudali. Ergo si, post delictum commissum, hoc jure sibi competente non utatur; sed gratiam vasallo faciat: intelligitur id fieri in fraudem usufructuarii castri, tanquam creditoris. Huic siquidem usufructuario competere usumfructum in feudo commisso, ex prædictis liquet. Nihil, *inquam*, lex illa obstat. Primò enim negatur, dominum directum esse debitorem usufructuarii: cùm neq; purè, neq; conditionaliter ullâ obligatione huic sit obstrictus. Certū quidem est, usufructuario in feudo, ad castrum reverso, usumfructum competere: sed eo nomine dominum sibi obligatum non habet. Dominus quippe non tenetur feudum vasallo auferre: sed ei gratiam pro libitu suo facere potest, *ut suprà ostensum.* Deinde dicta lex 4. loquitur de illa specie, in qua debitor non utendo amittit servitutem, atq; adeò patrimonium suum diminuit. Sed in nostro casu dominus directus non diminuit jus suum feudisticum, aut patrimonium suum, tametsi vasallo pœnam commissi remittat. Quod igitur *in d. l. 4.* dispositum est: quæstioni propositæ accommodari non poterit; *Et hac de re copiosiùs disputat. Molinæus in consuetud. Paris. dict. tit. 1. §. 1. gloss 3. num. 14. & aliquot sequentib.*

Restat aliud genus fructuum civilium, qui ad usufructuarium jure ususfructûs pertinent. 74 Nam & mulctas, pœnas, condemnationes, & confiscationes bonorum, fructus esse jurisdictionis civiles. Doctores pragmatici pleriq; tradunt *Baldus in lib. 1. num. 10 C. de fruct. & lit. expens. Alexand num. 10. Petrus de Barbosa num. 41. cum seqq. & alij in l. fructus (in quibusdam Codicibus est l. divortio) §. si vir. 13 ff solut. matrim. Wesenbec. in paratit. C. tit. de modo mulctarum, &c num. ult. Menoch. cons. 66. lib. 1. Molin d. consuetud. Paris. tit. 1. § 1. gloss. 1. num. 68. D. Collega Bocerus in tract. de regalib. cap. 3. num. 19 aliiq; per hos relati.* Proindeq; si alicui ususfructus castri, cui jurisdictio adhæret, competat; ad eum mulctas, confiscationes, & similia Magistratùs commoda, ceu fructus civiles, spectare, apud omnes in confessum venit. Sed de 75 hoc variant Doctores: num non solùm bona mobilia sed & immobilia, ob delictum admissa confiscata, ad fructuarium pertineant: an verò ei potiùs, cujus est proprietas castri, cedant? Et sanè existimant nonnulli, quòd bona ista immobilia acquirantur domino castri, quoad proprietatem & dominium; usufructuario autem, quoad usumfructum, quamdiu durabit ususfructus. *Alberic. de Rosat. in l. usufructu legato. 7. post Iacobum Raven. hoc tit. & l. si verò 6. 4 col. 2 ff. solut. matrim.* Cæterùm veritati magis assistit sententia eorum, qui contendunt: non tantùm mobilia, sed immobilia etiam bona, per confiscationem amissa, tam proprietatis, quàm ususfructûs respectu usufructuario acquiri. Etenim immobilia quoq; non minùs ac mobilia, per confiscationem vel mulctam amissa, jurisdictionis fructus esse, apparet *ex cap. unic. quæ sint regalia. tit. 56 lib. 2. feud.* Meritò itaq; usufructuario, tanquam fructus & quæstus jurisdictionis, pleno jure cedunt, *Bart. & Paul. Castr. in l. fin. ff solut. matrim hosq; citans Molinæus d. t. 1. § 3. gloss. 1. num 68. circa medium.*

Nec obstat hæc dissentientium argumentatio: Usufructuarius, finito usufructu, rem, cujus usumfructum habuit, integram domino proprietatis restituere tenetur. 76 *l. si cujus 13. in princip. ff. hoc tit. l. 1. ff usufructuar. quemadm. caveat.* Iam verò si immobilia, per confiscationem amissa, usufructuario pleno jure acquiruntur: non poterit territorium, quo ipse fruitur, integrum proprietario restitui. Bona siquidem confiscata, quæ territorii pars sunt, apud ipsum remanerent. Ergo dicendum videtur; usufructuarium in bonis immobilibus confiscatis haud proprietatem, sed usumfructum saltem consequi. Hæc, *inquam*, argumentatio non obstat. Quoniam territorium, cujus-

jus uſumfructum alter habet, nequaquam diminuitur, etiamſi bona, per confiſcationem amiſſa, fructuario cedant. Quidquid enim hac ratione ei acquiritur: id juriſdictione territorii non eximitur: ſed nihilominus eidem ſubjectum manet. Quamobrem finito uſufructu, proprietas quidem bonorum confiſcatorum uſufructuarii heredibus relinquitur: ſed ad juriſdictionem quod attinet, quâ uſus eſt fructuarius, integra hæc, & in omnes territorii partes diffuſa, prout ab initio ad fructuarium pervenit, reſtituitur. *Quâ de re conſulantur Gulielm. Benedict. in d. cap. Raynutius 25 in verb. cætera bona. num. 36. ext. de teſtam. Chaſſaneus in conſ. 61 num. 14 Baca in tract. de decimâ tutori præſtandâ. cap. 22. num. 15 Molina, de Hiſpanor. primogenitis lib. 1 cap. 25. nu 22. & alÿ, quos adducit & ſequitur Ioan del Caſtillo Sotomayor in multoties allegato tractatu de uſufruct. cap. 36. num. 29. & ſequentib. ubi plura, ab hoc loco non aliena, accuratè explicat.*

77 Quanquam porrò uſufructuarius jus utendi fruendi habet: fructus tamen rei, in qua jus illud obtinet, non niſi perceptione acquirit. *l. arborib 12. § ſi fur. 5. ff hoc tit. l ſi fructuarius. 13. in fin. ff. quib. modu uſusfruct. amitt. l. qui ſcit. 25. § 1. circa fin. ff. de uſur. § is verò. 36. ſup. de rer. diviſ. &c.* Vſusfructus etenim eſt jus utendi fruendi, ut ex ejus definitione conſtat, *de qua ſupr. in principio hujus titul. & l. 1. ff. eodem.* Hoc autem ipſum *frui* totum in facto conſiſtit: nec aliud ſignificat, quàm fructum ex re aliquâ capere. *l. 1. in princip. & § 1. ff. quando dies uſusfruct. legati cedat.* Non ergo frui dicitur uſusfructuarius, antequam fructus perceperit. *d. l. fructuarius 13 ff. quib. modu uſusfruct. amitt. cum ſimilib.* Quare nunc deſpiciendum; quid ſit fructus percipere: ut hoc patefacto, intelligamus; quomodo uſufructuarius, quo tempore, & quos fructus ſuos faciat. Cæterùm aliter percipiuntur fructus
78 naturales, aliter civiles. Naturales fructus percipere nihil aliud eſt, quàm à ſolo ſeparare. Inde fructus percipi dicitur, ſpicâ aut fœno exſo, uvâ exempta, excuſsâ oleâ, & in animalibus pilo execto, detonſa lanâ, lacte mulſo. *l. ſi ejus 78. ff. de rei vindicat. d. l. ſi fructuarius 13 ff quib. modu uſusfruct. amitt. l. in pecudum. 28. ff. de uſuris.* Quamprimùm igitur uſufructuarius iſtis modis fructus à ſolo ſeparaverit: eos percepiſſe, ſuosque feciſſe dicitur. Quod ſi per ſe iſta deciderint: placet, ut ea à fructuario percepta non ſunt; ſic nec ad fructuarium, ejusvè heredem, ſed ad proprietarium pertinere. *d. l. ſi fructuarius 13. ff. quib. modis uſusfruct. amitt. Ioannes del Caſtillo Sotomayor in tract. de uſufruct. cap. 77. num. 12.* Planè naturales fructus ita ſint, ut ſponte naturæ edantur, ſeperanturq; à corpore, quo continebantur; ut ſunt fœtus animalium: in his eâdem definitione uti non poſſumus. Fruſtrà enim expectatur, ut ſeparentur à fructuario, qui invitâ naturâ ſeparari nequeunt; eâq; jubente, ſatis ſine cujuſquam facto ſeparantur. Tunc ergo percepti intelliguntur, cùm ſunt editi, fiuntq; ex eo ſtatim fructuarii. *d. l. in pecudum 28. ff. de uſur. § in pecudum 37. ſupr. de rer diviſ &c. Donell. l. 10. Comment. de jur. civ. cap. 9. p. 502. ad fin.*

Illud hic admonendum eſt: quòd nihil intereſſit, fructus à ſolo ſeparari, ſint in domo vel horreis reconditi, an adhuc jaceant in ſolo. Nam indiſtinctè, poſt ſeparationem à ſolo factam, uſufructuario vel heredibus ejus acquiruntur. *d. l ſi ejus. 78. ff. de rei vindicat. d. l. arboribus. 12. § ſi fur. 5. ff. hoc tit. & d. l. qui ſcit. 25. § 1. ff. de uſur.* ex quibus locis evincitur, uſufructuarium perceptione fructûs ſuos facere: & percipere nihil aliud eſſe, quàm à ſolo ſeparare. Nec adverſatur *d. l. ſi* 79
fructuarius. 13. ff quibus modis uſusfruct. amitt. in cujus fine Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cùm eos perceperit: bonæ fidei autem poſſeſſoris, mox quam à ſolo ſeparati ſint. *Haud* enim Iulianus perceptionem fructuum & ſeparationem quaſi diverſa inter ſe opponit: nec in hoc uſufructuarium à bonæ fidei poſſeſſore diſtinguit: quòd ille percipiendo, hic ſeparando fructus à ſolo ſuos faciat. Quod utiq; diſcrimen inter utrumq; abſurdè conſtitueretur: cum unum & idem ſit, fructus percipere, & à ſolo ſeparare, 80
ut jam probatum. Sed ratio diſcriminis, quod ibi fit 81
inter fructuarium & bonæ fidei poſſeſſorem, in eo poſita eſt: quòd uſufructuarius non acquirit fructus, niſi ipſemet, vel alius hujus mandato & voluntate, eos perceperit, ſive à fundo vel ſolo ſeparaverit: ideoque ſi alius nomine proprio fructus perceperit: hi fructuario neutiquam cedunt. Bonæ fidei autem poſſeſſor fructus à ſolo ſeparatos facit ſuos, ſive ii percepti & à ſolo ſeparati fuerint per eum ipſum, ſive quemcunq; alium, etiam nomine proprio. *d l arborib. 12. § ſi fur. ff. hoc tit. d. l. qui ſcit. 25. § 1. ff de uſur. d. § is verò. 36. ubi idem diſcrimen attigimus num. 2 ſuprà de rer. diviſione, &c.* Idcirco ſi fur fructus à fundo, bonâ fide poſſeſſo, ſeparaverit: bonæ fidei poſſeſſori acquiruntur; & furti condictio ob in ei conceditur. *l. bona fidei 48. in princip. ibi, ſtatim ubi à ſolo ſeparati ſunt ff. de acquir rer. domin.* quæ tamen uſufructuario in eadem ſpecie denegatur. *d. l. arborib. 12 § ſi fur. ff. hoc tit* propter hanc ſolam rationem: quia condictio furtiva non niſi domino datur. *l. 1. ff. de condict. furt.* Vſufructuarium autem fructuum, antequam 82
ipſe, vel alius ejus nomine à ſolo ſeparaverit, dominum non eſſe, certum eſt. *d. l. arboribus 12. § ſi fur. ibiq; Bartol. Alberic. de Roſat. Bald. Angel & Fulgoſ. ff. hoc tit. Vincent. Carocius in tract. de locato & conducto. gradu 3. perſonar. quæſt 26. & hos alioſq; citans Ioannes del Caſtillo dict. tractat. de uſufruct. cap. 77. num. 10. & ſeq.*

Quoniam ergo uſufructuarius ſuos non facit fru- 83
ctus, niſi ipſe perceperit: conſequens eſt, ſi fructibus nondum perceptis, ſed adhuc pendentibus moriatur, vel alia ratione uſusfructus extinguatur; illos domino proprietatis acquiri; nec ullam inde partem fructuarium, ejusvè heredes reportare. *d. § is verò. 36. ſuprà de rer. diviſ. l. in ſingulos. 8. ff. de annuis legat. d. l. ſi fructuarius 13. in princip. ff quib. modis uſusfruct. amitt.* Ratio hujus juris manifeſta eſt: quia extincto uſufructu, fundus pleno jure ad dominum proprietatis pertinet. *§ ult. infrà hoc noſtro tit.* cujus cùm pars ſint fructus pendentes. *l. fructus pendentes 44. ff de rei vindicat,* unà cùm ipſo fundo ad dominum tranſeunt.

eunt; prout de fundo vendito est textus expressus *in*
l. Iulianus. 13. §. si fructib. 10. ff. de actionib. empt. l. qui
fundum 40. §. cùm fundum 4. ff. de contrah. empt. l. fin.
§. non solùm. 4. ff quæ in fraudem creditor. &c. & de
legato fundo, quòd unà cum fructibus pendentibus
legatario cedat; est text. *in d. l. Herenn. 42. ff. de usur. l. si*
pendentes. 27. in princ. ff. h. tit. l. in Falcid. 9 ff. ad l. Fal-
cid. Bald. in l 1. col. 2. vers quæro quid de fructib. C. de
85 *usur & fructib. legat* Neq; v refert, utrùm fructuarius
immaturis an maturis fructib. existentibus, decesserit.
Nam etsi prope messem vel vindemiam ususfructus per-
emptus sit: nihilominus tamen spica nondū cæsa, u-
vaq; nondum collecta, domino acquiritur, heredibus
usufructuarii penitus exclusis. *d. l. si fructuarius. 13. ff.*
quib. modis ff ususfruct. amitt. & d. § is verò 36. suprà
de rer. divis. Semper enim militat ratio: quòd usu-
fructuaris fructus non perceptos suos non faciat: &
quòd fructus pendentes, tanquam pars fundi unà cum
fundo ad dominum transeant, *juribus præallegatis*. Sed
nec illud in considerationem venit: num tempore
mortis usufructuarii finitus sit annus cœpti usufru-
86 ctus vel nondum finitus. Vtroq. quippe casu fructus
adhuc pendentes proprietario cedunt E contrario si
fructuarius, perceptis jam fructibus, nec dum finito
anno cœpti ususfructûs, decesserit: totius anni fru-
ctus ad heredem ejus pertinent; nec proprietarius ul-
lam sibi in hisce partem vendicare potest. Propone
igitur, exempli gratiâ, cū Calend. Iulii cœpisset usus-
fructus, postea novissimo anno sublatis perceptisque
fructibus mense Octobri usufructuarium decessisse.
Nihil hîc dividitur inter heredem fructuarii, & domi-
num fundi: sed totius anni fructus, utpote jam à fru-
ctuario percepti ad fructuarii heredem spectabunt.
87 Hæcq; sententia probatur per insignem textum. *in l.*
defuncta. 38. in princip. ff hoc tit. ubi usufructuarius,
qui locaverat usumfructum, ante finitum tempus lo-
cationis, fructibus tamen à conductore perceptis, de-
cessisset. Hinc quærebatur: an merces locationis in-
ter heredes ejus, & dominum dividenda esset? Ratio-
nem dubitandi fecit: quòd usufructuarius ante finem
novissimi sive ultimi anni extinctus fuerat, atque adeò
ususfructus integro anno non duraverat. Sed Iuris
consultus nullâ habitâ ratione temporis, quo usus-
fructus duravit, considerans, fructus jam fuisse a con-
ductore perceptos, integram pensionem, quæ perce-
ptorum fructuum ratione debetur, ad heredes fru-
ctuarii pertinere, respondit. Nec aptè regeritur, quòd
in specie illius legis ususfructus mense Decembri cœ-
perit, & sic integro anno constiterit. Id namq; plus-
quàm divinatorium esse, nemo non animadvertit.
88 Deinde hanc sententiam dilucidè confirmat *d. §. is ve-*
rò. 36. suprà de rer. divis. ubi Iustinianus Imperator
hunc in modum scriptum reliquit: *Is verò, ad quem*
ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum domi-
nus efficitur, quàm si ipse eos perceperit. Et ideò licèt
maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit:
ad heredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis
acquiruntur. Ex quibus verbis intelligere promptum
est: ad fructuum acquisitionem nullo modo in usu-
fructuario considerari temporis spacium, quo con-
stiterit sive duravit ususfructus: sed illud tantùm at-
tendi & considerari: an fructus ab eo ante extinctum
usumfructum sint percepti, vel adhuc pendeant: &
illo quidem casu indistinctè usufructuario, vel here-
dibus ejus; hoc verò casu domino proprietatis acqui-
ri. Idem quoque apertè colligitur *ex d. l. si fructua-*
rius 13. ff. quib. modis ususfruct. amitt. & d. l arborib.
12. § si fur. 1. ff hoc tit. dum inibi Iulianus respondit:
fructus usufructuarii non fieri, nisi ab eo percipiantur,
Atque ita omnes interpretes, *per modo adducta jura*,
unanimiter concludere, *post Cavalcan. in tract. de u-*
sufruct. mulier. relict num. 242. testatur Hartmannus
Pistoris *lib. 1. quæst. 24. num 16. & 20* Quibus novè
accedunt *Donell. lib 10. Commentar. de jure civ. cap. 9.*
pag. 501. Paulus Berens. disput 4. ad Institut. them. 2.
quæst. 4. Ioannes del Castill. d. tract. de usufruct cap.
77. num. 15 cum seqq. Robertus lib. 2. animadvers ju-
ris civ. cap. 10. Hunnius disput. 5. th 37 & in Resolut, ad
Treutleri. disput. 16. th. 8. vol. 1. quæst. 24. Matthias Ste-
phani cent. 2. quæst. 19. Hænonius Disput. 4. contro-
vers. 15. & Andreas Gerhardi Decad. 3. quæst. 10.
Quæ conclusio quantumvis communiter sit appro- 89
bata, & dictis legibus satis superq. corroborata: eam
tamen Cujacius & iniquam & falsam dicere non du-
bitat; adeòq; contrà affirmat, fructus inter dominum
& heredes usufructuarii dividendos esse pro rata tem-
poris, quo steterit ususfructus. *Cujacius in tract. feud.*
lib. 4. tit 30. & ad l generali. 32. 8. pen ff. de usu & usu-
fruct leg. & libr. 24. observation cap. 21. & in Com-
ment. C ad l. unic. § cùmq; ex stipulatu. 9. de rei uxor.
actione, &c.

Movetur autem primò per textum *in l. si operas 26.* 90
ff. hoc tit. ubi Paulus inquit: *Si operas suas locave-*
rit servus fructuarius; & imperfecto tempore loca-
tionis, ususfructus interierit: quod superest, ad pro-
prietarium pertinebit. Ex hujus legis specie pate-
scit; mercedem operarum, quæ fructuum instar est,
pro rata temporis, quo constitit ususfructus, post fini-
tum usumfructum fructuario, vel heredibus ejus tri-
bus, & quod superest ad finem usque locationis ex
mercede, proprietario concedi. Sed hæc lex parùm
Cujacium juvat. Nam quòd in ea merces operarum
pro ratâ temporis, quo duravit ususfructus, heredi-
bus fructuarii, & reliquum domino proprietatis ce-
dit: hoc ideo fit, quia perceptio operarum servi sta-
tim à conductionis tempore incipit, & cum tempore
conductionis ita concurrit, ut singulis diebus operæ
præstentur. *l. 1 ff. de operis libertor.* Quamdiu igitur
conductio duravit, tamdiu operæ, quasi fructus servi,
à conductore percepti sunt. Quod autem à conducto-
re perceptum est, hoc ab usufructuario perceptum
intelligitur, utpote ad quem merces, quę succedit loco
operarum, devolvitur. *d. l arboribus. 12. § usufructua-*
rius ff. hoc tit. Quare & merces, in locum operarum
succedens, pro rata temporis, quo locatio stetit, usu-
fructuario cedere debet, *argum. d. l. defuncta. 58. § hoc*
tit. & d l. si fructuarius. 13 ff quib. modis ususfruct.
amitt. Quoniam verò usufructu extincto, locatio fi-
nitur *argum. l lex vectigali 31. ff de pignoribus. & hy-*
pothec. nec conductor usufructuarii nomine amplius

utitur: mercees illius temporis, quod post mortem usufructuarii ad finem locationis superest, non heredibus ejus, sed proprietario ut cedat, necesse est. *Et de intellectu dict. l. si operas. 26. ff hoc tit.* vide Robertum *dict. lib. 2. animadvers. cap. 10.* & Hartmannum Pistor. *d. lib. 1. quaest. 24. num 22.* & Ioannem del Castill, *d. tract. de usufruct. cap. 77. num. 16.* itemque D. Besoldum. *in delibat jur. ex lib. 7. Pandect. num. 16, pag. 536. & seq.*

91 Deinde movetur idem Cujacius textu *in l. uti frui, 5. §. si post litem. 4 ff si usufruct. petetur.* ubi Vlpianus ita refert: *Si post litem de usufructu contestatam fuerit finitus usufructus, an ulteriùs fructus desinant deberi? Et puto desinere. Nam, & si mortuus fuerit fructuarius heredi ejus actionem praeteritor. duntaxat fructûs dandã. Pompon. lib. 40. scribit.* Ast haec quoq; lex minimè Cujacii opinationē firmat. Licèt enim ibi Iureconsultus respondeat, heredi fructuarii cōpetere actionē ad fructus praeteritos: non tamen dicit, illos pro rata temporis esse dividendos. Quocirca textus ille hunc in sensum accipi poterit: quod fructus praeteriti, & percepti tempore, quo durabat usufructus, pertineant ad heredem fructuarii; ita ut si tempore usufructûs finiti, fructus sint partim percepti, & partim pendentes, jam percepti ad heredem fructuarii, pendentes autem ad proprietarium spectent, *docente Petro de Barbosa in l. fructus. 7. (vulgò l. divortio) ff. solut. matrim, part. 2. num. 25.* Quae interpretatio si fortan alicui minùs arrideat: eò quòd non probabile sit, Vlpianum de re indubitatâ respondisse, *prout illam operosè impugnat Ioan del Castillo d cap. 77. num. 17.* is hanc simeliorem adferre possit) arripiat: quòd textus *in alleg. l. 5. §. 4. ff. si usufruct. petit.* de eo casu exaudiri debeat, quo fructuarius ab altero impeditus fuit, quò minus fructus percipere potuerit. Nam cùm hoc casu juris interpretatione perinde sit, ac si fructus percepisset: nihil fanè mirum est, fructus illius temporis, quo impeditus fuit, ad usufructuarium pertinere. Non etenim hoc accidit tam ex temporis consideratione, quàm ex eo (cùm per alium stetit, quo minùs usufructuarius perceperit fructus) quod jura eum fructus percepisse, atq; inde ad ipsum pertinere reputant, *arg. l qui usumfruct. 36. §. fin. & l. quaesit. 37. ff. h. tit. Hartman. Pistor. d. quaest. 24. nu. 23.*

92 Praeterea nihil pro Cujacii figmento stabiliendo facit exemplum mariti: ad quem etsi fructus rei dotalis pertinent. *l. dotis. 7. in princ. ff. de jure dot.* nihilo tamen minùs novissimo anno non impleto soluto sit matrimonium: fructus ejus anni dividuntur inter maritum & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium fuit, sive maritus fructus perceperit, sive non perceperit: ut, si quidem percepit, debeat soluto matrimonio restituere fructus pro ratâ reliqui temporis: si non percepit, non aliter fundum dotalem restituere debeat, quam si uxor caverit, se perceptis fructibus restitutu 'tam fructus pro modo ejus temporis, quo matrimonium stetit *l. unic. §. cùmq; 9. ad finem. C. de rei uxor. act. dict. l. fructus 7. §. divortio. 1. §. è contrario. 2 §. in servo. 10. §. si fundum. 12. & §. interdum. 15.*

93 *ff. solut. matrim.* Nihil, *inquam*, istud mariti exemplum pro Cujacio facit. Magna quippe inter usufructuarium & maritum est dissimilitudo. In usufructuario ut fructus fiant ejus, causa est duplex: una, si fructuarius est, altera, si fructus percepit. Sic enim de eo jure cautum est; fructuarium percipiendo fructus suos facere. *d l si fructuarius 13. ff quib us modis usufruct. amitt. cum similib suprà citatis.* Fac ergo, illum eo anno, quo usufructus finitus est, percepisse fructus. Hoc casu licèt minimâ ejus anni parte usufructûs steterit: tamen conveniens est, fructus integros eum ferre debere: quia utraque causa superior concurrit. Nam & fructuarius, & eundem fructus percepisse certum est. Idemque in contrarium valet: ut quamvis maximâ parte anni steterit usufructus; si tamen fructus non percepit, nullâ ex parte fiant ejus, aut ei restitui debeant: quia deest illi causa iuris ad acquirendum, Non enim percepit: nec fructus fiunt ejus, nisi perceperit, *praedictâ l. qui scit. 25. § 1. ff de usur. d. l. si fructuarius. 13. ff. quib modis usufruct. amitt.* Caeterùm in marito, ut fructus fiant ejus, haec causa est. non si perceperit, sed si onera matrimonii sustinuerit. Placet namque, fructus dotis pro oneribus matrimonii ad eum pertinere *d. l. dotis 7. in princip. ff. de jur. dot l. pro oneri b. 20. C. eodem.* Vnde rursum necesse est evenire, ut pro modo temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis ejus esse debeant, licèt non perceperit: cùm tamdiu onera matrimonii sustinuerit: pro reliquo autem tempore nihil ferre debeat, etiamsi maximè priùs perceperit fructus: quia scilicet soluto matrimonio reliqui temporis onera sustinuerit. Atque ita Bartolus *Alexand. Iason.* & caeteri tradiderunt *in dict l. fructus. 7. (aliàs l divortio) & ibidem Duarenus in d. §. è contrario. ff. solut. matrim. Donellus d lib. 10. Commentar. de jur. civ. cap. 9. pag 502 & inibi in suis notatis Helligerus ad liter. B.* Tametsi aliter sentiat Hartmannus Pistoris *d. lib. 1 quaest. 24. num. 27. & seqq.*

Expeditum igitur est; fructus ab usufructuario non perceptos haud fieri ejus, quantaecunque parte anni steterit usufructus: perceptos statim fieri ejus, etiamsi minimâ parte anni, usufructus constiterit. 94
Quid verò censendum, si fructuarius perceperit quidem fructus, sed immaturos: putâ sylvam caeduam intempestivè ceciderit; foenum immaturum secuerit; oleam immaturam legerit? etiamnè isti perceptione fient illius? aut nunquid isthaec immatura in fructu computabuntur? Et computari, eoque & perceptione statim fructuarii fieri, verius est. Quippe ex usu hominis aestimandum, quid illi expediat, aut non expediat. Quod autem expedit, id illi esse in fructu, constat. *l. si absente. 48. § ult. ff. hoc tit. l. penult. ff. de usur. & usufr. legat. Donell. loco praeallegato.* Huc que pertinent notata per Molineum *in consuet. Paris tit. 1. §. 1. gloss. 8. num 34. ubi quomodo allegata l 48. § ult ff hoc tit. intelligenda sit, eleganter declarat.* Planè quod diximus; fructus eo tempore, quo usufructus extinguitur, ad proprietarium pertinere, non habita ratione, utrùm usufructus per majorem partem novissimi anni duraverit, an initio illius anni extinctus fuerit: non tantùm procedit in fructibus, qui singulis annis nascuntur. 95

tur, ut pomis, pyris, frumentis, uvis, & similibus: sed locum etiam habet in illis fructibus, qui elapso demum biennio, vel quinquennio percipiuntur: veluti in olivis, quæ unoquoq; biennio producunt fructus; in sylva cædua, quæ interdum triennio, interdum quinquennio renascitur. Quare si fructuarius circa finem biennii, triennii, vel quinquennii, fructibus hujusmodi nondum perceptis, moriatur, hæredibus ejus exclusis proprietario cedunt *d. l. fructibus. 7. §. quod in anno 6. & seq. ibiq. Dd. ff. solut. matrim. Bald. in l. ede. 3. col. 2. C. de locato. Roland. à Valle cons. 87. nu. 29. vol. 1. Cavalcan. d. tract. de usufruct. mulier. relict. num. 245 quos referendo sequitur Pistoris prædictâ quæst. 24 nu 71* Et ratio manifesta est: quia in fructuum acquisitione, quæ fit ab usufructuario, vigore usus fructûs sibi competentis, non attenditur diuturnitas temporis, quo ususfructus duravit: sed perceptio solummodo in considerationem cadit; qua cessante, nihil iuris in fructibus usufructuarius habet, quanto quanto tempore ususfructus duraverit, *ut suprà sæpius inculcatum.*
96 Enimvero illud hic silentio involvendum non est: fructuarium vel heredes ejus, etsi nullam portionem ex fructibus, tempore perempti usufructûs pendentibus, petere possint: expensas tamen fructuum nomine factas deducere, vel a domino repetere posse, idque per text. *in d. l. fructus. 7. ff. solut. matrim.* in cujus principio habetur, fructus intelligi, deductis impensis. Quamobrem quod dicitur, proprietarium fructus pendentes suos facere: sic accipiendum est; quod deductis impensis superest ad proprietarium pertinere. Nam alioqui, si hæc deductio non fieret; non fructus tantùm, sed plus etiam, hoc est, impensas & operas, fructuum gratiâ factas, contra verba & mentem legum, lucrifaceret. Quid autem hujusmodi impensarum nomine veniat & contineatur, explicat Paulus
97 IC *in l. si à domino. 36. §. ult. ff. de heredit. at. petit.* contineri videlicet, quidquid quærendorum, cogendorũ, conservandorumque fructuum causa impensum est. *Latè Petrus de Barbosa in d. l. fruct. 7. ff solut. matrim. nu. 7. cum seqq. Ioan. Garsia in tract. de expens. & meliorat. cap. 1. nu. 11. Cavalc. d. tract. de usufr. mul relict. nu. 246. Ioan. del Castill. d. tract. de usufr. cap. 77. nu 5. & seqq. aliiq; per hos designati.*
98 Quæri hoc loco convenienter poterit: si usufructuarius ob culpam suam amittat usumfructum, fortè quòd fundum deterioravit, vel ob similem causam: utrùm impensas fructuum pendentium gratiâ factas, qui sine ulla dubitatione domino cedunt, deducere vel repetere queat? Et eo quoque casu repetitioni & deductioni locum esse, omnino statuendum est. Siquidem & hic militat ratio dictæ *l. fruct. 7 ff solut. matr.* quòd videlicet fructus intelligantur, deductis impensis. Et valdè urget *l. fundus qui 51. in fine principii. ff. famil. ercifcund.* ubi dicitur, quòd nullus casus hanc deductionem impensarum fructuum causa factarum, impediat. Si nullus casus hanc deductionem impedit: certè nec ille impediet, quo fructuarius ob culpam admissam usufructu est privatus. Nam & prædoni, vel malæ fidei possessori, qui tamen in dolo versatur, ejusmodi impensarum deductio adversus dominum conceditur *d. l. si à domino. 36. in fine ff. de hereditat. petit.* Nec huic pronunciato obloquitur *l. 2. C. de jure emphyteut.* ex qua elucescit; emphyteutam, 99
qui propter culpam fundum emphyteuticum amisit, meliorationes suas, atque adeò impensas, quibus rem emphyteuticam meliorem fecit, perdere. *Etenim* illic non agitur de impensis, fructuum quærendorum vel colligendorum causâ factis: sed de sumptibus, ad rem emphyteuticam meliorandam factis. Impensæ quippe, quæ fructuum quærendorum gratia factæ sunt, longè favorabiliores aliis impensis censentur, *arg. d. l. fundus. 51. circa princip. ff. familia ercifcund.* ex quo fit, ut difficilius amittantur; atque ita illarum jacturam possessor non facilè patiatur. *Vide Molineum in consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. num 92 & gloss. 8. num. 15. & 16.*

Adhuc dictum est de modo naturales fructus percipiendi: nunc de civilium perceptione videndum. Civiles autem fructus partim ipso jure percipiuntur & acquiruntur fructuario, partim interveniente facto ejus. Prioris generis sunt, quæ operis servorum fructuariorum acquiruntur. Nam hæc ullâ aliâ perceptione non indigent: sed statim ipso jure fructuario, citra ullum ejus factum, acquiruntur: quemadmodum acquiruntur dominis, quæ quæsita sunt per servos proprios *§. item vobis 3 & § de iis. 4 infr. tit. per quas person. cuiq; acquiritur.* Quò etiam referenda sunt, quæ fructuario servo sunt donata contemplatione usufructuarii: quæ huic statim, nullo ejusdem ministerio intercedente, acquiruntur, *l. sed & si quid. 22. ff. hoc tit.* 100 101

Posterioris generis sunt, quæ ex re fructuaria fruenda venditâ, aut locatâ percipiuntur. Precium etenim, & merces locationis, ceu fructus civiles, fructuario acquiruntur mediante contractu venditionis & locationis, ab usufructuario celebrato, & sic facto ejusdem intercedente. Et quidem precium usufructûs venditi totũ fructuarii est, etiamsi ne uno quidem anno toto ususfructus steterit, *arg. l. non utitur. 38. in fin. ff. hoc tit. Donell. lib. 10. Comment. de jur. civ. cap 9. p. 503.* Sed dubitatur de pensionibus, & mercedibus rei fructuariæ locatæ: si fortè steterit ususfructus aliquâ tantùm parte novissimi anni, quo res locata est ab usufructuario: utrum nihilominus ejus anni totius pensio sive merces usufructuario, ejusvè heredib. cedat: an v. pro rata temporis dividi inter fructuariũ & proprietariũ debeat? Hęc quæstio breviter sic expedienda est, integrâ mercedem cedere fructuario, tametsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam merces ex locatione pendi debebat: si modo fructus, quorũ nomine pensio seu merces solvitur, à colono sive conductore percepti fuerint, *per text. in d. l. defuncta. 58. in princ. ff. h. tit. nost.* Conductoris namque perceptio hoc operatur, ut fructuarius percepisse videatur, à quo ille causam percipiendi habet *d. l. non utitur. 38 ff eod.* Et quoniam colonus sive conductor mercedem pro fructib. perceptis debet, eamq; percipiendi facultatem à fructuario consecutus est: æquissimũ putatur, mercedem fructuario, vel heredibus ejusdem tribui *Atq; ita tenent Alberic. de Rosat. in d. l. defuncta. 58. ff. eod. 1. Alex. cons. 82. nu.* 102 103

16. lib. 2 *Socinus conf.* 42. *num.* 6. *lib.* 3. *Cavalcanus d. tract. de usufructu mulieri relict. num.* 243. *Iacobus Mandellus de Alba conf* 939. *num.* 3. *libr.* 4. *Cephalus conf.* 740. *num.* 30. *lib.* 5. *Vincent. de Franchis decis.* 79. *num.* 3. *part.* 1. *Lancellot. Gallíaula conf.* 90 *num.* 3. *Gutierrez canonicar. quæst. cap.* 33 *num.* 20. *Ioan. Vincentius Honded. conf* 85. *num.* 30 *vol* 2. & *hoc cum aliis allegans Ioannes del Castillo in tract. de usufruct.*
104 *cap.* 77 *num* 20. Quod autem diximus: ad hoc, ut fructuario locationis merces cedat, requiri, fructus à conductore perceptos esse: sic exaudiendum est, ut tota merces debeatur heredibus usufructuarii, si fructus omnes, pro quibus illa debetur, ante extinctũ usumfructum à colono vel conductore percepti fuerint; Sin v. pro parte tantùm fuerint percepti: pro ratâ ejus, quod perceptũ est, pensio heredibus fructuarii concedatur. *Cavalc. d. l. Gigas de pensionib. quæst.* 53. *nu.* 3. *Lancellot. Gall. d. conf.* 90. *nu.* 4. *Vincent. Caroc. in tract. de locat. & conduct. quæst.* 24. *Honded d. conf.* 85 *nu.* 23. *lib.* 2. Hinc in illis rebus locatis; quarum fructus versatur in earum usu, si nondum impleto tempore locationis usufructus interierit: non debet majore ex parte pensio ad fructuarium, heredemvè ejus pertinere, quàm pro eo tempore, quo usufructus mansit vel duravit: quod superest: ad proprietatem pertinebit, ut responsum est de operis servi locatis *in l. si operas.* 26. *ff. hoc tit.* Idq; non immeritò. Debetur enim in his rebus pensio fructuario pro usu earum rerum. Quo fit, ut non possit deberi longiùs, quàm is usus præcesserit Atqui non diutiùs conductor usus est re fructuariâ, aut per conductorem fructuarius, quàm ususfructus stetit. Et verò absurdum est, fructuarium plus consequi, per conductorem, quàm si ipse re fructuariâ usus esset. *Donell d libr* 10. *Commentar cap.* 9. *in fine.*

105 Ex istis colligi potest; quid de censibus & reditibus statuendum, quos rustici sive subditi præfinito tempore, singulis annis domino suo, non quidem tanquam locationis mercedem, sed recognitionis loco præstant: si forte usufructuarius castri, ad quem ejusmodi census pertinent, moriatur ante tempus illud, quo inferri debent. Dicendum autem est: si usufructuarius castri moriatur ante tempus, quo rustici istiusmodi census dare tenentur, nihil eum ad heredes suos transmittere: sed proprietatis domino ejusemodi reditus cedere, Etenim in civilibus fructibus, quales sunt hi census, non minus perceptio requiritur, quàm in naturalibus. At verò hujusmodi civiles fructus non intelliguntur percepti esse, antequam dies illorum cedat, id est, antequam deberi incipiant, *argum. d. l. si operas.* 26. *ff. hoc tit.* Quamobrem cùm census eo tempore, quo ususfructus finitus est, nondum debeantur à rusticis: meritò post usumfructum extinctum, proprietatis domino cedunt. Sed ex adverso si moriatur usufructuarius castri post tempus, illius modi censibus inserendis constitutum, omnes reditus & census, quorum dies jam cessit, quamvis exoluti
106 non fuerint, ad heredes suos transmittit. Et ratio evidens est: quia cum census isti deberi jam cœperint, ante usumfructum peremptum: censentur à fructuario ipso percepti esse. Nam actionem ad rem qui habet, rem ipsam habere existimatur. *l. is, qui actionem.* 15 *ff. de reg. jur.* & quod in naturalibus fructibus operatur separatio à solo; hoc in civilibus efficit cessio diei, quo incipiunt deberi, *docente Carolo Molineo in consuetud. titul.* 1. §. 1. *gloss.* 1. *numer.* 52.

Fructuarium re alienâ utendi fruendiq; jus habere, 107
jam sæpe repetitum est *ex definitione ususfructûs, superius initio hujus tituli propositâ.* Unde effloresceit, illum, etsi commoditatem fructuum vendere, aliovè titulo transferre queat; *ut expositum in* §. 1. *supr. h. tit. nu.* 16. & *seqq.* rei tamen ipsius, i. e. proprietatis alienandæ facultatem non habere. *l. interest.* 6. *l. usufructu.* 9. *l. habitatio* 11. *C. hoc tit.* Ratioq; expedita est: quoniam dominium transferre nequit, quod dominus non est. *l. traditio.* 20. *ff. de acquir. rer dom.* Sicut autem alienare rem usufructuarius prohibetur: ita nec consumere, nec mutare, nec transformare, nec novam facere potest: quamvis eam tueri valeat. *l si cujus.* 13 §. *sed, si adium.* 7. *vers. sed neq.* & *l. usufructuarius.* 44 *ff. hoc tit.* Usumfructum etenim esse jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ earum substantiâ, notissimum est. 108
Non verò utitur fruitur, salvâ rei substantiâ, qui rem consumit, immutat, vel transformat. Hinc illud descendit, quòd usufructuarius ædificium in area, cujus ususfructus relictus est, extruere non possit. *l. usufructu.* 7. §. 1. *in fine. ff. hoc tit.* Nam collocando ædificium in area, rei substantiam mutat; quippe cùm area, posito in eadem ædificio, area esse desinat: adeoq; ususfructus expiret. *l. repeti.* 5. §. *ult. ff. quibus modis ususfruct. amitt.* Hinc profluit etiam, quòd usufructuarius ex agro vineam, vel contrà, ex vineâ agrum facere nequeat, *argum. dicta. l* 5. §. 2. & 3. *ff. eodem.* 109
imò si fortè voluptarium fuit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes, arboribus usufructuosis opacas, atque amœnas habens, non debeat dejicere, ut hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quòd ad reditum spectat *l. si cujus.* 13. §. *fructuarius.* 4 *ff. hoc nostro tit.* Et, quod dictum est, fructuarium non posse rem mutare, neque transformare, usque adeò procedit; ut licèt is, nisi re mutatâ vel transformatâ, uti frui non possit; rei tamen mutatio sive transformatio eidem denegetur. *l. usufructuarius.* 61. *ff. eodem.*
Nec movet; quòd servitute aliqua concessâ, omnia, 110
sine quibus servitus illa utilis esse non potest, concessa intelligantur. *l si iter.* 10 *ff. de servitutib l. servitutes,* 20. § 1 *ff de servitut prædior. urban l.* 3 §. *qui habet.* 3. *ff. de servitut. prædior. rusticor. l.* 1. §. 1. *ff si ususfruct. petetur. ibiq. Petrus Costalius.* Quia ex mente Doctorum respondetur: hanc regulam non locum obtinere in his, quæ sunt contra naturam, formam & substantiam servitutis concessæ. Hæc namque, servitute concessa, non intelliguntur tacitè in concessione fuisse comprehensa, etsi inutilis servitus futura sit. *Quâ de re videantur Angelus. Bald. & Fulgos in d. l. usufructuar.* 61 *ff. hoc tit Iason nu.* 24. & *Curt. Iunior num* 58 *in l* 2 *ff de jurisdict.* Hucque referenda sunt; quæ notavimus suprà *ad principium tituli proximi. num.* 41. & 83. Verissimum itaque relinquitur, usu-

usufructuarium non posse mutare rei formam, etiamsi eâ re aliter uti non possit. *d. l. usufructuarius. 61. ff. hoc tit.*

111 Quid autem, si usufructuarius mutando vel transformando rem fructuariam, meliorem domini causam, seu proprietatis conditionem sit facturus? Et placet, ne sic quidem illum rem mutare, vel transformare posse. *d. l. usufructu 7. in fin. l. quamvis melius. 8. d. l.*
112 *si cujus. 13 §. fructuarius. 4. in fine. ff. eodem tit.* Sed gravis hic difficultas occurrit *ex dicta modò lege 13. §. inde est quæsitum. 5. ad finem ff. eod.* Vbi fructuarius vineas, arbusta & oliveta dejicere potest, ut auri vel argenti fodinas, vel lapidicinas uberioris quæstûs gratiâ eo in loco instituat. Et subjicitur hæc ratio: *quia fructuario permittitur meliorare proprietatem.* Atqui facere ex vineâ, agrovè lapidicinam, argenti vel aurifodinam, est mutare formam & substantiam rei. Magna igitur hujus loci cum aliis ante adductis legibus pugnantia esse videtur. Ast hæc quamvis explicatu difficilia putentur: ita tamen commodè (ut mea qvidem fert opinio) componi poterunt: Vsufructuarius, qui in agro vel vineâ fructuariâ lapidicinam auri vel argenti fodinam instituit: rei formam mutare nequaquam intelligitur. Nam cùm lapides, aurum, & argentum, ante illam destinationem, ab usufructuario factam, sub terrâ latuerint: videtur usufructuarius magis detegere lapidicinas, auri vel argenti fodinas, sub terrâ latentes, quam aliquid novi facere. Etenim, hac ratione considerarâ, fundus propter latentem sub eo lapidicinam, vel argenti auriqve fodinam, etiam ante destinationem usufructuarii ad hoc factam, quodammodo lapidicina, & argenti aurivè fodina fuit: & propterea usufructuarius novi quid instituisse non censetur, ut re jam aliâ, sed ut eadem, quæ ante mutationem fuit, fruatur, *argumento l. adeò 7. § cùm quis 7. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* ubi habetur; eum, qui ex spicis frumentum excussit, sive grana à spicis separavit, non novam speciem fecisse; sed eam, quæ antea fuit, detexisse. *Et de isthac difficultate vide variè dissertantem Ioannem del Castillo Sotomayor in tract. de usufruct. cap. 33 n. 21. & sequentibus.*

113 Simili ratione resolvi & declarari potest, quod *in d. l. si cujus. 13 §. si tamen. 6. in fin ff. hoc tit.* traditur, usufructuarium in fundo ædificium, fructuum colligendorum gratiâ ponere posse. Hoc quippe superioribus, quæ de non mutandâ vel transformandâ rê fructuaria dicta sunt, non adversatur. Quod enim dicitur, usufructuarium non posse rem mutare, vel transformare: sic accipiendum erit, si quid instituat novi, non quo re vetere, cujus ususfructus constitutus erat, commodiùs utatur fruatur: sed ut fruatur novâ, cujus ususfructus constitutus non est: veluti, si fundi usufructu legato, in quo vites non erant, arvo subverso vites instituat; aut vitibus, quæ in fundo erant, evulsis instituat sylvam cæduam, ut & illic vitibus, & hic sylvâ cædua frui possit: cùm neutrius rei fructus ab initio esset constitutus. Ceterû si usufructuarius quid novi instituat, rei fructuariæ tuendæ, aut ad usum educendæ causa, qvò magis ea integra & libera frui liceat, sive ut commodiore ratione & compendio fructus ex eadem re, non ex nova, percipiat: nihil impedimento est, qvo minùs ususfructuarius id facere valeat, *arg. d. l. 1 §. 1 ff. si ususfruct. petet.* Et hinc est, quòd usufructuarius in fundo fructuario ædificium, fructibus percipiendis & conservandis idoneum, ponere possit. Non etenim hoc facit, ut nova re fruatur: sed ut ex re vetere, cujus usumfructum habet, fructus eò meliùs commodiusqve percipere qveat. Ex qvibus ita explicatis sine ullo negocio deprehenditur: dictam *l. si cujus. 13. §. si tamen 6. ff. hoc tit. cum prællegata l. usufructu 7. §. 1. in fin ff. eod.* in qua fructuarius prohibetur areæ, cujus habet usumfructum, ædificium imponere, minimè pugnare. Nam *d. lex 7.* loqvitur eo de casu, quo usufructuarius vult extruere in area ædificium, non ut area, sed ut ipso ædificio fruatur: id quod ei permittendum non est. Quia videlicet usufructuarius rem mutare nequit, nec in ea novi qvid instituere, ut nova re, cujus ususfructus constitutus non est, fruatur: qvamvis ejusdem rei veteris tuendæ & fruēdę causa mutationem instituere possit, *ut paulò antè dictū.* Idqve explicatiꝰ persequitur Donellus *lib. 10. Comment. de jur. civil. cap. 10. pag. 506* ubi vide Hilligerum *in suis not. ad lit. F.* item q; Chatond. *libr. 1. verosimil. c 5. num. 8.* & D. Collegam Besoldum *in delibat. jur. ex lib. 7. Pandect. numer. 8. pag. 326.*

Superioribus fructuarii commodis adjungēda sunt remedia, eidem iuris sui perseqvendi & tuendi gratia prodita. Imprimis igitur scire oportet: eum, cui pactionibus sive stipulationibus ususfructus promissus est, nihil aliud ex ista promissione & obligatione conseqvi, qvàm personalem ad usumfructum petendum actionem, qua compellere potest promissorem, ut usumfructum sibi constituat: ipsum verò usumfructum non sola promissione, sed in fundum fructuarium inductione: quæ loco traditionis est in corporalibꝰ; & fieri intelligitur, quando promissor creditorem utifrui patitur. *l. 3. in princip. ff. hoc tit. l. ultim. ff. de servitutib.*) conseqvitur. *l. traditionibus. 20. C. de pact. juncta d. l. ult. ff. de servitutibus.* Ideircò creditor, cui ususfructus debetur, non habet facultatem propria auctoritate possessionem fundi fructuarii apprehendendi: sed expectare debet, donec per patientiam illam vtendi fruendi, quæ vicem traditionis obtinet, vsusfructus sibi realiter cedatur. Alioqvi si ante hanc cessionem vsufructuarius propriâ auctoritate fundum, fructuum percipiendorum gratiâ, ingrederetur: actionem sibi competentem, atqve adeò jus suum amitteret, *vulgatâ l. extat. 13 ff. quod met. caus. l. si quis in tantam. 7. C. unde vi.* Qvod si verò vsusfructus non inter vivos constitutus, sed testamento legatus fuerit: ex eo statim tempore, qvo deberi incipit, & dies ejus cedit; id est, ab aditâ hereditate, ipso jure sine ullo heredis facto in legatarium transit. *l. 1. §. dies autem. ff quando dies ususfructus legat. ced. l. si servo. 18. ff quibus mod. ususfruct. amitt. l. si tibi. 86 §. 2. ff. de legat. 1. l. à Titio 64. in fin. ibiq; Gothofred. ff. de furtis.* Sed nihilominùs ad quasi possessionem ejus conseqvendam legatarius adversus heredem actione ex testamento experiri debet. *l. 1. C. communia de legatis, &c.* Licèt enim vsusfructus, absqve ulla cessione heredis, solâ juris auctoritate in 115

legatarium transeat, *ut modò dictum*: possessio tamen ipso jure non transfertur; sed ab herede, in eam ille inducendus est, *arg d. l. 3. in princ. ff. hoc tit. & l. non est*
116 *dubium. 5. C. de legatis. ibique DD. communiter.* Sed actione confessoria, ab adita statim hereditate, legatarius adversus heredem agere potest, ut sibi utendi fruendi facultatem liberam relinqvat, seqve per patientiam suam in qvasi possessione ususfructûs constituat. Nam (*ut jam indicatum*) legatarius iste statim ex eo tempore, qvo ususfructûs dies cedit, hoc est, à die aditæ hereditatis, ipso jure dominium ususfructûs consequitur: ac proinde possessionem, vel potiùs quasi possessionem, qva caret adhuc, instituta actione confessoria, ab herede avocare potest, *l. penultim. in princip & fine. ff. si usufruct. petatur.*

117 Huic autem, qvod diximus, ususfructûs legatum ipso jure, post aditam hereditatem, ad legatarium transire, non obstat *l. 2. ff. quando dies legator. vel fideicommiss. cedat.* Ubi Ulpianus respondit, diem ususfructûs legati ante aditam hereditatem non cedere: atque hinc petitionem ejus, si legatarius ante aditionem hæreditatis decedat, heredi ejus non dari. Hæc, *inquam*, lex non obstat, & contra nostram sententiam malè adducitur. Haud enim qværimus, qvo tempore dies legati ususfructûs cedat: sed an ex eo tempore, qvo cedit, hoc est, ab aditâ hereditate, ipso jure ususfructus legatario acqviratur. Qvod *in d. l. 2.* non negatur: sed hoc tantum dicitur, qvod dies legati ususfructûs ante aditam hereditatem non cedat. Ex quo hoc quidem sequitur, ante aditam hereditatem legatario usumfructū non acqviri: qvòd autē is post aditā hereditatem ipso jure illi non acqviratur, id in *d. l. 2.* nullo prorsus verbo attingitur.

118 Nihil qvoqve resistit *d. l. 3. in princ. ff. hoc tit.* Ubi habetur, usumfructum legatum legatario ab herede dari: proindeqve non ipso jure in legatarium transire:
119 cum dare sit dominium transferre *l. ubi autem. 75. §. ult. ff. de verb. obligat. l. non videntur. 167. ff. de reg. jur* & qvòd semel meum est, ampliùs meum fieri non pos-
120 sit, *§. sed si rem. 10. supr. de legat. § sic itaq. 14. infr. de actionib. l. 3 § ex contrario. 5. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Nihil, *inquam*, lex illa resistit: qvandoqvidem non de translatione ususfructûs, sed de inductione in eiusdem qvasi possessionem loqvitur. Etenim possessio non ipso jure, sed per patientiam heredis, sicque quasi traditionem in legatarium transit. Haneque esse illius legis verissimam interpretationem, evincunt illa Caji Iurisconsulti verba: *Dare autem intelligitur* (scilicet heres) *si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.*

121 Nihil præterea refragatur *l. 2. ff. si usufruct. petet.* ubi Pomponius notat, heredem, à qvo ususfructus fundi legatus est, ad id, qvod interest, teneri, si ante constitutum usumfructum fundo huic servitutem imposuit. Iam si fundi usufructu legato, ususfructus ille ab adita hereditate ipso jure legatario acqvireretur, non posset heres, nudam saltem proprietatem habens, fundo huic servitutem imponere. *l sed, si quid. 15 §. ult. ff. hoc tit.* Qvare cùm *in proposita l. 2. ff. si usufruct pet.* heres post aditionem hereditatis fundo, cu jus ususfructus alicui legatus erat, servitutem imponere potuerit ipso jure subsistentem: consequens est, usumfructum à tempore aditionis non ipso jure ad legatarium descendisse, sed adhuc penes heredem usqve ad tempus quasi traditionis constitutum fuisse. Nihil, *dico*, lex ista secunda refragatur. Qvia loqvitur præsuppositivè & conditionaliter, si videlicet servitus ab herede imposita sit. Necessariò igitur exaudiri debet de casu, ubi servitutem ipso jure subsistentem imponere potuit, & sic ubi ususfructus fundi sub condirione legatus est, quæ post aditam demum hereditatem evenit. Nam interim pendente conditione, dies ususfructûs non cedit, neqve is ad legatarium transit: ut sic plena interim apud heredem proprietas residcat, cujus virtute servitutem imponere potest. Et ita, *contra Iasenem. Zasium & Coraßium, à se allegatos*, sentit acutissimus Molineus *in extricatione Labyrinthi ad l. si partem. 19. ff. quemad. servitut. amitt. num. 6. & seqq. ubi usumfructum legatum ipso jure legatario acqviri. pluribus textibus probat.*

Ex prædictis itaque conclusio hæc colligitur: eum, 122 cui ususfructûs legatus est, adversus heredem non actione tantùm ex testamento: sed confessoria quoqve experiri posse, ut rem sibi utendam fruendamque tradat. Sed nunqvid legatarius, actionibus illis prætermissis, rei legatæ possessionem propriâ auctoritate apprehendere potest? Minimè: qvia non tantùm creditor ex contractu, sed legatarius etiam, cui ex testamento legatum debetur, rem legatam è manu heredis, id est, debitoris tam præstantis, accipere debet, nec propriâ auctoritate occupare potest. *l. 1. § 2. ff. quod legator. Pinel. ad l. 1. C. de bon. matern. num. 62.* Ne- 123 mini siqvidem in propriâ causa sibi jus dicere licet *d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. qui jurisdictioni. 10 ff. de jurisdict. l. unic. C. ne quis in sua caus. judicet* Qvâ ratione contra legatarium, qui rem, cujus ususfructus ei relictus est, propriâ auctoritate occupat, non solùm interdictum *quorum legatorum* ad restituendum, qvod accepit, heredi competit, *dict. l. 1. § undo est quæsitum. 8. ff. quod legator.* sed legatarius etiam jus suum, pro- 124 pter illhanc occupationem propria auctoriate factam, amittit. *d. l. non est dubium. 5. C. de legat. d. l. si quis in tam. 7. C. unde vi. Ioan. del Castill. Sotomayor. in tract. de usufr cap. 6. num. 17. & seqq. Reacius. Anton de Ripoll. var. jur. resolut. cap. 13. num. 88 fol. 427. Doctor Marta tom. 5 digestorum novissimorum. tit. legatarius. cap. 8. fol. 68. Hardevvig. à Dasrel cons. 14. num. 15. D. Besoldus in delibatis jur. ex lit. 30. ff. quæst. 5. pag. 119.* Idqve ampliatur procedere etiam in illo, cui 125 omnium bonorum ususfructus legatus est; tametsi contrarium statuerit Socinus senior *consil. 131. col. 4. in princip lib. 1. quem sic refert Monochius remed, 5. recuper. possess. num 36.* Verùm errasse Socinus ex eo constat; qvòd is, cui omnium bonorum ususfructus legatus est, non habeatur pro herede: sed nihilominus legatarius maneat, ad instar illius, cui certæ tantùm rei ususfructus est legatus, *arg. l. quoties. 13. C. de heredib. instituend.*

Illud valde controvertitur: si Titio omnium bono- 126 rum ususfructus relictus, & heres non purè, sed post mor-

mortem Titii demum institutus est; num legatarius hic Titius res hereditarias, nomine vsusfructûs sibi competētis, propria auctoritate impunè capere possit: an potius ob ejusmodi occupationem sine permissu heredis factam à jure suo cadat? *juxta dispositionem dictæ l. non est dubium. 5. C. de legat.* Ego sanè (*quicquid in contrarium afferant alij*) propter eandem rationem, quæ in hac specie æquè, ac in cæteris militat, quòd nimirùm nemo sibi ipsi jus dicere debeat, dicendum putarem: legatarium Titium pœnam prædictam evadere neutiqvam posse. Nec obietit, si prætendatur, nullum hic esse heredem, à qvo legatarius iste legatum usufructûs petere qveat: & propterea nihil prorsus ei imputandum esset, si illud auctoritate propriâ accepérit. Hoc namqve præsuppositum falsum esse, inde clarescit: quòd heres eo, quo dixi, modo institutus, statim à morte testatoris adire possit, tanquam purè institutus. Tempus enim mortis non est adjectum institutioni ad infringendam institutionem, vel ne heres statim meto jure succedat; sed quo minùs legatarius in usufructu turbari possit. Non igitur ista verba suspendunt, vel limitant institutionem; sed eximiam testatoris voluntatem super legati vitib. declarant, *prout eleganter scripsit Didacus Covarruvias lib. 2. variar. resolut. cap. 2. num. 5.*

127 Et hæc de remediis sive actionibus, usufructuario ad conseqvendam rem in qua usumfructum habet, competentibus, dicta sufficiant. Qvòd si verò usufructuarius usumfructum, cujus quasi possessionem consecutus est, tueri velit: remedia hujusmodi ei sunt comparata, prout sunt impedimenta, qvæ fruenti objiciuntur. Nam aut in eo impeditur fructuarius, quòd alius rem fructuariam possidendo, fructuum perceptioni obstet: aut, qvòd usufructuario possidente, alius ei impedimentum faciat, quominus re fructuariâ liberè utatur fruatur. Primò casu datur usufructuario actio adversus possessorem confessoria, qvâ petit, ut res sibi utendi fruendique causa restituatur. *l. uti frui. 5. §. 1 & §. ult. ff si usufruct. pet.* Sed & usufructuario, qvi post rei possessionem semel adeptam ab eâ vi dejectus est, præter confessoriam actionem, interdictum unde vi conceditur: qvo impetrat, ut sine exceptione res sibi restituatur. *l. 3. §. in id, quod pervenit. 13. cum §§. seqq. ff. de vi, & de vi arm.*

128 Disceptant autem Doctores, an interdictum hoc *Vnde vi*, quod dejecto usufructuario tribuitur, directum sit, vel utile? Et quamvis communiter directum esse velint, *ajente & probante Menochio recuperanda possess. remed. 1. num. 74.* utile tamen saltem esse, veriùs existimo, *cum Raphaele Commeuf. in princ. & Iasone num. 9. in l. naturaliter. 12. ff. de acquir. vel amitt. possess. & Ioanne Annibal. num. 153. in l. naturaliter. 5. ff. de usurpat. & usucap. prout eos refert Menochius dicto jam loco.* Etenim usufructuarius (*ut suprà ostensum num. 22.*) verè non possidet; sed pro possessore duntaxat habetur. Cùm itaque directum interdictum soli possessori accommodetur: usufructuario, qui non possidet, sed detinet tantùm, competere nequit: atque adeò utile ei interdictum indulgetur. Etsi enim non possidet: tamen pro possessore haud dubiè habetur, *ut modò dictum.* Qua ratione remedium etiam *l. si quis in tantam. 7. C. unde vi.* Vsufructuario vi dejecto adversus violentum dejectorem datur. Qvo qvidem remedio violentus expulsor, si extraneus est, usufructuario vim passo, unà cum re ablata æstimationem rei, pœnæ loco, præstare cogitur. At si dominus rei usufructuarium dejecerit; proprietatem amittit, eaqve usufructuario acqviritur, *d. l. si quis in tantam, 7. C. eod. ubi videatur Salicetus, & Menochius, recuperandæ poss. remed. 9. num. 295.*

Atqve hæc de primo casu, videlicet fructuario non possidente. Altero casu, ubi possidens fructuarius prohibetur re fructuaria liberè uti frui, eadem actio confessoria contra turbantem & impedientem conceditur. Nec refert, à domino, ad quem proprietas pertinet, vel ab extraneo usufructuarius impediatur, aut turbetur. Vtroque qvippe casu confessoriam ei dari, exploratum est, *arg. d. l. uti frui. 5. §. 1 & ult. ff si usufruct. pet. eleganter Donell. lib. 10. Commentar. de jur. civ. cap. 11. pag. 508. in fin. & cap. 12. pagin. 511.* Fit autem turbatio isthæc variis modis. Et imprimis turbatur & impeditur fructuarius à domino proprietatis, si is servitutem alteri in re fructuaria, in præjudicium usufructuarii constituat. Proprietarium enim cum detrimento usufructuarii, servitutem in fundo fructuario constituere non posse, expediti juris est. *l. sed, si quid. 15. §. ult. & l. seq. ff. hoc tit. l. 2. ff. si usufruct. pet.* Quod usque adeò procedit, ut ne consentiente quidem fructuario dominus proprietatis servitutem imponere possit, *respondente Vlpiano in d. l. sed, si quid. 15. §. ultim ff. hoc tit. Ast hoc quomodo accipiendum sit, aperuimus in §. ideò autem. 3. num. 19. cum seqq. sub tit. proximo.* Deinde si quis prohibeat fructuarium reficere ædes; agrum colere, fructus colligere, & similia turbare dicitur. *l. vim facit. 11. ff de vi, & de vi armat. l. si duo. 3. §. item videamus. 4. in fin. ff. uti possidetis. Bald. consil. 446. sciendum. col. 1 libr. 3. Corn. Consil. 100 num. 2. libr. 2. Lanfranc. de Oriano in rubr. de caus. possess. & propriet. col. 2. vers. unde cùm possessio, &c.* Præterea turbat & is, qui sepem, vel murum facit, vel fossam fodit, vel intrat possessionem rei fructuariæ, invito usufructuario, *argum. l. divus. 16. ff. de servitut. præd. rustic. Menochius remed. 3 de retinend possess. numer. 489. & seq. ubi ad hoc citat Guidonem Pap. in statut. Si quis per literas. in verb. vel quasi. vers. ulterius etiam quæro, & c. Francisc. de Marchis. q. 199. num. 1. part. 1 & q. 661. part. 2. Bartol. consil. 112. num. 2. Bald. d. consil. 446. in princip. lib. 3. Ruinald. consil. 340. num. 1. lib 2 & alios.* Sed & is turbat usufructuarium, qvi eo inconsulto, in fundo fructuario arbores plantat: vel è contra, qvi è fundo arbores evellit, & incidit: vel colonum usufructuarii, ne incidat, impedit. *l. nam & si ramos 9. in princip. ff. quod vi, aut clam. Cæpoll consil. 3. col. 1. vers. de secundo, &c. quem, cum reliquis, referendo approbat Menochius d. remed. 3. retinendæ possess. num 694. & seqq. ubi complures alios turbationis modos commemorat.* Denique eum qvoqve turbare cōstat, qvi impedit usufructuariū servitutib. prædio fructuario debitis uti. qva de causa ei hoc nomine prædicta actio cōfessoria advers⁹ impedientē datur:

129 130 131 132 133 134 135

non-

noit qvidem, ut vindieet ipsas servitutes directò &
principalitet: cùm actio confessoria de servitute præ-
dii nemini, nisi prædii domino competat. *l. t. ff. si ser-
vit. vindicet.* sed ut vindieet usumfructum: qua vin-
dicationeetiam illud per consequentiam consequitur,
ut vicinus pati debeat fructuarium ire agere, & cæteris
servitutibus uti: qvoniam qvi his prohibetur, idem
prohibetur uti frui. *auctore Vlpiano in l. 1 in princip. &
l uti frui. 5. §. utrùm. t. in fin. ff si usumfruct petet.* Ne-
qve hanc sententiam enervat *l. unic. § item Iuliano. 4.
ff de remissionibus.* Vbi idem Vlpianus scribit, Iuliano
placere, in qva etiam ille sententia manet: fructuario
130 vindieandarum servitutum jus esse. Nam, nnii artten-
tis Bartoli, *in d l unic. §. item Iuliano. num 5. ff d. tit.
Cumani in l 2. ff de novi operis nunciat. Cujacii lib. t.
observat. cap. 16. Antonii de Padilla in l. 1 num. 62. in
fin. C. de servitut. Corasii in l. ei, qui pignori. 16 num.
6 ff. de servitutib eumq; sequentis D. Besoldi, in deli-
bat. jur. ex lib. 7. Pandect num. 7 pag 525 Feliciani de
Sole in tract. de censib. in præfatione. num. 14 Petri Au-
gustini Morl. in emporio jur. par. 1. tit. 6 de servitut.
quæst. 2. eiq; referentis Ioannis del Castillo. in tract. de
usufruct. cap. 7. nu. 14. cum seqq. Volseij lib 1. discept.
scolast cap. 18 Donelli lib. 10. Commentar. de iur civil
cap. ti. pagin 509. & lib. 1t. cap. 15 pag. 609 Duarenι in
rubr. ff de nov operis nunt cap. 3. Petri Pithæi in not. tit.
2 collat. ll Mosaic. in fin. Marci Lycklam libr 2. Membr.
eclog 1t. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert 90 edit.
2. Arumæi Exercitat. 5. th. 23.* & aliorum qvorundam
anxie excogitatis contortisqve interpretationib; cum
Schola communi respondendum est: usufructuarium,
qvi servitute fundo fructuario debita uti prohibetur,
directa qvidem actione confessoria. & ut verum domi-
num, petere servitutem non posse. Hæc siqvidem
actio directa ei solummodo conceditur, qvi domini-
um habet in fundo, cui servitutem deberi contendit. *l.
2. §. 1 ff si servit. vindicet.* Et de actione directa acci-
pienda est. *d l. 1. ff si usufr pet.* qvòd videlicet usufru-
ctuarius non possit directam confessoriam actionem
pro servitutib vindicandis sive petendis exercere. Ni-
hilominùs autem utilis saltem confessoria actio pro
servitutibus petendis usufructuario, quasi domino, tri-
buitur. Et de hac actione utili exaudiri debet. *d. l. §.
137 unic. § item Iuliano. ff. de remissionib.* Quippe & a-
quæ pluviæ arcendæ actio directa tametsi soli domino
competit. *l. si tertius. 6. §. si quis. 4 ff de aqua, & a-
quæ pluv. arcend.* Vtilem tamen fructuario, quasi do-
mino, accommodari expressum est *in l si usufructus.
22. circa princ. ff. eod. tit.* Hinc & interdictum utile
duntaxat servitutum tuendarum gratiâ, usufructuario
dari responsum est *in l. 2. in fin. ff si servit. vindicet.*
Atque ita non obscurè sentiunt *Accurs. Gomezius,
Dynus, Zasius, Mynsinger. &c. in §. aquè 2 infr. de acti-
onib. Longovallius in repetit. l imperium 3. num 203 ff.
de iurisd. Robert. lib. 2. animadvers. juris civil. cap. 31.
& in not. adnotata Mercat. libr. 2. cap. 31. Arnold. ab
Harsolte in adversar. de actionib. part. 2. act. 19. num. 7.
138 & alii.* Cæterùm, præter isthæc remedia, conceditur
etiam usufructuario operis novi nuntiatio: quâ uti po-
test adversus eum, qui in detrimentum ususfructûs, in
fundo fructuario ædificare cupit. Huic enim fructu-
arium opus novum nuntiare, licèt non suo, tamen pro-
curatorio nomine posse, certum est. *l. t § ult. ff. de ope-
ris novi nuntiat. d l. un. § 4. ff. de remiss.* Dominus
namque censetur usufructuario rei custodiam & con-
servationem mandasse; sub quâ includitur etiam ope-
ris novi nunciatio, quæ ad rei custodiam pertinet. *arg.
l. t in fine. & l. seq ff usufructuar quemad. caveat. Do-
nell. d. lib. 10. Comment. de jur civ. cap. tt. pag. 509. in fi-
ne ibiq; Hilliger. in suis not. sub lit. D. & Robert. locis
antè designatis.*

Cùm porrò ad usufructuarium rei, cujus usumfru- 139
ctum habet, commoda spectent, ut hactenus abundè
expositum; naturali ratione incommoda quoque eun-
dem sequuntur. *l secundùm naturam, 10. ff. de regul. jur.*
Onerum autem, qvibus agnoscendis usufructuarius
maximè astrictus est, tria sunt genera: rem tueri: one-
ra prædiorum sustinere: finito usufructu rem restitue-
re. De singulis brevissimè agemus. Tuitio rei du- 140
as habet partes. quarum utramque præstare debet fru-
ctuarius: curam videlicet rei conservandæ, ne intere-
at, nevè deterior fiat: curam itidem reparandæ rei, si
forte vitii aliquid jam contraxit, aut damni quid acce-
pit. Prioris partis exempla hæc sunt: custodire rem à
furibus, ne surripiatur, *arg l. cùm duob. 52. §. damna 3 141
ff. pro socio.* defendere à damno & injuria domestico
suum, *arg. l sed cùm fructuarius 6. ff hoc tit* præcavere,
ne usucapiatur: qvod fit interrumpendo præscripti-
onem ab alio cœptam. *l. 1 in fine ff. usufruct. quemad-
mod caveat.* Denique prospicere, ne servitus, rei fru-
ctuariæ debita, non utendo amittatur. *l. sed, si quid, 15
§ ult hoc tit.* Quæ omnia, & similia, ad diligentem rei 142
custodiam pertinent: & propterea fructuario, cujus est
rem salvam & incolumem servare, expedienda incum-
bunt. Nec sufficit, eam diligentiam adhiberi, qvalem
ipse suis rebus adhibere solet, si forsan sit minùs diligens
paterfamilias: sed eam adhibere diligentiam debet,
qvàm diligens paterfamilias suis rebus adhibere con-
suevit. *d. l. t. in fin & l. 2. ff. usufructuar. quemad. cave-
at. d. l sed cùm fructuarius. 65 ff. hoc tit.* Proinde si quid
detrimenti vel levi ejus culpâ acciderit, eo nomine te-
nebitur. Hujusqve ratio desumitur *ex l. si, ut certò. 5.
§. nunc videndum. 2. ff. commodat.* ubi habetur, in o- 143
mni negocio contracto, in quo utriusque contrahen-
tis utilitas versatur, non latam tantummodo, sed levem
qvoque culpam esse præstandam ab eo, qvi rem debet.
Atqui usufructuarius rem fructus percipiendi, sicque
sui commodi gratiâ recepit à proprietario, & ad illam
finito usufructu restituendam se obligavit: atque ita u-
triusque, & proprietarii utilitas in hoc negocio ver-
satur. Meritò igitur latam & levem culpam usufructu-
arius præstat, *ut fusius id enodat. Donellus lib. 10. Com-
mentar. de jur. civ. cap. 13. pag. 513. prope finem. & tra-
dit Ioannes Cephalus consil. 653 num. 15. lib. 5.* quem
tamen apertè lapsum esse, scribit Ioannes del Castillo
in tract. de usufruct. cap. 20. num 18. eò quòd usufru-
ctuarium teneri tantùm de dolo, latâ, levique culpa do-
cuit. Verùm enimverò ipsum Ioannem del Castillo 144
(dum statuit, usufructuarium non solùm de dolo, latâ,
& levi culpa, sed etiam de levissima culpa teneri) cùm

De-

Doctoribus, quos citat, fœdè lapsum esse, ex prædictis
liquidò constat.
Altera tuitionis pars consistit in iis, quæ à priore in-
145 tegritate discesserunt, sarciendis & reparandis. Nam
fructuarius rem, usufructui suppositam, quoad ejus fi-
eri potest, non modò salvam & integram servare; sed
læsam & corruptam, insuper resarcire & reparare tene-
146 tur: idque propter vulgatam juris regulam: quòd cu-
jusque rei incommoda eum sequi debeant, quem com-
moda sequuntur, *arg. d. l. secundùm. 10. ff. de reg. jur l.*
147 *unic § pro secundo 4. C. de caduc. tollend.* Ex qua rati-
one & illud descendit: usufructuarium istam reparati-
onem propriis sumptibus facere debere, nec impen-
sas eo nomine factas à proprietario repetere posse. *l. e-*
148 *um, ad quem. 7. C. hoc tit. nostro.* Ejus verò reparati-
onis & restitutionis onera hæc perhibentur: reficere
ædes fructuarias, easque sartas tectas præstare. *l usu-
fructu. 7. §. quoniam. 2. cum §. seq l. cùm fructuarius.
64. & l. seq ff. hoc tit.* agrum proscindere, vites sub-
serere, aquæductus & fossas purgare. *l. si cujus, 13. §.
de præteritis. 2 in fine. ff. eodem.* fundi seminarium
renovare *l. item, si fundi. 9. §. seminarij. 6. ff. eodem* in
locum demortuarum arborum alias substituere. *d. l.
usufructu. 7. §. Cassius. 3. & l. agri 18. ff. eodem tit.* a-
nimalia ægrota curare. *l in reb. 18. §. possunt. 2 ff. commo-
dat. l sicut. 45. ff. hoc tit* gregem vel armentum ex a-
gnatis capitibus supplere. *l. vetus. 68 §. ult cum duab
ll. seqq ff. eodem. § sed si gregis. 38. supra de rer. divis.*
Et ista prolixè ac eruditè explicat: Donellus *d libr. 10.
Commentar. cap 13. pag. 515. & seqq.* Hæc igitur o
mnia fructuario, ad quem cura rem fructuariam resti-
tuendi reparandique pertinet, propriis impensis præ-
standa incumbunt: nec recipit à domino proprieta-
tis, quod eo nomine impendit. *d. l. eum, ad quem. 7. C.*
149 *hoc tit.* dummodo impensa, quam reparatio & re-
stauratio illarum rerum exigit, modica & talis sit, per
quam usufructuarius non multùm oneretur. *d. l. usu-
fruct. 7. §. hactenus. 2. ff. eod. tit* Magnam namque im-
pensam, quæ non fit fructuum colligendorum gratiâ,
aut quæ perpetuam rei utilitatem respicit, usufructu-
arius sustinere non cogitur, *arg. modò allegata l. 7. §.
hactenus. ff. eodem. l. 3. § 1. ff. de impens. in res dotal.
fact. l. fructus. 7. § ult. ff. soluto matrim.* Et sic Inter-
pretes plerique resolvunt, *Pinelus ad l 1 part. 2. num.
72. C. de bon. matern. Gomezius tom 2. var. resolut.
cap. 15. num. 7. Borgnin. Cavalcan. de usufruct. muli-
eri relict. num. 160. Francisc Sarmient. selectar. inter-
pret. libr. 3. cap 4. num. 4. Iohan. Garf de expens & me-
liorat. cap. 11. num. 12 & seq. Petrus Greger. in syn-
tagm. jur lib. 4. cap. 3. num. 20. Guilielm. Redoanus
in tractat. de rebus Eccles. non alienand. quæstion. 72.
cap. 10. Petrus Surdus consil. 155. num. 9. lib. 2. Petrus
Ricciardius ad § finitur. num. 35. infrà hoc tit Ioann.
del. Castillo Sotomayer in tract de usufruct. cap. 56. nu-
mer. 3. & seqq. aliique ab eo relati* Quibus addatur
Paulus Æmilius Gallus *in tract de exceptionibus quæ
erint poss. in success tam ab intest. quàm ex testam.
part. 2. tit. 4. except. 14. numer. 23. & sequentibus fol.
342.*
150 Sed mirum in modum agitata est à Doctoribus
quæstio: num usufructuarius (quem magnis impen-
sis refectionis gratia onerandum non esse, jam constat)
in casu, quo magna ad refectionem impensa necessaria
est, pecuniam propriam, tanqvam procurator domi-
ni, ad refectionem erogare & expendere teneatur? Et eo
casu usufructuarium non teneri à principio impende-
re, & postea à proprietario repetere; sed antequam
impendat, posse petere pecuniam pro futura impensa
à proprietario, vel eundem adstringere ad impensam
suâ manu faciendam, si fructuario pecuniam dare no-
lit, scripserunt, *post Paulum Castrens. Salicetum, & a-
lios in d. l eum, ad quem. 7. C. hoc tit.* Pinelus *d. part.
2 l. 1. C. de bon. matern. num. 72 circa finem, Ioan. Garf.
d cap. 11 num. 26. & seq. Petrus Surdus. d. consil. 155.
num. 17. & 18. lib. 2. Sotomayor d. tract. de usufruct.
cap. 57 num 4. & alii, quos ipse citat.* Quæ sententia
licèt sit receptior: contraria tamen *Bartoli & Sichar-
di in d. l. eum, ad quem. 7. C. hoc tit. Bertrandi consil.
40. num. 15. lib. 2. & Ferrariensis in forma libelli, ad
dotem. verb. dedit. num.* 6. verior mihi videtur: quòd
nimirùm usufructuarius pro domino proprietatis istâ
specie expendere teneatur: ea tamen lege, ut ab eodem
magnas, quas fecit, impensas repetere valeat. Et in
hanc me præcipuè trahit sententiam *l. & in totum 4.
ff. de impens. in res dotal. fact.* ubi maritus pro custodi- 151
endâ reficiendaque re dotali magnas expensas facere
tenetur: quas tamē ab uxore repetere potest. Iam quod
de marito responsum est: rectè etiam ad fructuarium
refertur. Nam marito onus hoc expendendi duabus
conjunctim de causis incumbit. Tum qvia rem dota-
lem custodire tenetur: tum quia omnes fructus rei do-
talis suos facit. Vtramque hanc rationem in fructua-
rio locum habere, ex supra dictis cognoscere licet. Nec 152
adversatur *d. l usufructu. 7. §. hactenus ff. hoc tit.* ubi
dicitur, quòd modica tantùm refectio sive impensa ad
usufructuarium pertineat: & consequenter ad ma-
gnam non teneatur. *Etenim* in illâ lege quæsitum est;
quasnam impensas usufructuarius in se recipere & sub-
ire cogatur, ita ut eas à proprietario repetere amplius
non possit? Hæc quæstio per hanc distinctionem ibi-
dem resolvitur: quòd modicas saltem, & non magnas,
impensas sustinere debeat Hocque esse illius legis ar-
gumentum, apparet ex verbis ejusdem; ibi, *modica
refectio ad eum pertinet.* & ibi, *quoniam & alia onera
agnoscit.* Et idem exempla stipendiorum & tributo-
rum illic adducta ostendunt; qvæ ad fructuarium cum
effectu, & sine ullâ spe repetendi à proprietario, perti-
nent. Cæterùm nos non qværimus: an fructuarius
magnas expensas sustinere debeat: sed quas pro domi-
no, repetiturus ab eodem, expendere teneatur.
Nec movet qvoqve, qvod à dissentiētibus adfertur: 153
iniquum esse, si fructuarius multùm expendere coga-
tur: & post expensas factas demum remedium quære-
re, easque à domino repetere debeat *arg l cogi. 16. §.
idem quæris. 14. ibi. non oportere sub incerto cautio-
nis committere se, &c. ff ad SC. Trebell.* Hoc enim neu-
tiquam iniquum est, si consideremus, usufructuarium
omnes omninò rei fructus & commoda percipere: ut
meritò etiam hoc incommodum expendendi pro do-
mino sustinere debeat, *arg. d. l. secundùm. 10. ff. de reg.*

jur. & d.l. unic. §. pro secundo. 4. C. de caduc. tollend. Adhæc non ita grave hoc expendendi onus putandum est: quandoqvidem usufructuarius non solùm actione, sed & rei fructuariæ retentione illas expensas sibi conservare potest, *arg. d.l. tum, ad quem. 7. in fin. ibiq; Gothofred. C. hoc tit. & similium.* Verùm de omni impensa ac melioratione ab usufructuario factâ videatur, *post alios, quos allegat,* Ioannes *del Castillo d. tract. de usufr. c. 57. n. 15. & seqq.*

154 Hæc de primo usufructuarii onere, quod in re fructuariæ tuitione est positum. Alterum nunc subsequitur, quod in oneribus ipsorum prædiorum sustinendis consistit. Onera hæc sunt: stipendia, vectigalia, pensitationes, collectæ & tributa, quæ fisco exolvenda sunt. Hæc etenim ipsis prædiis sic imponuntur; ut prædia per se, & persona possidens ipsorum causâ fit obligata. *l. Imperatores. 7. ff. de publicanis & vectigalibus.* Idcirco autem possessor hisce prædiorum oneribus astringitur: quia commoda & fructus percipit, quorum causâ prædia istiusmodi oneribus subjecta censetur. *l. neque stipendium. 13. in fin. ff. de impens. in rei dotal. fact. l. fructus. 13. ibi, ad quem & functionum gravamen pertinet. C. de actionibus empti.* Cùm ergo usufructuarius rei fructuariæ, quam detinet, fructus lucretur: meritò etiam collectas, pensiones, canones, tributa & similes præstationes, sive eæ sint ordinariæ, sive extra ordinem impositæ, subire debet *l. usufructu. 7. §. hactenus. & l. si pendentes. 27. § si quid. ff. hoc tit. l. quaero. 28 ff. de usu & usufruct. legat. Pinel. in l. 1. part. 2. n. 72. C. de bon. matern. Ioan. Garf. in tract. de expens. & meliorationib. cap. 11. num 45. & seqq. Alvarus Valasc. in tract. de jur. emphyteut quaest. 17. Cephal. consil. 290. num. 2. & seqq. lib. 2. Iacobus Maudell. de Alba consil. 745. num. 10 lib. 4. Hippolyt. Riminald. consil. 172. nu. 22. & seq. lib. 2. Achilles Pedrocha consil. 2. num. 73. & seq. Cujac. lib. 7. observat. 4. Hartman. Pistor. libr. 1. quaest. 46. num. 33. Ioan. del Castill d. tract. de usufruct. c. 56. num. 14. ubi & alios refert.* Quibus adjiciendus est Paulus Æmilius Gallus *d. exercit. 14. nu. 26. & seqq. fol. 342.* Itemque Justus Schützius *exercitationum jur. disp. 6. th 24. pag. 95. & seq.* nec non D. Bocer. *in tract. de jure collectar. cap. 10. num. 21. & seqq.*

155 Sed in disceptationem vocatur: ecquid usufructuarius ad tributa præterita, quæ ante usumfructum à se acquisitum indicta quidem, sed à priore possessore nondum exoluta sunt, teneatur? Et teneri, verius est, *per textum satis apertum in dict. l. Imperatores. 7. ff. de*

156 *publican. & vectigalib.* ubi ratio hæc additur: *quia in vectigalibus sive tributis ipsa prædia potius, quam persona, conveniuntur.* Quibus verbis haud obscurè ostenditur: tributa onus esse reale, sicque rei cohærere; ac propterea quemvis rei possessorem de præteritis etiam tributis conveniri posse. Rem enim cum suo onere transire, tralatitium est. *Roland. à Vall. consil. 32. numer. 4. vol. 1. Menoch. consil. 63. num. 11. & 12. libr. 1.* Eodem facit textus *in l. cum possessor. 5. § fin. ibi, ob tributa præteriti temporis. ff. de censibus.*

157 Neque contrariatur *l. cùm servus. 39. (aliàs est l. idem Iulian) §. heres 5. ff. de legat. 1.* ubi heres cogitur legati prædii solvere vectigal præteritũ, vel tributũ, vel solarium, &c. *Nam* heres ibi ad tributa & onera præterita tenetur, effectu considerato, propter regressum, quem legatarius de oneribus præteritis, de quibus fisco satisfecit, adversus heredem habet. Fiscus siquidem primùm à legatario possessore, & dein legatarius ab herede exigit: *ut Bartol. Alexand. Iason & alii ibidem interpretantur.* Ex quibus non ineptè concluditur: ad usufructuarium præterita quoque collectarum onera pertinere: ita tamen, ut repetere possit, quod præteritorum onerum causâ solvit. *Et hac de re consulantur Paul Castrens. & Roman. in dict. l. Imperatores. 7. ff. de Publican. Matthaeus Afflict. decis 95. Panormit. in c. pastoral n. 5. ext. de decim. Capyc. dec. 20. n 26. hosq; omnes citàs Pinelus d. part. 2. leg. 1. C. de bō. matern. n. 72. amp. 9. quo numero hanc universam onerũ sustinendorũ materiam pluribus ampliationib. & limitationibus venustè & egregie exornat.*

Illa quoque insignis & perutilis hoc loco quæstio 158 explicanda occurrit: an is, cui ususfructus legatus sive relictus est, conveniri possit à creditoribus hereditariis ad æs alienum, à testatore contractum, exolvendum? Quæ quæstio sequentib. tribus conclusionibus non incommodè declarabitur. *Prima conclusio:* Usufructuarius, cui certæ rei; utputà illius fundi, ususfructus est relictus; ad æris alieni à testatore conflati, exolutionem minimè tenetur *per textum in l. ultim. in fin. ff. de usu, & usufruct. legat. l. 1 §. si heres. 16. ff. ad senatuscons. Trebell.* Ratio manifesta est: quia æs a- 159 lienum, atque adeò obligatio æris alieni, tanquam personalis, haud singularem, sed universalem successorem sequitur, *l. ult. in fin. ff. de contrah. empt. dict. l. 1. §. si heres. 16. ff ad senatusc. Trebell.* Quare cùm usufructuarius iste singularis sit successor in usufructu rei certæ: non poterit ipse ad æs alienum conveniri: sed heres defuncti hoc nomine à creditorib. conveniendus erit. *Et ita tenent Bartol & alii in d. l. ultim. ff. de usu, & usufr. legat. Aretin. consil. 116. Francisc. Marcus decis. 814. num. 1. & decis. 533 num. 6. part. 1.* Atque hanc esse communem, & frequentissimam omnium sententiam, affirmat Didacus Covarruv *lib. 2. variar. resolut. cap. 2. num. 1. vers prima conclusio Villalobos commun. conclus. 61. in verb. usufr. Graff. in libr. recept. sententiar. in §. legatum. quaest. 35. num. 3. Parladorius lib. 2 rer. quotidianar. part. 4. cap fin. § 2. n. 6. Achill. Pedrocha consil. 7. n. 131 & seqq* Eaque conclusio procedit etiam, quando testator legavit usumfructum bonorum mobilium, & immobilium, vel partis eorum. Nam & hic usufructuarius, cùm rei particularis legatarius dicatur, ad æris alieni præstationem urgeri nequit, *arg. d. l. ult. ff. de usu, & usufruct. legat.* Et præterea ra- 160 tio est: quia jura, nomina & actiones neque activè, neque passivè inter mobilia & immobilia computantur: sed tertiam quandam, & distinctam à mobilibus & immobilibus rebus, speciem constituunt, *arg. l. moventium. 93 ibiq; Bartol. ff. de verb signif. Iason. in l. à divo Pio. 15. § in venditione. notabili 4. ff. de re judic. idem consil. 65. & consil 194. libr. 1. Decius consil. 653. & Covarruv. dict. libr. 2. var. resol. cap. 2. numer. 3. ubi illud ab omnibus receptum esse testatur.* Cui adstipulatur quoque *Guilielmus Benedictus in c. Raynutius. ext. de testa-*

stamenti. verb. catera bona. num. 43. *Grassus dict.* §. *legatum. quaestion.* 35. *num.* 5. *& cum aliis Menochius lib.* 4. *praesumpt.* 143. *numer.* 6. Procedit item praedicta conclusio in usufructuario, cui dimidiae, tertiae vel quartae bonorum partis ususfructus à testatore legatus est. Siquidem nec is à creditoribus hereditariis, aeris alieni nomine à testatore contracti conveniri poterit: *arg. l. generali.* 32. § *fin. & d. l. ult. ff. de usufr. & usufruct legat.* Hujusque ratio haec redditur: quia bona
161 intelliguntur, deducto aere alieno. *l. subsignatum.* 39. §. 1 *ff. de verbor. signif.* Cùm ergò usufructuarius ille in istis tantùm bonis, quae deducto aere alieno supersunt, usumfructum habeat: ratio non patitur, cum pro debito aliquo conveniri: sed heres conveniendus est, qui hanc deductionem facere, reliquumque ex sua manu legatario dare debet: ut, *post Covarruv. d. cap.* 2. *num* 2. *Grassum d. quaest.* 35. *numer.* 4. *& Menochium d. praesumpt.* 143 *numer.* 10 scriptum reliquit *Ioannes del Castill. dict. tract. de usufruct. cap.* 59. *numer.* 4.

162 *Secunda conclusio*: usufructuarius tertiae, quartae, vel quintae partis hereditatis, tenetur ad aeris alieni pro eâ parte solutionem; uti communiter Doctores tradiderunt, *Bartol in d. l. ult. ff. de usu, & usufruct. legat. Graff. d. §. legatum. quaest.* 35. *num* 6. *Covarruv. d. cap.* 2. *num.* 1. *vers. secunda conclusio. Borgnin. Cavalcan. de usufruct. mulieri rel. num* 216. *Ioan. Garf. de expens. & meliorat. cap.* 11. *num.* 61. *in fin. Menoch. d. lib* 4. *praesumpt.* 143. *n.* 3 *pluresq; alij, per hos relati.* Caeterùm non desunt, qui contrarium verius esse credunt: atque adeò legatarium certae partis hereditatis, non haberi loco heredis in eâ parte, & consequenter nec onera hereditaria in eum transire, contendunt: *idq; per textum in §. sed quia heredes.* 5. *vers. post quod senatusconsultum. junctâ expositione glossa, infr. de fideicommissar. hereditatib. & in fragment. Vlpiani tit.* 24. *de legat. §. sicut singula. & tit.* 25. *§. ex Pegasiano, &c.* quibus ex locis clarè patet, non transire onera ipso jure in eum, cui pars hereditatis legabatur: sed oportere interponi stipulationes de dividendis oneribus. Idem evincitur ex textu *in l. mulier.* 22. *§. ult. ff. ad senatusconf. Trebell.* ubi is, cui pars hereditatis legatur, non sustinet vicem heredis; cùm senatusconsultum Trebellianum in tali legatario locum non obtineat. *Et ita sentiunt Cumanus in l. si quis servum.* 8. *§. ult. ff. de legat.* 2. *& Crotus in l.* 1. *numer.* 26 *ff. de legat.* 1.

163 Neque communem opinionem juvat *d. l. si quis servum.* 8. *§. ult ff. de legat.* 2. ubi haec verba leguntur: *Si cui certam partem hereditatis legavero: divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum, neq; funeris impensa deduceretur.* Nam, omissis aliorum interpretationibus, respondetur: quòd onera, de quibus inibi agitur, non transeunt ipso jure in eum, cui pars hereditatis legata est: id quod ex textu satis colligitur; dum indicat, ex ea parte non esse deducendam funeris impensam, neque pretia servorum manumissorum: quoniam haec onera, sicut nec alia, non transeunt in eum legatarium, nisi interpositis stipulationibus, *de quibus in dicto §. sed quia heredes.* 5. *infrà. de fideicommissariis hereditatibus.* Vnde textus ille potiùs contra communem retorqueri poterit. Etenim si in legatarium quotae hereditatis non transeunt onera: multò minùs transibunt in eum, cui ejusdem partis hereditatis solus ususfructus relictus est. Atque ita, *post praeceptorem suum, Doctorem Gabrielem Enriquez,* novissimè docuit Ioan. del Castillo *Sotomayor d. tract. de usufruct. cap.* 59. *numer.* 9. *& aliquot. seqq.* ubi idem *num.* 16. asserit, quòd eandem resolutionem ex privatis memorati Gabrielis Enriquez scriptis, eo non relato, transcripserit Petrus Augustinus Morla, *Emporii sui part.* 1. *tit.* 12. *de variis quaestionib q.* 2. *num.* 15.

Tertia conclusio: usufructuarius, cui omnium bonorum ususfructus testamento est relictus, aes alienum defuncti testatoris solvere non tenetur. *l. e. C. si cert. pet. l.* 2. *C. de heredit. vel act. vend. l. pacto.* 26. *C. de pact.* ubi dicitur, onera hereditaria ab herede esse solvenda. Vsufructuarium autem heredem non esse, in propatulo est. Heredi tamen aes illud alienum ex defuncti bonis deducere licebit. *d. l. ult ff. de usu & usufruct. leg. l. usufructu* 69. *ff. ad leg. Falcid.* Idcoque in reliquis manebit ususfructus. Bona enim dicuntur, quae deducto aere alieno supersunt. *d. l. subsignatum.* 39. §. 1. *l. tantum.* 88. *ff. de verb. signific. l. mulier.* 72. *in princip. ff. de jure dot.* In iis ergo tantùm ususfructus relictus est, non in illis, quae quis debet. Ea namque non habere intelligitur. *l. non possunt.* 11. *ff. de jure fisc. l.* 2. §. 1. *ff. de collat. bonor. l. si quis.* 28. *in fin. ibi: quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est ff. de negoc. gest.* 164

Non obstat *l. nam quod.* 14 *in fin. cum ll. seqq. ff. ad senatusconsult. Trebell.* ubi traditur, quòd quoties in ultimâ voluntate alicui bona relinquuntur: tunc ea dispositio intelligi debeat eum onere aeris alieni: ut scilicet is, cui bona universa, vel certa bonorum pars relinquitur, etiam aes alienum agnoscere teneatur. *Nam* lex ista loquitur eo de casu, ubi alicui plena bonorum proprietas, & non tantùm ususfructus bonorum, ut in nostra specie, relinquitur. Atqui multùm interesse, proprietatē quispiā, an usumfructum saltē ex testamēto consequatur, nemo est tam hebes, qui non intelligat. 165

Similiter non obsistit *l. uxori meae.* 37. *ff. de usu & usufruct leg.* ubi si alicui omnium bonorum ususfructus est relictus, etiam Calendarii (quod debita & credita continere videtur. *l. qui filium.* 64 *ff. de legat.* 3.) ususfructus eidem relictus censetur. *Quod* enim illic expressum est, ad usufructuarium omnium bonorum, Calendarium quoque pertinere: per hoc significatur, usufructuarium omnium bonorum agere posse adversus debitores defuncti, ut aes alienum ab iisdem consequatur; non verò, quòd ipse vicissim aeris alieni, à testatore contracti causa, à creditoribus haereditariis pulsari aut conveniri possit. 166

Nihil denique adversatur *l. ult.* § *sin autem as alio num.* 4. *vers. sin autem legata. C. de bonis, quae liberis, &c.* ubi usufructuatius omnium bonorum tenetur ad solutionem legatorum. *Etenim* ea lex disertè agit de annuis legatis, quae secundum communiorem Dd. opinionem, ab usufructuario omnium bonorum ex reditibus ususfructûs praestanda sunt, *Socinus Iunior consil,* 115. *num.* 10. *vol.* 1, *Roland. à Valle consil.* 8. *n.* 89. 167

vol.2.hosq; referent Hartman. Pistor. libr.1. quæst. 10.
168 num.4. Ejusqve ratio est: tum quia hujusmodi legata dilationem de anno in annum, sicut ususfructus, recipiunt. Iason. in l.1. num.16 ff. ad senatusconsul. Trebell. Paul. de Monte Pico in l. Titia. cùm testamento 34. §. Titia, cum nuberet. 7. ff. de legat.2. quæst 60 num.153.
169 Tum qvia per legatum annuum existimatur à testatore injunctum reale onus reditibus, aut fructibus bonorum ejus, tradente Rubeo consil 158. num. 2 & Petro
170 Surdo decis.193. num.2. & 5. Tùm qvia regulariter legatum annuum de fructib. solvi debet, l. Firmio. 26 §. pater. 2 & ibi gloss ff. qvando dies legator. cedat. l liberto. 21 §.1. ff. de annuis legat. adeòqve pro eo dabitur actio solummodo contra illum, qvi fructus percipit, aiente Surdo decision 28. numer. 2. Quod tamen limitatur, ut procedat, quando usufructus illud onus ferre potest. Aliàs enim si inutilis remaneret: legatum annuum, sicut simplex, ab herede, & non ab usufructuario solveretur, uti docuerunt Fulgosius & Castrens. in d.l.ult. §. sin autem. per eum textum. C de bon. quæ liber. Crotus consil. 67. num. 44. Bursatus cons 123. num 12. lib.1. Graff in §. legatum. quæst. 36. num 3. Achilles Pedrocha consil. 7. num. 123. Angel. Matthæacius in tract. de legat. & fideicommiss lib. 2. cap.18. num.14 Covarruv. d lib.2. var. resolut. cap. 2. num.7. vers tertiò considerandum &c. Hippolyt. Riminald. consil.172. num.27. & 28. libr. 2. Ioan. Baptista. Costa. tom. 2. tract. de ratione rata. quæst 60. nu. 6 fol. 58. Ex qvibus omnibus perspicuum efficitur; qvòd usufructuarius omnium bonorum, onus æris alieni, à testatore conflati, subire non compellatur: sed heres institutus, ad qvem spectat proprietas, eo nomine sit conveniendus. Et huic tanqvam verissimæ & receptissimæ sententiæ (contra Bartol. in d l. fin. num.5 ff. de usu & usufruct. legat. & Guidonem Papa decis. 541.) suffragantur Paul Castrens. Alexand. Iason, Decius, Ruinus & alii plures, qvos adducit & sequitur Covarruv. d. cap.2. num 4 & 6. Qvibus adjiciendi sunt Bellonius consil.7. num.1. Gozadinus consil 94. num 21. Menochius lib. 4 præsumpt. 143. Andreas Gail libr. 2. obs. 146. Turzanus commun. opin. 105. Ludovicus de Rosatis consil. 94. num.12 Ioannes Botta consil. 6 numer.3. & seqq Hartman Pistor. libr.1. quæst. 46 num. 3.19 & seq. Hieronymus de Cavalles commun. opin. contra commun. quæst.191 in fin. Ioann. Parladorius. lib. 2. rer. qvotidianar. cap. fin. 4. part. §. 2. num. 6. & 7. Petrus Augustin. Morl. in Empor. jur. part. 1. tit. 12. de variis qvæstionibus quæst. 2 num.3 cum seqq. Ioann. del Castillo in tract de usufruct cap.39. nu.19 & seqq. D. Collega Bocer. class.5. disp. 9 th. 46. edit. 2. Grivellus decis. Senatus Dolans 73. fol 210. cum seq. Berens disput. 4. ad Instit. them. 2. quæst. 3. Fachineus libr. 4. controversiar. jur. cap.19. Arumæus Exercitat. 5. thes 21. Bronchorst cent.1. Miscellan. controvers. assert. 49. Andr Gerhards Exercitation. Iustin. decad. 5 quæst. 4. Costal ad l. quotiens 34. § universorum. ff hoc nostro tit Hænonius Disput.5. controvers.17. Arnold. de Reyger in thesauro iur. lit.V. num.215. aliiq; ferè innumeri ab illis citati. Vide qvoqve de prædictis Dominicum in Bibliot. Iurisconsultor. tom.1. verb. æs & æs alienum n 56 fol 981. & seq.

Ad extremum convenienter hoc loco qværitur de 171
expensis litis, qvam usufructuarius agitavit, utrùm hæ expensæ ad proprietarium, an usufructuarium pertineant? De qvib. expensis primùm notandum est: quando usufructuario lis mota est ab alio, qvæ duntaxat ipsius usumfructum concernit, vel si ipse usufructuarius alteri ejusmodi litem movit; usufructuarium debere expensas hujus litis gratiâ factas sustinere, sive expensæ magnæ fuerint, sive parvæ. Ratio siquidem ipsa svadet: ut, cùm utilitas istarum expensarum & litis, fructuarii tantùm futura sit, expensarum qvoqve onus ad eum solum pertinere debeat; nec is à proprietario repetere illas qveat. arg. l secundùm naturam 10. ff. de reg. iur. & consimilium. Atque ita sentiunt Guilielmus de Cuneo relatus per Baldum in l.5. §. rectè autem. in fin. ff. usufructuar. quemadm. caveat Pinel. ad l.1 part. 2. num. 68. vers. adverto etiam, &c. C. de bonis matern. Ludovic. Molina, de Hispanor. primogeniis. lib.1. cap 27. num.11. vers filiis solam, &c. Ioan. Garsia de expens. & meliorationibus. cap. 11. num.10. in princ. & in vers. ita tamen intelligendum est, &c. Deinde 172
observandum: qvando lis mota respicit proprietatem tantùm; expensas magnas ad proprietarium, parvas verò ad fructuarium pertinere, arg. l. usufructu. 7 §. hactenus. ff. hoc t. & l. eum, ad quem. 7. C. eodem. Paul. de Monte Pico in l. Titia, cùm testamento. 34 §. Titia, cùm nuberet. 7. ff de legat. 2. num. 148. ad fin. Gozadin. consil 94. num 37. Ioan Garsia. d cap. 11. Petrus de Barbosa in l. fructus. 7. (vulgò l divortio.) § fin. ff. soluto matrimon num. 44. ibi, tamen facile respondetur, &c. pag. 1158 Ioannes del Castillo d. tract. de usufruct. cap 55. nu. 4 & seq.

Sed anceps disputatio est: ecqvid illud etiam, qui bo- 173
norum adventitiorum filii usumfructum legitimum habet, procedat? Eqvidem existimant quidam, in patre quoque usufructuario distinguendum esse: utrùm magnas, vel modicas expensas in lite fecerit: illas ad filium, tanquam proprietarium, has ad patrem usufructuarium pertinere, affirmantes. Arius Pinel. in d.l.1. part 2. num.68. C. de bon. matern & Ludovic. Molina d. lib.1. de Hispanor. primogen. cap.27. num. 11. Verùm eorum sententiam, qui in patre non distinguendum esse, sed simpliciter eum ad omnes litis expensas, tam magnas, quàm modicas teneri censent, magis communem, magisque juri consonam esse, omnino judico, idq; per textum in d l.1. C. de bon. matern. ubi Constantinus Imp. primò constituit, patrem ex fructibus bonorum adventitiorum filii, quorum ususfructus ad eum, tanquam ad legitimum administratorem spectat, sumptus litium, quæ super eisdem bonis moventur, impigrè facturum: neqve inter magnos & modicos sumptus distinguit: proindeque nec nos distinguere debemus, vulgatâ l. de pretio. 8. ff. de Public. in rem actione. Deinde idem Imperator in eâdem lege mox subjicit: Patrem omnia acturum, quæ dominus agere debet. Iam verò dominus rei sine dubio tenetur & debet facere omnes, tam magnas, quàm parvas litis expensas, in controversia illius rei necessarias. Ergo & patri usufructuario istud circa lites expendendi onus incumbit. Huic accedit textus in l. ult. §. ubi autem in-

nuum.

unum,3.C.de bonis,quæ liberis &c. ubi partem expen-
174 sas litis indistinctè facturum, itidem Iustinianus Impe-
rator rescribit. Ratio autem, ut circa expensas litis di-
stinguatur inter patrem usufructuarium ex dispositio-
ne legis, & alium, qui obtinet usumfructum ex dispo-
sitione hominis, hæc afferri solet: Quia lex, quæ cu-
ram, solicitudinem, custodiam & tuitionem seu defen-
sionem rei usufructuario commisit. *l.1.in fine.ff.usu-
fructuarius.quemadm.caveat.cum concordantib.su-
prà allegatis un.*141. eum etiam in lite, & defensione
ejusdem rei ad modicam, non ad magnam expensam
obligare voluit; ut ita magis solicitus esset, diligen-
tiusque rem tueretur. Patrem verò legitimum admi-
nistratorem, & usufructuarium bonorum adventitio-
rum filii lex indistinctè ad expensas litis obligavit, nec
magnæ, vel parvæ expensæ rationem habuit. Tum
quòd, patrem ipsum, qui ultra cæteros usufructuarios
honoratur: & majori prærogativâ afficitur, in hoc
onerari debere, aut honorem cum hoc compensan-
dum censuit. Tum quòd filiis, horumque rebus for-
tiori vinculo adstrictos esse parentes, quàm extra-
neos; ac ea propter circa litis expensas magis illos
esse gravandos, consideravit. Tum etiam quòd eos-
dem parentes, præter & forsan contra voluntatem do-
minorum vel defunctorum, atque ex dispositione le-
gis usumfructum consequi; reliquos autem usufru-
ctuarios ex judicio ac dispositione testatoris, vel ho-
minis usumfructum obtinere, animadvertit. Et ita,
*post Bartolum, Baldum, Angelum & Corneum in d.
l.1.C.de bon.matern.Gozadinum d.cons.94 num 37.
Comezium tom.2 variar resolut. cap.15. num.17.
vers. ex quo deducitur, &c.* aliosque plures. do-
cuit Ioannes del Castillo *d. tract. de usufruct. cap.55.
num 1. & 5.*

Tertium onus, usufructuario incumbens, in eo po-
175 situm est: ut finito usufructu, rem fructuariam resti-
tuat, sicuti cautione fructuariâ continetur, *de quâ in
l.1.ff.usufructuarius.quemadm caveat. & de eadem
nonnihil attigimus suprà ad princip.hujus §.num.11.
& seqq.* Cautionem autem istam omnis regulariter
fructuarius præstare tenetur. *d l 1. ff.usufructuarius.
quemadm.cav.l.si cujus 13.§ si usufruct.1 ff.hoc tit
l.usufruct.4.C.eod.cap.ult ext.de pignorib &c.* Quæ
regula ampliatur primùm, ut procedat, etiamsi usus-
fructus personæ dilectissimæ, ut marito, uxori, vel li-
176 beris detur. Nam & hæ personæ cavere debent: se
boni viri arbitratu usuras fruituras, & finito usufructu
rem fructuariam restituturas *per textum expressum in
l 1.C.hoc nostro tit*, ubi maritus, cui ab uxore ususfru-
ctus omnium bonorum testamento constitutus est,
tenetur cautionem hanc præstare, nec à cavendi obli-
gatione illum excusat summa conjunctio, quæ ei cum
uxore testatrice intercesserat. Et ita *post Dd. in d.l.1.
C.eod & Decium cons.5.* sentit Pinelus *in l.1 part.a.
C.de bon.matern.num.75.ampliat.4 & novissimè Io-
an.del Castill sæpè allegato tract.de usufruct cap.19.
177 num.30.& 13.* Ampliatur secundò, etiamsi usufructua-
rius simul habitet cum proprietario: quoniam nihilo-
minus cautionis præstandæ necessitas ei incumbit,
argum.l.penult ff.usufructuar.quemadm caveat. ubi
Papinianus, *Vsu domûs*, inquit, *relicto, viri boni arbi-
tratu cautionem interponi oportet: nec mutat, si pa-
ter heredes filios simul habitare cum uxore legatariâ
voluit.* Ita scribunt *Paulus de Monte Pico in l. Titia,
cùm testam.34.§. Titia, cum nuberet.7 ff. de legat.2.
num.141.Bartolus in l.si, ut certò.5 § si de mo,num.3.
ff. commodat. & hos referendo comprobans Pinelus d.
num.75.ampliat.8.* Ampliatur tertiò, ut etiam is, qui 178
retento usufructu bona sua, alteri donavit, cautionem
tanquam usufructuarius præbere debeat, *per d.l.1.§ 2
in fin. ff.usufructuar.quemadm.cav.* ubi dum Vlpia-
nus verbis universaliter positis & amplissimis scribit,
cautionem ab usufructuario præstandam esse, ex qua-
cunque causa constitutus fuerit ususfructus: utique
eum quoque casum comprehendere voluit, quando
quis retento usufructu, bona sua alteri donavit. Eo-
dem fecit *d.l.usufructu.4 C.hoc tit.* ubi generaliter ab
Alexandro Imper. rescribitur: usumfructum, sive ex
testamento, sive ex voluntario contractu constitu-
tum, exigere satisdationem. Sed & huic sententiæ ju-
ris ratio suffragatur Nam qui vult antecedens, is vult 179
etiam necessarium consequens? & concessio antece-
dentis, omne necessarium consequens includit, *arg.
l.2.ff.de jurisdict.l 3.§ scio.a.ff.de minoribus. l. ad rem
mobilem.56.ff. de procuratorib. l. indebitam.47. ff. de
condict.indeb.& l.illud.7.ibiq. Bartol.ff de acquir, vel
amitt.heredit.* Iam verò ususfructus est antecedens?
cujus necessarium consequens est, cautionem præsta-
re de fruendo boni viri arbitrio. *d.l.1.ff usufr. quem-
adm caveat.* Quamobrem qui omnia bona sua do-
navit, retento sibi usufructu, dum voluit usufructua-
rius esse, censetur etiam voluisse, & in hoc consensis-
se, ut præstet cautionem: quod est necessarium conse-
quens ususfructus.

Nec huic enunciato nostro adversatur *l.& exhere-* 180
*datum.49.cum l seq.ff.de re judic & l.divus Pius 28.
ff de reg.jur.* ubi traditur; eum, qui omnia bona sua
alteri donavit, non ampliùs esse conveniendum, nec in
plus teneri, quàm facere possit, deducta alimentis, &
aliis reb⁹ ad vitæ, sustentationem donatori necessariis.
Respondetur enim, in proposito casû non conveniri
usumfructuarium ulteriùs, quàm facere possit. Si-
quidem convenitur tantùm ad cautionem præstan-
dam, quam præstare commodè potest: nec ob ejus
præstationem ad eam detruditur egestatem, ut ali-
mentis necessariis destituatur. Habet namque bo-
norum usumfructum, ex quo sustentare vitam pro-
bè poterit.

Nihil item movet illa juris ratio: neminem ex li- 181
beralitate suâ damnum pati, vel liberalitatem suam
nemini damnosam esse debere. *l.ad res donatas.62.
ff.de ædilic.edict. l. liberalitate.50.ff de re judic l.2.
C.de evictionibus.* Nam breviter dicendum: non esse 182
damnum, quod fit volenti: non esse injuriam, quæ
scienti & consentienti infertur. *l. quod quis.203.ff de
reg.jur.l.1.§.usque adeò 7.ff.de injur cap.scienti.27.de
reg.jur.in 6.* Itaque nihil contra juris regulas com-
mittitur; nihilque contra æquitatem inducitur, si u-
sufructuarius prænominatus cautionem præstare te-
netur. Atque sic sententia nostra satis solide defendi-

tur: quamvis contrariam esse receptiorem, & in praxi observatam Doctores pleriq; contendant, *Socin. in l.s. nu.16. ff. qui satisdar. cog. Decius & Cagnol. in d.l. div. Pius. 28. ff. de reg. jur. Corn. cons. 267. li. 4. Rubeus cons. 54. nu. 7. & Goz. ad. cons. 91. nu. 5. quos refert, & tandem sequitur Pinelus ad d.l.1. part. 2. num. 80. C. de bonis matern.*

183 Ampliatur quantò, & extenditur præfata regula: ut
ne testator quidem, qui usumfructum reliquit, cautionem fructuariam legatario ullâ ratione remittere possit. *l. scire debetis 7. C. ut in possession. legatorum. &c. l. si pecunia. 6 ff. eod. tit & l. etsi usufructus. 7. in princip. ff. usufructuar. quemadm. caveat.* ubi Vlpianus adeò usumfructum, cautione istâ non præstitâ, non valere respondit: ut, si satisdatio omissa fuerit, possit heres rem, ususfructûs nomine traditam, vindicare: ita, ut si is, cui ususfructus relictus fuit, exceptione se defendere nisus fuerit, possit eam heres replicatione
184 elidere. Et ratio hujus ampliationis manifesta est. Tum
quia remissio cautionis fructuariæ est contra mores bonos, ac talis, ut per istam, amoto hujus cautionis metu, invitetur fructuarius ad delinquendum, nempe ad abutendum re fructuariâ, & pro libidine in ea graf-
185 sandum. Atqui ea, quæ sunt contra bonos mores, aut
ad delinquendum invitant, jure improbantur. *l. si quis inquilinos. 112. §. penult. ff. de legat. 1. l. illud. 5. ff de pactis dotalib. l. si un 27. §. pacta. 4 ff de pact.* Tum quia
186 nemo facere potest & cavere, ut leges publicæ locum
non obtineant. *l. nemo. 55. ff. de legat 1.* Ideoque nec testator in suo testamento efficere & cavere poterit, ne leges, cautionem fructuariam desiderantes, locum ha-
187 beant. Tum etiam, quia cautio isthæc favorem here-
dis concernit, ut nimirum proprietatem habeat salvam; eamque, finito usufructu, recipiat. Proindeque favori alieno testator renunciare nequit, in præjudicum heredis, *per ea, quæ diximus suprà num. 16. & seq.* Quod quidem omnes Doctores in rebus iis, quæ usu non consumuntur, sicque in usufructu proprio verissimum esse fatentur, *Accursius, Bartolus, & alij ibidem, Paulus de Monte Pico in l. Titia, cùm testamento. 34. §. Titia, cùm nuberet. 7. ff. de legat. 2 quæst. 50 num. 158. Anton. Gabriel. communium conclusion. lib. 5 tit. de usufruct. conclus. 1. nu. 3. Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quæst. 24 Berons disput. 4. ad Instit. them. 2. quæst. 6. Iul. Clar. in § testament. quæst. 64. ante fin. Petrus Peckius de testament. conjug. lib. 5. cap. 9. num. 3. Simon. de Pratis, de interpretat. ultimar. voluntat. lib. 4. interpretat. 1. solut. 5. dubitat. 10. num 74. Ioan. Gutierrez in repetit. d. l. nemo potest 55. nu. 276. ff. de legat. 1. Paul Paris cons 95. & 96. vol. 2 Iosephus Ludovicus decis. Perusin. 6 num 13 Anton. Galeatius Malvasia cons 36 num 2. lib. 1. Ferrantes Garguiraci patrocinio. 51 per tot. lib. 2. alijq; plures relati per Ioannem del Castillo. in tractat. de usufruct cap. 15. num. 1. & seq.*

188 Sed gravis est controversia: num cautio isthæc, quæ
ab usufructuario heredi præstanda est, per testatorem, qui usumfructum improprium rerum fungibilium, quæ ipso usu conteruntur, reliquit, remitti queat? Id quod affirmat Cynus & Petrus *in l. 1. C. hoc tit. Ancharan. & Panormitan. in d. cap. fin. ext. de pignorib.* 188
Barbatia. cons. 64. num. 6. lib. 2 horumque asseclæ seducti *per l. tribus heredib. 8 ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt.* quæ tamen lex nihil prorsus ad rem pertinet, utpote in qua cautio usufructuario à testatore remissa non est, sed coheres gravatus fuit, ut apud coheredem suũ pro usufructuario fidejuberet. Quinimo quòd cautio de restituendo etiam in illis rebus, quæ usu consumuntur, per testatorem remitti usufructuario nequeat, apertè colligitur *ex d.l. 1. C. hoc tit. & d.l. si pecunia. 6. ff. ut in possess legatorum, &c.* quæ asserunt, pecuniæ usufructu legato, non posse legatarium per testatorem ab onere cautionis præstandæ liberari. Pecuniam autem in hac materia æquiparari iis, quæ usu consumuntur, ex præsenti §. nostro clarescit. Et ita communiter, verèque Doctores tradunt, *Bartol. Bald. Salicet. Fulgos. & reliqui in d l. 1. C. hoc tit. Clarus in d. §. testamentum. quæst. 64. nu. 2. Simon. d Prat. d. lib. 4. dubitat. 10. num. 79. Helfric. Vlric. Hunnius disput. 5. th. 35. & d. lib. 2. var. resol jur. civ. tract. 2. quest. 31. Pinel in d l. 1. part. 8. C. de bon. matern nu. 76. vers. ampliatur etiam, &c. ubi plures recenset.* Videantur quoque eà de re *Vasquius de successionum creatione. libr. 1. §. 7. num. 24. & Ioannes del Castillo. dict. tract. de usufructu. cap. 15. num. 13. & 31.* qui non malè autumant, cautionem de restituendo remitti non posse: cautionem autem de utendo & fruendo arbitrio boni viri, non solùm necessariam non esse; sed etiam naturæ ususfructûs improprii contrariam videri. *Idem & nos attigimus suprà num. 15. & seqq.*

Non minùs controversum est: utrùm testator, qui 189
cautionem fructuariam in præjudicium heredis remittere nequit, possit saltem gravare heredem, à quo usumfructum legavit, ut fidejussorem inopem, sive deploratæ fortunæ hominem, testamento designatum, cautionis loco ab usufructuario accipiat? Et affirmativè non pauci concludunt, *Baldus, Angelus, Salicetus, & alij, quos citat & sequitur Simon de Pratis, de interpretat. ultimar. volunt. d. li. 4. interpret. 1. solut. 5. dubitat. 10. nu. 74.* idque per textum *in d. l. tribus. 8. ff. de usufruct. ear. rerum, &c.* Quæ certè lex, si penitus inspiciatur, nihil probat. Non enim agit de fidejussore paupere, sed de uno ex coheredibus gravato, ut pro legatario ususfructûs fidejubeat, *ut & paulò antè monitum, num, 188.* Qui quidem coheres cùm in parte hereditatis à testatore institutus fuerit: secundùm communiter accidentia non pauper, sed ad fidejubendum idoneus fuit. Rectiùs ergo, & quidem frequentiùs Doctoribus placuit: non posse testatorem, qui usumfructum alteri legavit, onerare sive compellere heredem, ut egenum, vel aliter non idoneum fidejussorem accipiat. Paria namque sunt: cautionem prorsus remittere, vel cogere heredem ad fidejussorem inopem accipiendum, *arg l. quotiens. 6. ff. qui satisdare cogant & l. 3. de fidejussoribus.* ubi habetur; paria esse, non cavere, vel minùs idoneè cavere. Cùm igi- 190
tur testator cautionem fructuariam remittere nequeat: consequens est, nec jubere eum posse, ut heres pauperem fidejussorem accipiat. *Atq; huic favent deci-*
sioni

fieni Hannibal in d. l. nemo potest. 35. *num.* 184. *ff. de legat.* 1. *& ibidem Gutierrez. num* 289. *Pinelus in d. l.* 1. *part* 2. *num.* 76. *ad finem. Cod. de bonis matern. Petrus Surdus decis.* 119. *num.* 2. *&* 6. *Molina, de Hispanorum primogeniis. libr.* 1. *cap.* 15. *num.* 28. *nec non Ioannes del Castillo dict. tractat. de usufructu. cap.* 15. *num.* 4.

191 Etsi verò legatario, cui ususfructus est relictus, cautio à testatore remitti nequit, *ut hactenus ostensum:* nihil tamen impedit, quo minùs unus, pluresvè ex coheredibus gravari possint, ut pro legatario apud coheredem fidem suam interponant, *per textum manifestum in d. l. trib.* 8. *ff. de usufruct. ear. rerum, &c.* Nec enim hac ratione satisdatio remittitur: sed onus satisdationis ab usufructuario in alium transfertur: quod jure prohibitum non est: quoniam sufficit, à quocunque satisdari, dummodo satisdatum fuerit, *arg. l. si legata.* 9. 11 *ff ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. caveatur.* Cæterùm illud scrupulo non

192 caret: nunquid coheres, in testamento ad fidejubendum pro usufructuario gravatus, & postea ex causa fidejussoriâ ad solvendum coactus, repetere aliquo juris remedio possit ab usufructuario, quod pro eodem solvit? Et nullo modo hunc coheredem, quod solvit, repetere posse, receptum ab omnibus videtur, *arg. d. l. trib.* 8 § *finito autem usufructu, ff. de usufructu ear. rerum, &c. ibiq. Accurs. Albertc. & Baldus &c. Angel. in l. si quis mandatu.* 28. *ff. de negociat. gestor. Ludovic. Roman. singul.* 796. *Alexand. cons.* 58. *ad finem. Iason. in l. quod dictum.* 32. *num.* 10 *ff. de pact. & Petrus Gerar. singula.* 65. Ast iniquam hanc, falsam & erroneam opinionem atque interpretationem esse, fortissimis rationibus quas mox referam, demonstrat Carolus Molineus *in novo & analytice intellectu ad*

193 *d. l. trib.* 8. § *finito. ff. de usufruct. ear. rer. &c.* I. Quia regula est, quòd in dubio censetur legatum, quod est minùs. *l. cùm servus.* 39. (*vulgo est l. apud Iulianum*) *§. scio.* 6. *ff de legat.* 1. & in dubio nunquam videtur

194 voluisse testator gravare heredem duplici onere vel præstatione. *l. Titia, cùm testamento.* 34. § *qui invita.* 5. *vers. non est enim verisimile ff. de legat.* 2. maxime quando legatum adhuc remanet utile, & verba legati hanc de minori interpretationem patiuntur, *ut notant omnes in l. uxor patrui.* 20. *Cod. de legat. in l. servi electione.* 5. §. *ult. l. servum filii* 44. *in princip. & l. si domus.* 71. §. *fin. ff. de legat.* 1. *Iason. in l. hujusmodi.* 84. §. *cùm pater.* 6. *colu* 1 *ff d tit.* Cùm igitur verba hujus legati non importent, nisi nudum onus satisdandi, & non onus solvendi de suo: sequitur, hoc legatum non debere extendi ad aliud & gravius onus, contra regulas juris, præter mentem & verba testatoris. Imò hoc esset contra verba & men-

195 tem legis. quia sequeretur, quod testator in casu *d. l. trib.* 8 *ff. de usufruct. ear. rerum, &c.* non nudum usumfructum, sed etiam proprietatem pecuniæ in effectu legasset, solutione sequuta; quod est oppositum legato ususfructûs, quem duntaxat testator legare voluit. II. Per textum *ejusdem l. trib. in fine.* ubi Iureconsultus declarat: quale, & cujus effectus sit legatum satisdandi, dicens, effectum esse, ne legatarius cogeretur suo periculo (h. e. sumptu & labore proprio) fidejussores idoneos secundùm senatusconsultū quærere, antequam posset frui legato, quod exinde diu retardari posset. Cui incommodo prospicere & obviam ire testator voluit gravando quosdam ex heredibus ad legatum sive onus satisdandi. Ideoque satis eodem textu probatur, quòd istud legatum non censetur factum ad aliam diversam utilitatem; ut videlicet heredes satisdare gravati, etiam teneantur de suo solvere, vel quòd non possint solutum repetere. III. Probatur per finem principii *ejusdem textus in vers. illud etiam, &c.* ex quo colligitur, quòd non obstante legato satisdationis, cogatur legatarius promittere pecuniam, scilicet universam finito usufructu restituere. Ergo (quia verba textus generalia sunt & absoluta) cogitur idem promittere etiam heredibus, gravatis intentio legis, quòd legatarius finito usufructu, vel ejus heres tenetur totam summam restituere, etiam illis, qui pro portionibus suis satisderunt. IV. Ipsa ratio *d. l. trib.* 8. § *finito, &c.* indicat, quòd ibi Iurisconsultus non loquatur de ipsa repetitione, vel jure repetendi à legatario: sed de formula actionis duntaxat; quia tantùm negat, coheredes ex causa fidejussoria conventos mandati acturos: & reddit rationem: quia coheredes satisdatio non susceperunt de hoc aliquod mandatum à legatario, sed hoc fecerunt ex necessitate, & parendo voluntari testatoris. Quæ ratio haudquaquam ipsam 196
repetitionem; sed solummodo actionem mandati ad repetendum excludit. Lex autem debet intelligi secundùm rationem, quam adducit, & in qua fundatur. Nec quicquam moverit, quod causantur Doctores, mandantem satisdari, mandare videri, ut solvatur. *l. indebitam.* 47 *ff. de condict. indebiti.* Quoniam non vi 197
detur mandare, ut quis solvat nomine proprio, sed nomine debitoris, & animo ab eo repetendi, etsi alias erat indebitum, *ut arguit textus in d. l. debitam, &c.* V. confirmatur per locum ab absurdo & iniquo. Quid enim absurdius aut iniquius est, 198
quàm legatario, quem testator proprietatem habere noluit, isthæc tria in damnum heredum concedi: primò usumfructum: secundò revelationem à satisdando: tertiò proprietatem ipsam, si hi, qui satisdederint, solverint? Ex his itaque rationibus meritò concluditur: quòd coheres, qui pro usufructuario satisdedit & solvit, possit repetere ab eodem portionem coheredi solutam non solum actione ex testamento, sed & negociorum gestorum actione. Negari enim non potest, coheredem negocium usufructuarii gessisse, dum pro eo fidem suam interposuit, & tanquam fidejussor solvit. Neque obest, quòd testatore mandante, sicque ex necessitate hoc fecerit. Quia negociorum 199
gestorum actio etiam gerenti ex necessitate competit. *l.* 3 §. *hac actione.* 10. *& l. atqui natura* 19. §. *si libero.* 2 *ff. de negociat. gestor. Molineus in d. l. tribus. num.* 8. *ff. de usufructu earum rerum quæ usu consumunt.*

Adhuc de testatore, qui testamento usumfructum alicui constituit, num videlicet cautionem fructuariam ei remittere possit, pro instituto nostro abundè dictu n

200 dictum est. Iam vel tribus dispiciendum restat: utrùm is, qui inter vivos per contractum alteri usumfructum tribuit, cautionem illam usufructuario remittere valeat? Et eum cautionem prædictam remittere valere, Doctores conspirantibus votis concludunt: propterea quòd jura, cautionis remissionem prohibentia, loquuntur tantùm de testatore, quem negant in præjudicium heredis cautionem istam remittere posse. Igitur hæc jura, tanquam exorbitantia & odiosa, extendi non debent ad illum, qui inter vivos per viam contractûs usumfructum alicui concedit. *Ita tenent Bartolus, Baldus, Cynus, Salicetus, Fulgosius, Sichardus, & reliqui in l. 1. C. hoc tit. Pinelus in l. 1. part. 2 C de bon. matern. num. 76. vers. at illa jura, quæ rigidè disponunt, &c. Gailus lib. 2. obser. 145. num. 12. Vasquius de successionum creatione. lib. 1. §. 7. num. 34. Ioannes Gutierrez in repetit. l. nemo potest. 55. num. 287. & 290. ff. de legat. 1. Alciatus cons. 38. num 23. lib. 9. Ioannes del Castill. Sotomayor. in tractat. de usufruct. cap. 15. num. 14. aliiq; ab hu commemorat.* Tametsi contrarium placeat. Donello *lib. 10. Comment. de jure civ. cap 14. pag. 520.* & Hunnio *libr. 2. variar. resolut. jur. civ. tract. 2. quæst 26.*

§. Finitur. III.

Finitur autem usufructus morte usufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima, & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo, nihil agitur) vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit: quæ res consolidatio appellatur. Eo ampliùs constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræmotu, vel vitio suo corruerint: extingui usumfructum, & nearea quidem usumfructum deberi.

SVMMARIA.

1 *Vsusfructus quot, & quibus modis amittatur.*
2 *Morte usufructuarii finitur usufructus: & quare.*
3 *Personalia personam non egrediuntur.*
4 *Quibus casibus facultas utendi fruendi ad heredes porrigatur.*
5 *Heredis appellatione qui contineantur.*
6 *Vsusfructus Civitati vel Ecclesiæ relictus, quanto tempore expiret.*
7 *Annuum legatum Civitati vel Respubl. relictum, quanto tempore extinguatur.*
8 *Quibus in casibus legatum annuum & usufructûs æquiparentur.*
9 *Proprietas non debet esse perpetuò inutilis.*
10 *Maximâ & mediâ solum capitis deminutione ususfructus hodie finitur: non etiam minima: ejusq; ratio.*
11 *Servi & deportati pro nullis, mortuisq; loco habentur.*
12 *Vsusfructus capitis deminutione amissus, ex voluntate testatoris renascitur.*
13 *Vsusfructus ad certum tempus relictus, toties repetitus censetur: quoties amissus fuerit.*
14 *An usufructus, capitis deminutione finitus, per restitutionem indulgentia Principis obtentam recuperetur.*
15 *Num omnis omnino usufructuarius, sicq; etiam pater, per monasterii ingressum perdat usumfructum.*
16 *Monasterio omnia deferuntur, quæ monachus habet.*
17 *Monasterium ingrediens, pro civiliter mortuo non habetur.*
18 *Mens & explicatio c. cùm simus 14. ext de regularibus.*
19 *Intellectus & interpretatio can. non dicatis. 12. quæst. 1.*
20 *Monachismus patriam potestatem non solvit.*
21 *Vsusfructus bonorum adventitiorum datur patri propter administrationem.*
22 *Non utendo amittitur usufructus tribus modis.*
23 *Quanto tempore ususfructus non utendo amittatur.*
24 *Cur non utendo pereat ususfructus.*
25 *Vsufructuarius non solùm per se, sed etiam per alios re fructuaria uti frui potest.*
26 *Locatio conductio similis est emptioni venditioni.*
27 *Vsusfructus non utendo amittitur interdum pro parte.*
28 *An ususfructus sola negligentia fructuarii non utentis tollatur, absq; ulla alterius usucapione.*
29 *Carolus Molinæus contendit, jure novissimo usumfructum sola negligentia non utentis haud amitti.*
30 *Molinæi opinio refutatur: & communissima traditio defenditur.*
31 *Servitutes reales sola negligentia non utentis amittuntur, nullo adversarii facto interveniente*
32 *Argumentum & consideratio l. corruptionem 16. §. 1. C. hoc tit.*
33 *Exceptio debet esse de regula.*
34 *Quanto temporis spacio personalis actio, ad usumfructum petendum competens, expiret.*
35 *Cessione ususfructus finitur: & cur.*
36 *Res sua nemini servire potest.*
37 *Vsusfructus personæ cohæret, & cum ea extinguitur.*
38 *Personalia cedi nequeunt.*
39 *Num cessione extraneo facta, ususfructus amittatur, & ad proprietatem recurrat.*
40 *Phrasis, nihil agi, quid significet.*
41 *Nemo debet locupletari cum alterius jactura.*
42 *Si jus cessum ad cessionem transire nequit, penes ipsum cedentem remanere debet.*
43 *Pœna privationis non habet locum, nisi in casibus jure expressis. & num 59.*
44 *Verus intellectus l. ususfructus. 66. ff. de jure dot.*
45 *Instantia Hunnii diluitur.*
46 *Leges legibus concordandæ.*
47 *Consolidatione ususfructus amittitur: quæ etiam confusio appellatur.*
48 *Consolidatio jus accrescendi non impedit.*
49 *Vsusfructus finitur totius rei interitu & mutatione: ejusq; ratio.*
50 *Qualis mutatio hic intelligenda.*
51 *Ædium ususfructu relicto, si superficies exusta sit, nec area, nec cæmentorum ususfructus debetur.*
52 *Quadriga ususfructu legato, si unus ex equis decesserit, totus ususfructus interit.*
53 *Vsusfructu gregis relicto, quando ille extinguatur.*
54 *Quando grex non intelligatur: & quot oves gregem faciant.*
55 *Pecorum ususfructus quatenus permutatur.*
56 *Mens & sententia l. Paulus 29. §. domus ff. de pignorib. item l. domo. 21. ff. de pignorat. act.*
57 *Explicatio l. si grege legato. 22. ff de legat. 1.*
58 *Faciliùs legatum ususfructûs, quàm proprietatis extinguitur.*
59 *Vtrùm usufructuarius propter rei fructuariæ deteriorationem usumfructum amittat; an verò ad interesse tantum teneatur.*
66 *Opinio communis in praxi & judicando sequenda.*
61 *Privationis pœna quando locum habeat.*
62 *Nova consideratio l. 1. §. utilius. 5. ff. usufructuar. quemadmodum caveat.*
63 *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet.*
64 *Conductor & emphyteuta, in re conducta & emphyteutica male versantes, jure suo cadunt.*

65 Ve-

65 Verissima sententia & interpretatio accurata l. hoc amplius. 9. §. fin. ff. de damn. infect.

66 Vnum & idem verbum eod. orationis contextu positum, in ead. significatione accipiendum.

67 In dubio mitior interpretatio capienda, maximè in pœnalib.

1 Finiendi & amittendi usus fructus modi sex hîc ponuntur: mors: capitis deminutio: non usus: cessio: consolidatio; & rei interitus seu mutatio. Primùm igitur usumfructum morte usufructuarii finiri, plusquam perspicuum est, *l. 3. §. ult. ff quib. mod. ususfruct. amitt. l. 3. l. si domina. 10. l. ambiguitatem. 12. l. corruptionem. 16. C. hoc tit. & hoc §.* Hujusque ratio exprimitur *in d. l. 3. §. ult. ff. quibus modis ususfruct. amitt.* quia jus utendi fruendi, hoc est, ususfructus personæ cohæret, & factum personæ utentis requirit. Sublatâ igitur personâ ejus, cui cohæret, & quæ utitur; amplius subsistere nequit. Siquidem perpetuum hoc, ut personalia personam non egrediantur, sive loquamur de pactis & conventionibus in personam conceptis, sive de privilegiis & beneficiis uni alicui nominatim indultis *l. 1. in fin. ff. de constit princip. l. ex plurib. 42. ff de administrat. & pericul. tutor. l. maritum 12. cum l. seq. ff. soluto matrim. l. non solùm 8. §. tale legatum 3 ff. liberat. legat. l. 1 § antepenult. ff. de aqua quotidian. l. in omnib causis. 68 & l. privilegia. 196. ff. de reg jur. cap. privilegium. 7. eod tit. in 6.* Proinde usumfructum, quem habeo, aliis rursus legare non possum: quoniam in id tempus confertur dispositio, quo jus concedentis extinguitur. *l quod in rerum. 24. §. 1 ff. de legat. 1. l. usumfructum. 5. ff. de usu & usufruct. legat. l. Titio cùm morietur. 51. ff. hoc nostro tit.* Fieri tamen potest, ut vel testator testamento disponat, vel partes inter se in constitutione ususfructûs conveniant, ut ad heredes quoque facultas illa utendi fruendi porrigatur. Sed his casibus observandum est: usumfructum ad primos tantùm heredes produci, & non ulteriores. *l. antiquitas. 14. ubi Bartolus, Baldus, Angelus, Salicetus & communiter Dd. C. eodem Gomez. tom 2. variar. resolut. cap. 15. num 20 Heigius hîc num. 4.* quamvis aliâs heredis appellatio non solùm ad proximum heredem, verùm etiam ad ulteriores referatur: quia & heredis heres, & deinceps, heredis appellatione continetur. *l. heredis appellatio. 65 l. sciendum. 20 l. heredis appellatione. 170. ff. de verbor. signific. Borcholt. hîc num 3 Vide Timaeum Fabr. disput. 15. ad Institut. Imperiales th. 13. & Bachov. hîc num. 1. & 2 pag. 333.*

6 Quæri hîc loco solet: si ususfructus Civitati, Municipio, Ecclesiæ, Reipublicæ, Vniversitati, aut Collegio sit relictus, (cùm illa mori non possint, sed per successionem semper eadem manere intelligantur. *l proponebatur. 76. ff. de judiciis*) quanto tempore is ususfructus extinguatur? Et ne perpetuò inutilis maneat nuda proprietas, placuit; istum usumfructum centū demū annis elapsis extingui: quia in finis vitæ longævi hominis est *l. an ususfr. 56. ff h. t. l. si ususfr. municip. 8. ff. de usu & usufr. leg. Syrac cap. 18. v. 8. Senec. de brevit. vitæ, cap. 3 Lactant. lib. 2 cap. 13. Coras li. 3. miscell. jur. civ. cap. 18. Franc. Connan. libr. 4. Comment. jur. civ. cap. 6. num. 5. Treutler. volum. 2. disput. 16. th. 15. lit. A. ibiq; in suis notis Bachovius.* Sanè si Civitas, cui ususfructus relictus est, fatali quodam casu ante centesimum annum Civitas esse desinat, puta si evertatur, solovè æquetur; quod olim contigit Carthagini à Romanis: quasi morte desinit exinde habere usumfructum, *auctore Modestino in l. si ususfruct. civitati. 21. ff. quibus modis ususfruct. amitt.* Itaque quantumvis postea restituta, non recipiet usumfructum semel extinctum: quia hæc alia Civitas est. quæ restituta, *arg. l quid tamen. 10. §. 1 & §. in navis. 7. ff. eod. tit. Donell. libr. 10. Commentar. de jure civ. cap 17. pag. 528. num. 20. D. Besoldus in delibat. jur. ex lib. 7. Pandect. num. 15. pag. 536. & seqq.* Adde Paulum Æmilium Gallum *in tract. de exemptionib. in success. tam ab intest. quàm ex testament. part. 2 titul 4. except. 15. num. 6. fol. 346. & Iustum Schütz. exercitation. jur. disput. 6. th 22. lit. C. pag. 94.*

Illud non omni dubitatione vacuum est: si Reipu- 7
publicæ, Civitati, Ecclesiæ, vel Collegio non quidem ususfructus, sed annuum legatum sit relictum; veluti si testator dixit: *lego huic Civitati centum in singulos annos*: an legatum hoc centum annis, ad instar ususfructûs, extinguatur, vel potiùs donec Civitas steterit; an perpetuò debeatur? Et verior est, receptaque (*contra Bartolum in d. l si ususfructus municipib 8. ff. de usu & usufruct. leg. ejusq; sectatores*) sententia existimantium: legatum annuum Reipublicæ, Civitati, Ecclesiæ, aut Collegio relictum, minimè extingui centum annorum decursu; sed perpetuò durare, donec Reipublicæ ipsa finiatur. *l. annuam. 6. l. annua. 20. in fin. & l. cùm quidam. 23. ff de annuis legat. Barbatia cons 20 lib. 4. Iason. in l. 2. num. 1. ibiq; Ripa num. 3. ff. solut. matrim Bartholom. Socinus in l. 3. § item si Republica. nu. 6. ff. ad L. Falcid. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap 9. num. 10. Hippolyt. Riminald. cons. 219. num. 11. & seqq. libr. 2. Pancirolus cons. 20 artic. 135. per tot. Ioannes del Castillo Sotomayor in tract. de ususfruct. cap. 61. num. 20. Gomez. d. tom. 2. variar. resolut. cap. 15 num. 20. vers. sed contrarium est tenendum. ibiq; Emanuel Soarez in suis annotat. ad lit. F.* Ejusque sententiæ ratio non obscura est: quia annuum legatum non censetur ususfructus: sed ad naturam censualis contractus accedit: ideoque à diversis ac separatis illatio fieri non debet *libr. ult. ff. de calumniatoribus libris duob. 25. de testament. tutel l. neque natales. 10. Cod. de probationibus. Dom. Besold dicto loco.*

Non obstat huic sententiæ textus *in l. si quis. 20. ff.* 8
hoc tit. ubi Vlpianus scribit: si quis ita legaverit, *fructus annuos fundi Corneliani Gajo Mævio do lego*; perinde accipi debere hunc sermonem, ac si ususfructus fundi legatus esset. Vnde sequi videtur: non esse differentiam inter annuum legatum & usumfructum. *Etenim respondendum est:* Vlpianum ibi non loqui de annua certæ summæ vel rei præstatione: sed de annuis fructibus fundi, id est, quicquid ex fundo fuerit natum: quòd certè ab annua præstatione diversum est: quæ census magis, quàm ususfructûs naturam sapit. *D. Besoldus loco prallegato.* Similiter non obsi-

obsistit argumentatio illa: Legatum annuum & usus-fructus æquiparantur. *l.in singulos.8 ff.de annuis legat.* Atqui legatum usus-fructus Reipublicæ relictum, centum annis expirat *d.l.si ususfructus.8.ff.de usu, & usufructu legato* Ergo legatum itidem annuum Reipublicæ relictum centum annis expirat. Non obstat, *inquam*, argumentatio illa. Nam respondetur: annuum legatum & usumfructum in iis tantummodo casibus, in quibus eadem est ratio; æquiparari. Hinc quemadmodum annum legatum ; sic ususfructus morte extinguitur, & è contrà. *d.l. in singulos.8. in princip ff.de annuis legat.* In illis autem casibus, quibus diversa inter utrumque ratio est, non æquiparantur, sed diverso jure censentur. Exemplum est *in d.l. in singulos.* ubi inter annuum legatum & usumfructum hoc discriminis constituitur : quod illud capitis deminutione non finitur, sicuti ususfructus. Idem ergo de cæteris judicandum, ubi dispar ratio in-

9 venitur; ut in proposito themate ususfructus, Reipublicæ sive Civitati relictus, lapsu centum annorum extinguitur, hac potissimum ratione : ne proprietas apud heredem perpetuo inutilis sit, semper abscedente usufructu. *d l.si ususfructus municipib.8.ff.de usu, & usufruct.legat l.3 § ne tamen.2.ff.hoc tit.§.1,in fine suprà hoc tit nostro.* Quòd certè usuveniret, si tamdiu ususfructus, quamdiu ipsa civitas, duraret. At ratio in annuo legato planè cessat. Eo quippe relicto, ususfructus cum proprietate conjunctus apud heredem remanet: atque hac ratione proprietas apud eundem omnino utilis, & integra semper existit. Nulla igitur causa subest, cur annuum legatum civitati, vel alii corpori relictum, perinde atque ususfructus, centum annorum decursu petire debeat; veluti explicatiùs id enarrat Didacus Covarruvias *d.lib 3.var.resolut.cap.9.nu.10.*

10 Secundò amittitur ususfructus capitis deminutione fructuarii maximâ & mediâ, non etiam minima; idque novè constituit Iustiniânus *in l. corruptionem. 17.§.ult. C. hoc tit. & præsenti §.* Olim siquidem etiam minimè capitis deminutione, putâ emancipatione & atrogatione seu adoptione , ususfructus amittebatur, *teste Paulo lib.3.sentent.tit.6. vers. capitis deminutio, &c. l.1. & l sicut.3. ff quib. modis ususfruct. amitt.l.licet.23.& l.si quis usumfructum.29 ff.de usu, & usufructu legato.* Ex quibus, aliisque legibus indefinitè, adeoque generaliter loquentibus, sic annotârunt *Petrus Gregorius in syntagmate jur.lib.4. cap.5. num.9. Cujacius ad l.1.in fin.vers.ex illo etiam loco.ff. de usu & usufructu legat, Eguinarius Baro , Anton. Pichard. & Petrus Ricciardius in hoc §. aliiq., quos refert & sequitur Ioannes del Castillo d. tract.de usufruct.cap.66.num.11.* Quibus quoque accedit *Conradus Olemannus in notis ad lib. Disputation.jur.civil. Giphanii. Disput.10.num.32. & Hilliger. in Donello enucleat.lib.10.cap.17.ad lit.G. Adde Bachovium hic num.3.pag.334.* Ratio, cur ususfructus maximâ & mediâ solùm capitis deminutione hodie finiatur, hæc probabilis est : quia his capitis deminutionibus mors quædam civilis contingit , dum prior libertatem aufert; posterior libertate salvâ , civitatem : illa liberorum omnium, hæc civium numero hominem eximit , ut sic utraque pariter capite minutum tam è civium numero tollat, quàm si is naturà decessisset. *§. cùm autem 1.supr.quibus modis jus patr potest solvit. § 1.& 2 supr.de cap.diminut. l. ult.ff.de capite minut. l.verum est.63 §.ult.ff pro socio.l.sed si alia.5.in princip.ibi.quasi mortua sit.ff.de bonis damnationib.l.Gallus.29.§.& quod si tantum.5 ff.de liber.& posthum.l. intercidit.19 in fin. ff. de condit.& demonstrat.* Inde 11 rectè traditum est, quod ad jus civile attinet, servos prò nullis haberi. *l. quod attinet.32 ff.de reg.jur.* & deportatos (qui mediam capitis deminutionem patiuntur) mortuorum loco habendos. *l.1 §.penult.ff. de bonor.possess contra tabul.* Nulla ejusmodi mortis species apparet in capitis deminutione minimâ : ut, cùm per hanc non subducatur ullo modo de medio persona fructuarii, meritò deciderit Iustinianus, nihil esse, cur eâ capitis diminutione similiter, ut superioribus, ususfructus interiret. *dict.loc. corruptionem.16. §. ultim. ff. hoc titulo, Donellus prædicto libro 10. Commentar. de jure civil. cap.17. pag.529. in principio.*

Cæterùm istam ususfructûs amissionem præcavere 12 poterit testator, si in testamento suo usumfructum toties repetat, quoties amissus erit : hoc est, si in omnem eventum, quò capitis deminutione ususfructus peribit, de novo illum relinquat. Hac dispositione interveniente, amittitur quidem per capitis deminutionem ususfructus, sed sine effectu. Amissus namque ex voluntate testatoris renascitur, & usufructuario de novo acquiruntur, *per textum in l.repeti.5.in princip. ff.quibus modis ususfruct.amitt.& l licet testatori.23. ff de usu, & usufruct.legat.* At quid, si ususfructus, 13 quousque viver usufructuarius, vel ad certum tempus, ut putà usque ad decennium, relictus fuerit: num repetitus videbitur, atque adeò reviviscet & renascetur, si capitis deminutione semel fuerit amissus? Et cogniti juris est, usumfructum ad certum tempus, vel quousque vixerit ususfructuarius relictum, toties repetitum censeri, quoties amissus fuerit. *l. sicut. in annor.3 in princip.ff quib.modis ususfruct.amitt.* Porrò 14 quòd dicitur, usumfructum per maximam & mediam capitis deminutionem fructuarii amitti : in tantum procedit ; ut etiamsi usufructuarius postmodum ex gratia Principis restitutus sit ; tamen usumfructum semel amissum non recuperet. *arg.l.2. l.tutor.4. l.si ademptis.5 l.generalis.7.l.frustrà.8. & l si pater.9. C. de sententiam passis* , ex quibus patet, restitutionem indulgentiâ seu gratiâ Principis obtentam, ad pœnæ tantummodo remissionem, non verò ad bonorum amissorum recuperationem trahi. Et in specie , quòd ususfructus per capitis deminutionem amissus, cessante capitis deminutione non recuperetur, respondit *Decius cons.621 Iason.in l si is.qui.15.nu.89.de usurp. & usucap.Cavalc.in tract. de usufruct.mulieri relicto num.123.*

Ab hoc loc.nõ prorsus aliena est illa pervulgata qui- 15 dem, sed dubia quæstio. Num omnis omnino usufructuarius, atque ita etiam pater, qui monasteriũ ingreditur, & monachus fit, usumfructũ amittet; adeò, ut is

ad

ad proprietatem redeat: an verò potiùs unà eum reliquis bonis in monasterium transeat? Et sanè Martinus Silimannus, *Doctor antiquus*, *Salicetus*, *& Iason. in auth. ingress. Cod. de sacrosanct. Eccles. Riminald. in §. 1. num. 18. infr. per quas pers. cuiq. acquirit Hippolyt. de Marsil sing. 668. Covarruv. in cap. 2. de testam. num. 8 Mieres de majoratu. 2. part. quest. 3. num. 14. Emanuel Mendez in repetit. l. cùm oportet. 6. part. 2. num. 131. C. de bonis, quæ liber. Hieronym. de Cavalles in speculo aureo opinionum commun. contra communes. quæst. 64. num. 4. hocq; novissimè referens Ioannes del Castillo in tract. de usufruct. cap. 54. num. 8. & seqq.* existimant: magnam esse differentiam inter patrem usufructuarium legitimum, ac alium usufructuarium ex voluntate hominis: illumque per monasterii sive religionis ingressum usumfructum, quem jure patriæ potestatis in bonis adventitiis filii habet, amittere; eumque usumfructum cum proprietate consolidari: hunc verò, usumfructum secum ad monasteriū transferre, ut penes illud non in perpetuum, sed pro vita duntaxat ipsius monachi resideat. Verùm in contrariam (quæ inter patrem, & alium usufructuarium nullam prorsus distinctionem aut differentiam facit) decisionem plures descenderunt, *Gloss. Bald. Castrensis, Cumanus & Corneus in auth. idem est. C. de bonis, quæ liber. Cynus, Alberic. Bartol. & Rosellus in d. auth ingressi. Cod. de sacrosanct. Eccles. Guid. Papa decis. 477. num. 4. & decision. 495. Francisc. de Caldas in l. si curatorem habent. 3. verbo, læsis. num. 140. & seqq C. de in integr. restitut. minor. Ioan. Gutierrez. canonicarum quæst. lib. 2. cap. 1. Cavalcan. d. tract de usufructu. mulieri relict. num. 241. Carolus de Tapia in d. auth. ingressi. verbo. sua. cap. 17. num. 7. C. de sacrosanct. Eccles. Ludovic. Molinæus tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disput. 9. num. 16. Arius Pinelus in l. 1. part. 1 C. de bon.*
16 *matern. num. 49 & seq. ubi alios etiam allegat.* Hujusq; sententiæ evidens est ratio. Tum quia pater, licèt monachus effectus, adhuc tamen naturaliter vivit, & sic durat usufructus. Monasterio autem, quatenus capax est, omnia deferuntur, quæ monachus hab. bat.
17 *d. auth. ingressi. Cod. de sacrosanct. Eccles* Tum quia monasterium ingrediens pro civiliter mortuo non habetur, *arg. textus in l. Deo nobis. 56 §. hoc etiam. 1. C. de Episcop & cleric.* ubi notatur, monachum omnia cognitionis & agnitionis iura retinere, proindeque parentibus & cognatis omnibus ab intestato succedere posse

18 Non obstat *c. cùm simus 14. ext. de regularib.* ex quo quidam, maximè Canonistæ, deducere conantur; patre monasterium ingrediente, filium legitimam, non expectatâ morte ejus, petere posse: & per consequens patrem ex eo tempore, quo monasterium ingressus est, pro mortuo haberi. *Covarruv. in d. cap. 2. num. 8. de testament. Graff. in lib. sentent. §. legitima. quæst. 12. num. 6. Ioan. de Monte sperello cons. 46. num. 9. volu 1.* Nam contraria sententia, quòd videlicet patre monasterium ingrediente, filio legitima non debeatur, nisi post mortem Patris, verior & receptior est, *per auth. si qua mulier. in fine. C. de sacrosanct. Eccles.* ex qua elucescit, patre demum mortuo, qui monasterium est ingressus, filio legitimam deberi. Idem arguit *l. 1. §. si impubere. 21. ubi Bartelus ff. de collat. bonor. Cephalus cons. 95. num. 2. & cons. 148. num. 29. libr. 1. Menoch. cons. 77. num. 6. lib. 1. Anton. Galeatius Malvasia. cons 89. num. 19 & 20. volum. 1.* Quod autem attinet *ad c. cùm simus. 14. de regularibus.* nihil illud aliud, quàm hoc, dicit: quòd filius, quæ in ætate pueril constitutus habitum monachalem suscepit, pœnitentiâ ductus à monasterio recedere, habitumque monachalem relinquere; atque hac ratione, post discessum à monasterio factum, jus successionis in bonis patris & aliorum integrum recuperare possit. Nihil ergo omnino inde, nisi valdè ineptè, inferri potest ad legitimam, quam Canonistæ, post monasterii ingressum à patre factum, filio statim deberi autumant.

Præterea non adversatur, quòd pater ingressus monasterium in potestatem superioris transeat, *can. non dicatis. 11. §. cùm hujus, &c. caus. 12. quæst. 1.* & sic patriam potestatem, & consequenter etiam usumfructum (quem ratione patriæ potestatis acquirit) amittat: cum ipse in potestate alterius existens, alium in sua potestate habere nequeat *l. si convenit. a t. ff. ad leg. Iul. C. de adult.* Etenim textus ille *in d. cap. non dicatis.* nequaquam de patria, vel dominica potestate, quæ patri in liberos, vel domino in servos competit; sed potiùs de spirituali quodam imperio & providentiâ exaudiri debeat; quâ Prior monachis suis, quasi filiis quibusdam spiritualibus (qui ipsi ceu spirituali Patri, propter Christum omnem obedientiam & reverentiam debent) prospicere, eosque regere, diligere ac tueri tenetur. Et hæc interpretatio patet ex his verbis textûs: *& imperiu in Christo, &c.* Adde, quòd tam causas constituentes patriam potestatem, quàm dissolventes seu corrumpentes, ex jure sumere oportet. Nullum autem jus reperitur, quo disertè cautum sit, monachismum patriam potestatem perimere Et in terminis (licèt plerique Dd. oggannant, *ut monuimus in § filiusfamilias. 4 num. 4 supr. quib. modu jus patr. pot solvit.*) quòd religionis ingressus, tum patris, tum filii, non tollat patriam potestatem, contendit *post Matthesyllanum in tract. de succes. ab intestat. in princ. nu 7. Pinel. in l. 1. C de bon. matern part. 1. nu. 46. Cujac. in Paratit. C. de emancipationib. liberor. Hænon. Disput. 2. controvers. 24. & Wegner. Disput. 2. thes. 9. sub lit. H.* 19 20

Denique nihil resistit argumentum dissentientium, à cessante ratione petitum: quod usufructus bonorum adventitiorum detur patri ob custodiam & administrationem, quæ in patre monacho effecto omnino cesset. Quia negatur, & pernegatur: quòd in proposita specie omnis administratio cesset: cùm officiales & ministri ipsius monasterii talia bona diligenter, imò forsan diligentiùs, quàm laici, custodire, gubernare & administrare valeant, ut *post Practicum Papiensem seu Ferrariensem* tradidit Pinelus *d part. 1. num. 50. eumq; secutus Ioannes Gutierrez. canonicar. quæst. dict. lib. 2 cap. 1. num. 101. ante finem.* Quamobrem cum communi opinione, refutatis objectionibus, concludendum est: omnem usufructuarium, qui 21

monasterium ingressus, & religionem professus est, usumfructum, quem ante ingressum habuit, non amittere: sed unà cum cæteris bonis ad monasterium transferre: quem quidem usumfructum monasterium obtinebit, donec monachus ille naturali morte extinctus fuerit. Ex eo namque tempore demum usufructus finietur, & cum proprietate consolidabitur. *Vide Petrum Francisc. Linglois decis. 7. quæst. 2. & 4. fol. 69. & seq.*

22 Tertiò amittitur usufructus non utendo re fructuaria. Idque tribus fieri modis perhibetur. I. si fructuarius in totum utatur, neque hoc, neque illo modo. Quo pacto usumfructum non utendo amitti, nemo dubitare potest. Tum enim maximè dicitur quis re non uti, cùm omninò non utitur. *l. corruptionem. 16. C hoc tit.* II. si non utatur per modum, *ut in præsenti § expressum est*: hoc est, non ad eum modum, qui utenti constituendo usufructu à proprietario præstitutus est. Vt puta si sylvæ ususfructus legatus sive cõcessus sit alicui, ut certo tempore sylvam cederet, aut certo modo; & alio is tempore, aut alio modo ceciderit. Item si alicui ususfructus ædium ita sit relictus, ut æstate habitaret; & is habitaverit hyeme: non videtur usus, qui ad præscriptum modum usus non est. *l. si communem. 10. §. 1. & l. seq ff. quemadm servitutes amittunt. l. 2 ff. de aqua quotid. & æstivâ.* III. Si fructuarius usus quidem sit, sed usus tantùm, dum ignorat, usumfructum sibi constitutum, & usum tantùm se habere existimat. Non enim, *inquit Paulus*, eo, quod habet, utitur; sed eo, quod putavit se habere. *l. is, qui usumfructum. 20. ff. quib. modis usufr. amitt.* Non putavit autem, se habere usumfructum. Ideoque nec uti voluit. Planè si quis sciens se usumfructum habere, solùm uti velit: idem Paul. ait, nihilominus eum & frui videri *d. l. 20. ff. eod.* scilicet quia utitur, ut fructuarius, qui utitur sciens se habere usumfructum. *Donell. lib. 10. Commentar. de jur. civ. cap. 17. pag. 529. Ba-*
23. *chovius hic num 4 pag 335.* Verùm enimverò istis modis omnibus non utendo amittitur ususfructus, si non sit usufructuarius per tempus. Sic etenim Iustinianus hoc loco scribit: finiri usumfructum non utendo per modum & tempus. Vbi intelligere debemus tempus legitimum: intra quod si fructuarius non utitur, ususfructus extinguitur, atque ad proprietatem revertitur. Et quidem olim non utendo rei mobilis ususfructus anno; immobilis biennio amittebatur, *assertore Paulo lib 3. sentent. tit. 6.* Hodie ex constitutione Iustiniani Imp. rei mobilis ususfructus triennio; immobilis decennio inter præsentes, viccennio inter absentes non utendo amittitur. *l. penult. C. de servitutib. & l. aqua. l. unic. C. de usucap. transformandâ. l. ult. C. de præscript. longi tempor. initio tit. infr. de usucapionib. &c. & l. penult. §. 1. in fine. C. hoc tit.* ubi Iustinianus rescribit: tanti temporis spacio amitti usumfructum, quanti temporis exceptio dominium vindicanti obstaret. Atqui vindicanti rem mobilem obstat exceptio triennii; & vindicanti rem immobilem obstat exceptio decennii vel viccennii. *d. initio tit. infr. de usu-*
24. *capionib &c.* Ratio autem, cur non utendo ususfructus pereat, hæc dari solet: quia ususfructus in actu consistit ejus, cui ususfructus debetur: nec consistere potest, nisi sit aliquis, qui utatur fruatur. *l. 1. in princip. & §. 2. ff. quando dies ususfructus legati ced.* ubi habetur, usumfructum tunc constitui, cùm quis jam frui potest. Si igitur, qui frui potest, per triennium, decennium, vel viccennium non fruatur, meritò usumfructum amittit: quoniam scilicet defuit actus hominis, in quo ususfructus consistit. *Cujac. ad l 2. ff. de usu, & usufruct. legat. Ioan. del Castillo Sotomayor in tract de usufructu. cap. 67 nu. 4. Borthol in hoc §. num. 7.* Tametsi nõ usum decennii vel viccennii indistinctè requirit Treutler. *vol. 1. disp 16. th. 14 lit. H* ibique Bachov. *in suis Notis pag 650.* Porrò non uti usufructuarius 25
intelligitur, non qui per se usufruitus non est: sed qui nec per se, nec per alium. Nam non solùm ipse per se, sed etiam per alios re fructuariâ uti frui potest. *l. non utitur 38. ff. hoc tit Connanus lib. 4. Commentar. juris civ cap. 6. nu. 11.* Et hinc si usufructuarius commoditatem ususfructùs sibi competentis alii vendat, & emptor re fructuariâ utatur: proficit usus ille usufructuario venditori, ut is per usum emptoris usumfructum retineat, nec amittat. Siquidem per alium qui utitur, ipsemet uti reputatur. Sic etiam si usufructuarius rem fructuariam alteri utendam fruendamque locet: censetur ipse uti re fructuariâ per personam conductoris, qui fructus ex re illa percipit. Sed & si donaverit usufructuarius usumfructum; videtur ipse uti frui per personam donatarii, qui re fructuariâ sibi donatâ utitur. *Et hæc omnia expressa sunt in d. l. non utitur. 38. & l. arboribus. 12 §. usufructuarius. 2. ff. hoc tit.* At quid dicendum, si hi modo memorati non utantur? Hic recurrendum est ad distinctionem. quæ traditur *in d. l. non utitur. 38. in fin. & 2 seqq. ff eodem.* si quidem fructuarius donaverit usumfructum, non aliàs retineat, nisi donatarius utatur: si verò vendiderit, videatur usumfructum retinere, etiamsi emptor non utatur: scilicet quia qui precio fruitur, non minus habere intelligatur, quàm qua principali re utitur fruitur. *l. quia. 39. ff. eodem tit.* Quâ ratione 26
& de eo, qui locavit, idem judicandum erit: sive is mercede, sive actione mercedis consequendæ causa fruatur. Est quippe locatio & conductio, similis emptioni & venditioni, *ajente Cajo in l. 2. ff locati conduct. Donellus dict. lib. 10. Commentar. cap. 17 pag. 529. num. 50.* Quod autem dicitur, usumfructum non 27
utendo amitti, sic exaudiendum est; ut amittatur non semper totus, seu totius rei, cujus ususfructus relictus est: sed quatenus fructuarius re non utitur, Proinde si is re totâ non est usus, totius rei usumfructum amittet: si parte tantùm, ejus duntaxat partis amitti usumfructum placet. *l. excepta. 14. in fine. & l. placet. 25. ff. quibus modis ususfructus amitt. Ricciardus in hoc §. nostro, numer. 99.*

Controversa admodum, & examinatione perdigna hoc loco suboritur quæstio: utrùm usufructuarius 28
hoc solo amittat usumfructum, quòd non utatur: an præter hoc ad amissionem ususfructus requiratur, ut alius rem fructuariam, tanquam suam, & ab usufructu liberam, justo titulo & bonâ fide per longi

tem-

temporis spacium possideat? Et receptissimum omnium dogma est; usumfructum solâ negligentiâ non utentis amitti, absque ullâ alterius usucapione, hoc est, etiamsi alius interim, dum non utitur usufructuarius, per spacium temporis legitimum rem bonâ fide & justo titulo non possideat. Idque satis colligitur *ex §. nostro.* ubi simpliciter asseritur, usumfructum finiri non utendo per modum & tempus: neque præterea quippiam exigitur, nihilque de longâ possessione, ab alio bonâ fide & justo titulo continuata, adjicitur. Idem constat *ex d. l. arboribus. 12. §. 2. & 3. d. l. non utitur. 38. ff. hoc tit. d. l. u. qui usumfructum. 20. d. l. placet. 25. & l. Pomponius. 29. ff quibus mod. usufruct. amitt.* Atque illud de jure Pandectarum verissimum esse, omnes fatentur. Ast in eo haud conveniunt: an jure Justinianeo, *quod habetur in l. corruptionem. 16. C. hoc tit.* istud
29 correctum sit, vel non? Etenim Carolus Molineus *in extricatione sedecim legum. ad d. l. corruptionem. num. 10 t.* hunceque nuper secutus Ioan. del Castillo Sotomayor *d. tract. de usufruct. c. 67. num. 9 & seqq.* contra communissimam *Accursii, Ricciardi & Antony Pichardi in hoc §. Baldi consil 235. num. 1. volum. 2. Covarruv. var resolut lib. 1. cap. 17. nu. 11. Balbi de præscript. 3. part 4. partis principal. num. 2. Cavalcani. de usufruct. mulieri relicto. num. 168. Padilla in l. sicut. 13. num. 1. C. de servitutib. & aq. aliorumq;* sententiam constanter docet: illud novo Iustiniani jure correctum esse: atque adeo usumfructum solâ negligentiâ usufructuarii non utentis minimè tolli: sed insuper requiri, ut alius, usufructui definito tempore, hoc est. 10. vel 20. annis præscribere volens, contra ipsum fructuarium titulum justum & bonam fidem habeat, *juxta decisionem l final. C. de præscript. long. temp.* vel saltem hisce destitutus, post interversam fructuarii possessionem, fundum tanquam liberum triginta annis sine interruptione possederit, ita ut etiam dominium vindicantem excluderet, *per textum in l. sicut. 3. C. de præscript. 30. vel. 40. annor.* Nititur autem Molineus verbis *dictæ l. corruptionem, 16. §. 1. C. hoc tit.* quæ sic sonant: *Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum ususfructum, qui de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii, & ipsius rei interitu; sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum: cùm multa & innumerabiles causæ reb. incidant mortalium, per quas homines jugiter retinere, quod habent. non possunt. Et est satis durum, per hujusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ, etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere.* Hactenus verba legis. Ex quâ Molineus ita argumentatur: Vsufructuarius, si non utatur usufructu, non excluditur, nisi talis ei exceptio opponatur, quæ excludere potest dominium, qui rem suam vult vindicare. Atqui dominus rei non excluditur à rei vidicatione, nisi opponatur ei exceptio usucapionis. Hæc verò tùm demum opponi potest, si alius interim, dum dominus non possedit, bonâ fide, justoque titulo rem possederit; & sic legitimo temporis spacio interveniente præscripserit. Quocirca fructuarius etiam non poterit ab usufructu repelli, nisi tali exceptione removeatur: quòd videlicet interim, dum ipse usus non est, alius rem fructuariam justo titulo, bonâque fide per longum tempus possederit. Sed etsi 30
hæc Molinei argumentatio magni ponderis & momenti esse videtur: haud tamen propterea illius opinioni subscribendum, aut à communi traditione recedendum esse, censeo. Et confirmatur hæc receptissima conclusio *ex d. l penult. C. de servitutibus & aq.* ubi Imp. Iustinianus indicat: eodem prorsus modo usumfructum & servitutes reales non utendo amitti. Atqui indubitatum est: servitutes reales, putà viam, iter, aquæductum, & similes, solâ negligentiâ non utentis amitti, nullo etiam adversarii interveniente facto. *l. & Atilicinus 35 ff. de servitut. præd. rustic. l. si partem. 19 §. 1. ff. quemadmod servit. amitt. & expositum in §. ultim. suprà tit. proximo. num. 32.* Igitur & ususfructus solâ negligentiâ ooo utentis amittetur, quantumvis nullam alterius factum aut possessio intervenerit. Ad- 31 32
hæc eadem sententia communis corroboratur *ex d. l. corruptionem. 16. §. 1. C hoc t.* ubi primùm regula ponitur: usumfructum non utendo non amitti. Deinde ejus regulæ limitatio hæc subjicitur: nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ, etiamsi dominium vindicaret, eum excludere posset. Licet autem ex juris principiis notum sit, exceptionem, quâ is, qui vindicare poterat dominium, excluditur, longi temporis possessionem, bonam fidem, justumque titulum desiderare: attamen Iustinianus *in §. illo t.* temporis tantùm respectu, inter amissionem, quæ non utendo fit, & exceptionem, quæ dominii vindicationem excludit, æquiparationem fecit: ut hæc sit illius sententia: Quemadmodum dominii vindicationi minoris temporis, quàm decennii & viceennii exceptio opponi nequit: ita ususfructus minoris temporis spacio non utendo non amittitur. Hancque esse verissimam illorum verborum interpretationem, ex eo manifestum est: quòd regula proposita sit de amissione, quæ fit non utendo: cui consequens est, exceptionem regulæ subsequentem, itaque de amissione, quæ non utendo fit, intelligendam esse. Exceptio enim de regula esse debet: ut, 33
post Bartolum in l. 1. in fin. & ibidem Decium num. 24. ff. de reg jur. aliosq; tradit Menochius *consil 141. num. 17.* Proinde meritò, *secundùm commune Dd. placitum*, contra Molineum concluditur: usumfructum negligentiâ usufructuarii non utentis decennio inter præsentes, & viceennio inter absentes amitti; tametsi ex adverso nulla possessio, nedum bona fides, vel justus titulus, intervenerit.

De eo quoque mirè altercantur Doctores: quanto 34
temporis spacio personalis actio, ad usumfructum petendum seu constituendum competens, tollatur? Et quidem communiter placuit; eodem temporis spacio, quo ususfructus jam constitutus non utendo amittitur, personalem actionem, ususfructûs nomine competentem, expirare: ac ea propter eum, cui ususfructus per stipulationem, vel alium contractum promissus est, post decennium inter præsentes, & viceennium inter absentes agere volentem neutiquam audiendum esse; ut *post Azonem, Bartolum, Aretinum, Portium, & alios*

alies notavit Ricciardius *hic num.* 25. Verum hanc opi-
nionem falsitatis arguit Molinèus *in d.l.corruptionem.*
16.*num.*92 *& aliquot seqq. C. hoc tit.* ubi existimat,
personalem actionem, pro usufructu constituendo
competentem, triginta annis durare, ad instar cætera-
rum personalium actionum, quæ tanto tempore du-
rant. *l.sicut.*3. *& l.seq C.de prescript.*30. *vel* 40. *annor.*
Atque hæc Molinei assertio probari videtur *ex prædicta
l.corruptionem.*16 *§.*1.*C.hoc tit.* ubi proponitur regu-
la, actionem personalem usufructûs nomine compe-
tentem non utendo non amitti. Hujusque regulæ in
eodem § exceptio adjicitur. Nam quæ ibi sequitur
exceptio, ad amissionem usufructûs, quæ fit non u-
tendo, non verò ad personalem actionem pertinere
putatur. *Sed vide Ioannem del Castillo in d. tract. de
usufruct.cap.*67.*num.*15. *& seqq.* ubi communem de-
fendendo asserit: ideò actionem pro usufructu consti
tuendo competentem finiri spacio decem, vel viginti
annorum, contra personalium actionum naturam:
quia cùm usufructus non utendo tollatur dicto spa-
cio: utique etiam actio ipsa eodem tempore tolli de-
bet: utpote quæ sequitur naturam ipsius usufructûs
cujus gratiâ introducta est *d.l corruptionem.* 16. *C. hoc
tit.* ubi Imperator ita æqualiter, & generaliter, tam
in actione personali pro usufructu competenti, quàm
in ipso usufructu constituto, decidit, eâ forsan ratio-
ne motus: quòd non debeat esse melioris conditionis
is, qui actionem duntaxat pro usufructu constituendo
habet, quàm qui tenet usumfructum jam constitu-
tum: ac proinde in utroque idem jus observari vo-
luit.

Quartò finitur usufructus cessione, in jure scilicet;
35 si usufructuarius in jure, hoc est, ad sellam Prætoris,
jus suum totum domino proprietatis cedat, sicque à
se planè abdicet, *hoc §. nostro. l.si usufructus* 6?. *ff. de
jure dot.l* 1.*circa princip. vers.sin autem usufructua-
rius. ibi. siquidem hoc modo, ut cedat usumfructum
proprietario. C. communia de manumissionibus. Pau-
lus lib* 3 *sentent.tit* 6.*vers.usufructus. Vlpian in frag-
ment.tit.* 19. *vers. in jure cessio. &c. ibiq; Cujacius.*
36 Ratio hujus amittendi usufructus modi manifesta
est: quoniam res sua nemini potest servire, quippe
quâ utatur jure dominii, non jure servitutis. *l. in re
communi* 26. *ff. de servit. præd.urban Vult. hic num.*
3. Cæterùm si extraneo, hoc est, ei, qui proprietatem
non habet, usufructus cedatur: nihil agi Iustinianus
hic disertè pronunciat. Tum quia usufructus servi-
37 tus personalis est, personæque cohæret, ac cum eâ ex-
tinguitur. *l* 1.*ff.de servitutib.l sicut.* 3. *§ fin. ff quibus
mod. usufruct. amitt.l. non solùm* 8. *§. tale legatum.*
3.*vers.quotiens. ff. de liberat.legat.* Tum quia per-
sonalia regulariter cedi nequeunt *l. ex plurib* 42.*ff.de
administrat.& peric.tutor.l.non solùm.*67. *§ si puella.*
38 5.*ff de rit.nupt.* Vtilitates tamen juris istius persona-
lis, purà fructus, cedi possunt, sicut & vendi. *l. arbori-
bus.*12.*§.*2.*l.non utitur.*38.*ff.hoc tit. l. necessario.* 8. *§.
ult. ff. de peric.& commod.rei vend. Wesenbec.hic nu.*
7.*& latiùs declaravimus in §* 1.*supr. hoc tit, num.* 16.
& seqq. Num verò, cessione usufructûs extraneo fa-
cta, usufructus amittatur: & ad proprietatem recurrat,
variant Interpretes? Nonnulli enim volunt, hoc quoq; 39
casu amittit usumfructum. *Azo in summa C.hoc tit.n.*
20.*Paulus Castrens. Alexand. Iason & Ripa in l. qui
Roma.*122 *§.duo fratres.ff.de verb.obligat. D. Bocer.
class* 5.*Disput.*9.*thes.*52.*edit.*2. *& in hoc §.nu.*10. *Mar-
cilius & Cujac. hic in not.& ad d.tit. Vlpian.*19.*Gloss.
hic in verbo, cedendo. Emanuel. Mendez in repetitione
l.cùm oportet.*6.*C.de bon. quæ liber.part.* 2 *num.* 119.
Lara in l.si quis à liberis. 5.*§.parens.num.* 70.*ff. de ag-
noscend & alend liber. Felician de Solis in tract.de cen-
sib.libr.* 2 *cap* 4.*num* 4. *Petrus Augustin. Morla in em-
porio jur. part.*1.*tit.*6 *de servitutib.quæst.*1 *n.*15.*Mar-
tinus Menter à Cuona causar.civ.regni Aragon. de-
cisione* 46.*nu.*9.*cum multis seqq.Gomez. tom.*2.*var.
resolut.c.*15.*de servitutib.num.*17.*Donell lib.*10. *Com-
mentar.de jur. civ.cap* 19.*pag.*536.*Andreas Gerhardi
Exercitation.Iustin. decad.*5.*quæst.*7.*Timaus Faber d.
disp.*15.*ad Institut.Imperial.th.*14.*Hunnius lib.* 2. *var.
resol.jur.civ.tract.*2.*q.*32 *p.*467.*Bercholt.hic n.*10. *&
Herg.n.*13. Alii autem existimant, propter cessionem ex-
traneo factam usumfructum non amitti. *Gloss. in d.l.
arboribus.*12.*§.usufructuarius.*2 *ff.hoc tit. Barbosa in
l.usufructu.*57. *num.*4.*ff solut.matrim. Pinelus in l.* 1.
*part.*3.*num* 39.*in fin,C.de bon.mater. Broncherst. cent.*
1 *ἐναντιοφανῶν.assert.*91.*in fin.edit.*2.*Wesenbec.in pa-
ratit.ff.quib mod usufruct.amitt.numer.* 5. *Antonius
Matth.& Giphanius in hoc § in verb.nam cedendo ex-
traneo, &c. Olemannus ad lib.* 2. *Disput juris civil.
Giphanii Disput.*10.*num.*33.*Ioan. del Castillo Sotoma-
yor in tract.de usufruct.cap.*69.*num.*22. *aliiq; per eum
relati.* Et horum sententia videtur probabilior. *Tum* 40
quia hic apertè ait Imper. cedendo extraneo nihil agi.
Quæ phrasis, *nihil agi*, idem valet, quod *nullius esse
momenti*; non valere, quod agitur; & nulli inde vel
lucrum, vel damnum accidere. *l.sed & si.*25. *§ quæstio.*
3.*& §§ seqq.ff.hoc tit.l.*2 *ff de pignorat.action l.si mu-
lier.*21 *§ si metu.*4 *ff.quod metus causa, &c.* Ideoque
verba ista magno cum mysterio per Iustinianum sunt
adjecta, ut iis declaret, talem cessionem nullam pror-
sus & inutilem reddi, nec usufructûs extinctionem
aut amissionem inducere. *Tum* quia Iustinianus hoc
loco opponit sibi invicem cessionem factam domino,
& eam, quæ facta est extraneo. Ast illâ finitur usus-
fructus, & cum proprietate consolidatur. Igitur hâc
non finitur: sed fructuarius manet, qui fuit. *Tum* quia 41
iniquum est, ut dominus locupletetur cum alterius
jacturâ ex alieno facto. *l.nam hoc natura.*14. *ff. de con-
dict.indeb.l.jure natura.* 206. *ff.de reg.jur.c locupleta-
ri.*48.*eod t. in* 6. aut ut quispiam, cùm nullum deli-
ctum, nullaque vis in cessione insit, eo facto jus suum a-
mittat, *arg.l.penult.C.si mancipium ita fuerit alienat,
& c.& c. non præstat.* 52. *de reg.jur. in* 6. Tum quia 42
jure cautum est: ut, si jus cessum vel translatum in ali-
quem, ad cessionarium transire, vel aliquâ ex causa ei
acquiri non potest; penes ipsum cedentem, vel trans fe-
rentem remanere debeat, l.*nec utilem.* 20. *in fin. ibiq;
in verb.ablatum.ff.ex quibus caus.maiores,&c.l. cùm
quis* 38.*§.*1.*ubi Bartol. & Castrens.ff.de solut.* Tum 43
denique quia pœna privationis non habet locum, nisi
in casib.jure expressis. *Novell.*2.*c.*3.*vers.sicut enim,&c*

l.*& si*

l.& ſi quis.14.§.divus.14.ff.de religioſ.& ſumpt.fu-
ner.Ioan.de Garronib.in l.1.n.89.C.de ſecund.nupt.Ri-
min.in l precib.8.n.143.C. de impuber & aliis ſubſtit.
Cravetta de antiquitat.tempor.4 par.n.18. Eman. So-
arez.in theſaur.recept.ſent.lit.P.n. 126, qui plures ci-
tant. Arqui nuſquam in jure definitum eſt, quòd u-
ſufructuarius ob ceſſionem extraneo factam uſufructu
ſit privandus: cùm potiùs eo caſu Ius civile iſtud ceſſi-
onis factum annullare, minimè verò conſolidationem
inducere intenderit, *ut ex præſenti § evidenter conſtat.*
44 Neque his refragatur *prædicta l.ſi uſusfructus.66.ff.*
de jure dot. ubi dicitur, uſumfructum extraneo ceſſum
non ad eum tranſire, ſed reverti ad dominum proprie-
tatis. *Nam* Pomponius ibi non inquit, uſumfructum
ad proprietatem reverti ſtatim; ſed utitur potius verbo
reverſurum, quod eſt futuri temporis: ut intelliga-
mus, eam reverſionem non contingere ſtatim ceſſio-
ne factâ, ſed ſuo tempore, id eſt, cùm uſusfructus
morte cedentis, aliòve modo legitimo fuerit extin-
ctus, ut disertè indicat ipſe Iureconſultus *in fine dicta l.*
66. ubi ait, ipſum jus remanere penes maritum fructu-
arium: *quemadmodum rectè hic animadvertit* Gipha-
45 *nius, & Ritterskuſius pag.197.* Ac quamvis D. Hunni-
us, *loco ſuprà notato*, hanc reſponſionem eo præcipuè
nomine carpat, quod in merâ conjectura conſiſtat:
quia tamen ea tum ex rationibus ſuperiùs adductis,
tum *ex illa ipſa l.66.* abundè relucet; ac præterea i-
pſius Hunnii ſolutiones, quibus noſtras rationes elu-
dere conatur, divinationem manifeſtam ſapiunt: iſti
noſtræ, tanquam omnium convenientiſſimæ reſpon-
46 ſioni, omninò adhærendum erit. Neque verò novum
eſt, ut verba alicujus legis, primâ facie ſuboſcuræ, de-
clarentur ex aliis, magis ex profeſſo de materia pro-
poſitâ agentibus, *arg l. Divi fratres.17. in fine princi-*
pii.ibi, plenius tractaremus.ff.de jure Patronat.l.unic.
ibi. leges legibus concordare promptum eſt. C. de inoffi-
cioſis dotibus & c. cùm expediat, 29. in princip. de elect.
in 6 Pinel.in d.l.1.part.3. num.39.in fin.C.de bon. ma-
tern. Porrò de intellectu *d.l. ſi uſusfructus. 66.ff.de ju-*
re dot. videantur quoque Bachovius *hic num. 6. pag.*
337. & Quirinus Kubach. *cent. 3. quæſtion.illuſtr. Poli-*
tico juridicar.decur.6.quæſt.1.pag.778.& ſeq. nec non
Locamer *quæſtionum jurid.faſcic. 23. quæſt. 8. circa*
finem.
47 Quintò amittitur uſusfructus conſolidatione, ſi pro-
prietatem rei uſufructuarius acquiſierit, *per hunc §.no-*
ſtrum. Non enim in perſona ejus, qui & uſumfructum
& proprietatem habet, jus ſervitutis manere poteſt,
quo minùs à potentiori cauſa victum abſorbeatur ac
pereat: & ſolidum id propriè eſt, à quo uſusfructus
non eſt. *l.ſi tibi.17.l.ſi ſervus.27. ff. quibus mod. uſuſ-*
fruct.amitt.l.à liberto 35.ff.de bon. libertor. l. Sempro-
nius. 26.§ penult.ff.de uſufr.legat.Barthol. hic num.
11.& Heigius num.17.& 18. Eaque res etiam confu-
ſio appellatur: quia hoc modo uſusfructus cum pro-
prietate confunditur. *l.ſi fructuarius.4 ff.uſufructuar.*
quemadmodum caveat.& l. 1. ff. quemadm ſervitut.
amittuntur.Sotomayor d.tract.de uſufru.cap 71. num.
48 7. Verùntamen illiusmodi conſolidatio jus accreſcen-
di apud eos, qui in uſufructu conjuncti ſunt, non im-
pedit: ut, ſi mihi & tibi uſusfructus ſit legatus, &
proprietas ad alterutrum perveniat: jus accreſcen-
di non ceſſat. *l.1 ff.de uſufr.accreſc.* Sic ſi mihi propri-
tas fundi; tibi autem & Titio & mihi uſusfructus le-
getur: habebo ego proprietatem & tertiam partem
fruitionis; tu & Titius uterque tertiam. Hic licet mea
tertia pars cum proprietate conſolidata ſit; per hoc ta-
men jus accreſcendi non impeditur: proindeque ſi alter
ex vobis partem ſuam amittat; mihi & tertio ea pars
accreſcit. Idque adeò verum eſt; ut, etiamſi proprieta-
tem alienavero, jus accreſcendi mihi duret. *l. idem*
Neratius.3 §.non ſolùm l.ſi tibi.4.& ll.ſeqq.ff.de uſu-
fruct.accreſcend.Mynſing.hic num.9.
Sextò & poſtremò finitur uſusfructus totius rei in- 49
teritu, & mutatione, *hoc § noſtro. verſ. eo amplius, &c.*
l repeti.5.§ 2.& 3.l.quid tamen.10.ff.quibus mod.uſuſ-
fruct.amitt. Cujus ratio eſt perſpicua: quia uſusfru-
ctus eſt jus in corpore quo ſublato, & ipſum tolli ne-
ceſſe eſt, *auctore Celſo in l.2 ff hoc tit.& dictum ſuprà*
initio hujus tituli. Mutatio autem hoc loco non quæ- 50
vis, ſed ea intelligitur, cùm forma & ſpecies rei ſub-
ſtantialis, ſive ex qua res ſubſiſtebat, & nomen ſuum
habebat, mutata eſt: veluti ſi ex agro ſtagnum, ex ſta-
gno exſiccato ager, ex vinea pratum, aut ex prato vinea
facta fuerit: vel ſi, ædium uſufructu legato, ſuperfici-
es corruerit. His, & ſimilibus modis uſumfructum
interire placet. *d.l.5. §.penult. & ll.ſeqq. uſque ad l.ſi*
fructuarius. 13. ff. quibus modis uſusfructus amitt.
Connanus lib.4. Commentar. juris civil cap. 6. num.
7.& ſeqq Donell.lib.10 Commentar. de jure civil. cap.
18 pag 532. Et hoc uſque adeò procedit; ut quamvis
poſt rei mutationem pleræque partes, quæ erant ex e-
odem corpore, ſuperſint: tamen earum uſumfructum
extinctum eſſe, non dubitetur. Exemplo erunt inter a- 51
lia multa, domus, quadriga, grex, pecora fructuari. Do-
mûs ſeu ædium uſufructu relicto, ſi ſuperficies exuſta
ſit, aut ſuo vitio corruerit; adeò perit uſusfructus, ut
nec areæ, nec cæmentorum uſusfructus debeatur, *hoc*
§.noſtro.in fine.d. l.repeti 5 § pen ff.quib. mod. uſuſfr.
amitt. etiamſi domus exuſta ſive collapſa reſtituta fue-
rit. *d.l.quid tamen.10.§.pen.ff.eod.Ioan.Garſ in tract.*
de expenſ & meliorat.cap.11 num 19.Cephal.conſil.20.
nu.16.& ſeqq.lib.1. Petrus Surd. conſ.155.num. 5. cum
ſeqq.lib.2 & hos referens Ioannes del Caſtillo Sotomay-
or in d.tract. de uſufruct.c.72.num.6. Sic quadrigæ u- 52
ſufructu legato, ſi unus ex equis deceſſerit: uſumfru-
ctum interire certum eſt, ut nec ſuperſit in reſiduis:
quoniam quadriga eſſe deſiit. *d.l quid tamen. 10.§ ult.*
ff.quibus mod.uſusfruct amitt. Similiter uſufructu gre- 53
gis relicto, ſi ad eum numerum is redactus ſit, ut grex
non intelligatur ampliùs: extinguitur totius ejus cor-
poris: proindeque etiam capitum adhuc ſuperſtitum
uſusfructus, *reſpondente Pomponio in l.ult.ff eod.* Tunc 54
autem grex non intelligitur, cum ad novem vel pauci-
ores oves pervenit. Decem enim ut minimũ oves gre-
gem faciunt. *l.ult.in princip.ff.de abigeis.* Eadem ratio- 55
ne pecorum uſufructu legato, ſi hæc moriantur, adeò
perimitur uſusfructus, ut nec carnis, nec corii etiam u-
ſusfructus ſuperſit. *l.penul ff quibus modis uſusfructus*
amitt. Donell d.lib 10.c.18.p.533 & Connanus.d.lib 4.
cap.6.n.10.

Præ-

56 Prædictis non obstat *l. Paulus.29.§.domus. 2. ff. de pignorib. & l. domo. 21.ff.de pigneraticiâ act.* ubi tesponsum est, si ædes pignori suppositæ comburantur, vel corruant, nihilominus aream adhuc pignori subjectam manere. *Hac* namque pignoris est natura, ut non solùm rem totam & universam; sed quamlibet etiam ejus partem, per se consideratam, pignoris nexu afficiat. Atque hinc fit, ut re mutatâ, nihilominus partes, quæ supersunt, pignori subjectæ maneant. Et hæc solutio apparet ex verbis *dictæ l.Paulus.29 §. domus.ibi, jus soli superficiem secutam, &c. ff. de pignoribus.* Quæ verba perspicuè arguunt, ædibus pignori suppositis, aream etiam & solum, tanquam partem per se consideratam, pignori suppositum esse. In usufructu autem aliter res se habet. Etenim ususfructus alicujus rei constitutus, censetur in ea tota & universa, non verò in singulis partibus per se consideratis constitutus esse, *arg. d.l.repeti.5.§.2. ff. quibus modu ususfructus, amitt. & l. qui usumfructum. 36. in princip. ff. hoc tit.* Indeque fit, ut re mutatâ ususfructus penitus extinguatur: adeò, ut ne in partibus quidem quæ supersunt, salvus remaneat. *Deinde* (ut planiùs res cognoscatur) idcirco exusta aut diruta domo, remanet jus & obligatio pignoris in areâ: quia domus fuit pignori data, & quoad ædificium, & quoad superficiem, & quoad solum, & quoad aream: ideoque eûm remaneat area, & pignoris obligatio remanet. Vtile quippe est creditori, saltem habere pignus in areâ, id est, in parte domûs, si non potest habere in toto ædificio. At verò ususfructus reputatur concessus ratione ædificii & superficiei, ut scilicet inhabitaretur, & sic propter usum habitationis: proindeque domo destructâ, non durat ususfructus in areâ: quoniam non durat ille usus, ad quem fuit concessa domus: cùm domus diruta vel combusta ampliùs inhabitari non possit; *uti pulchrè tradidit Ricciardius in hoc § nostro. num. 38. vers. ulterius ego respenderem, &c. quem retulit & sequutus est Ioan del Castillo in tract. de usufruct. cap. 72 num.23.* Adde Timæum Fabrum *d. disputat. 15. ad Institut. Imperial th.15.*

57 Præterea non obstat *l. si grege legato. 22. ff. de legat. 1.* ibi cùm, grege legato, maneat legatum, nec extinguatur, etiamsi ad eam paucitatem numerus gregis redactus sit, ut grex non sit ampliùs: dicendum videbatur, gregis quoque usufructu legato, non perire usumfructum, tametsi ad duo vel tria capita grex pervenerit. *Nam respondetur*: quæstionem illic propositam fuisse de legato proprietatis, quod non extinguitur, etiamsi res legata mutata fuerit: quia nihilominùs in partib. quæ supersunt, legatum subsistit. Aliud est dicendum, si ususfructus rei sit legatus. Eum enim rei mutatione extingui, nec in partibus quæ supersunt, subsistere, ex suprà traditis constat. Ratio differentiæ in promptu est: quoniam faciliùs legatum ususfructus, quam proprietatis extinguitur: ne scilicet proprietas, ab usufructu per longi temporis spacium separata, nimis diu inutilis maneat, *contrà §. 1. vers. ne tamen in universum supr. hoc t. & l. omnium. 3 §. 2. ff. eod. Bachovius hic num.7. pag. 338. Huc referri debent, quæ dicuntur in § si grex.18. num.2 & seqq. infr. de legat.*

58 Cùm modò expositum sit, interitu totius rei, ejusque mutatione usumfructum amitti: non inscitè quæri poterit, utrùm usufructuarius eo nomine, quòd rem fructuariam deteriorem fecit, usumfructum amittat; an verò ad interesse tantùm eùm eo agi queat? 59
Et receptissima omnium ferè sententia est: usufructuarium non utentem & fruentem arbitrio boni viri, vel rem fructuariam deteriorantem, expelli posse per proprietarium, adeòque jus ususfructûs amittere, *prout docuerunt Baldus consil. 290. volum. 2. Guilielm. de Cun. Paulus Castrensis num.3 & Iason. num. 4. in auth. qui rem. C. de sacrosanct. Ecclesiis. Anton. Galent. Malvasia consil. 38 num 17 & 18 vol. 2. Tiraquell. de retractu conventionali. §. 3 gloss. 1 num 22. Molineus in consuet. Parisiensib. tit. 1. § 1 gloss 1. nu 31. Pinelius in l. 1. C de bon. matern. part. 2 num 60 Menochius de arbitrar. jud. libr. 2 cent. 1. cas. 78. Albanus consil. 15. nu. 6. Cephal. consil. 653. num. 4. lib. 5. Ioseph. Ludovicus decis. Perusin. 22 num. 5. & 6. Cravett. consil. 306. num. 2. libr. 2. Iacob. Mandellus de Albâ consil. 55. numer. 6. lib. 1. Ioannes Botta consil. 46. num. 33. Ioannes Hanibal. num. 168. & Gutierrez. num. 182. in repetitione l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1 pluresq. alii, quos laudat & comprobat Ioannes del Castillo d. tract. de usufruct. cap. 21. num. 9. & seqq.* Atque ab illorum doctrinâ non recedit, quamvis de eâ dubitet, Wesenbecius *in paratit. ff quibus modis ususfruct. amitt. in fine.* Verùm enim verò etsi communis opinio in praxi & judicando ut plurimùm palmam reportare soleat, *argum. l. 1. in princip. ibi, sanè crebrior, &c. ff. de offic. quæstor. l. 4 in princ. ibi, & generaliter omnes opinantur. ff. de his, qui notant. infam. l. quæsitum. 12. § sed si fundus. 27. vers. quam sententiam quotidiè increscere & invalescere videmus. ff. de instructo, vel instrum. legat.* contrariam tamen conferendi causa, defendique potest, usufructuarium in re fructuariâ malè versantem jus suum non perdere, sed ad interesse duntaxat teneri. Pœna etenim privationis, de quâ in præsenti themate agitur, locum non obtinet; nisi lex eam expressè statuerit. *l. etsi quis. 14. §. divus. ff. de religios. & sumpt. funer. Novell. 2 c 3. vers. sicut enim, &c. & jam superius ostensum num. 43.* Sed in jure nullibi expressum est, usufructuarium malè versantem in re fructuariâ, usufructu privandum esse. Adhæc & Imp Iustinianus *in hoc §. nostro*, & Iurisconsulti *in tot. tit. ff. quibus mod. ususfruct. amitt.* laboriosè omnes modos, quibus ususfructus amittitur, commemorant; & tamen nullo verbo indicant, usumfructum propter deteriorationem à fructuario factam amitti. Quod argumento est haud exiguo, deteriorationem non esse modum, quo ususfructus perimitur. Nam si ea ad amittendum usumfructum sufficeret: non dubiè juris conditores *in allegatis locis* ejus rei mentionem injecissent. Quod cùm factum non sit, inde præsumitur, legibus constitutum non esse, quod fructuarius ob rei deteriorationem jure suo cadat, *argumento. l. item apud Labeonem. 15. §. hoc edictum. 26. ff. de injuriis.* ubi habetur: ea, quæ notabilia sunt, non censeri jure fuisse constituta, si eorum mentio prætermissa fuerit. Textus insuper est expressus *in l. 1. § utilius. 5. ff. usufructuarius quemadmod. caveat.* 60 61 62

veat. Quem textum non esse à quopiam consideratum admiratione dignum est. *Vitiliis*, inquit Ulpianus, *visum est, stipulatione de hoc caveri; ut, si quis non viri boni arbitratu utatur, committatur stipulatio statim: nec expectabimus, ut amittatur ususfructus* In hac lege perspicuè satis agitur de fructuario, qui deteriorem proprietatem fecit. Siquidem uti viri boni arbitrio dicitur, qui proprietatem salvam integramque conservat, nec eam deteriorem reddit. Et ex adverso, non utitur boni viri arbitrio, qui proprietatem deteriorem facit. *d. l. 1. §. cavere. 5. ff. eod. tit.* Iam verò adversus hunc, qui non usus est viri boni arbitratu, & sic qui deteriorem proprietatem fecit, statim ad id, quod interest, ex stipulatione agi potest: nec expectandum est, donec ususfructus amittatur, *teste Ulpiano in d. § utilius.* Apertissimè ergò præsupponit Iureconsultus, propter rei deteriorationem usumfructum non amitti.

63 Nec hanc conclusionem nostram turbat *l. item si fundi, nena. in princip. & ls si cujus. 13. §. f. uctuartus. 4 ff. hoc tit. & l. 2. ff si ususfruct pet cum similibus*: in quibus dicitur, fructuarium causam proprietatis deteriorem facere non debere, & consequenter non rectè colendo fundum, jus suum perdere. *In illis enim* præcipitur quidem usufructuario, ne deteriorem causam proprietatis faciat: nihil verò prorsus de pœnâ in malè utentem constitutâ affertur.

64 Nihil item urget, quòd conductor & emphyteuta, qui male in re conductâ & emphyteuticâ versantur, jure suo priventur, & expelli possint. *l. quaro. 54. §. 1. ad fin ff locati l. ade. 3 C. eod. Novell. 120. cap. 8. & Aut. qui rem. C. de sacrosanct Eccles.* & fusius ostensum *in §. adeò. 3 infrà de locat. & conduct numer. 397. & seq.* Nam quod in conductore & emphyteuta expressè sancitum est: id ad usufructuarium nulla consequentiâ produci potest: cùm faciliùs conductorem & emphyteutam, quàm usufructuarium expelli posse, manifestò liqueat *ex d l. ade. 3. C. de locato.* ubi conductore domo conducta emigrare cogitur, si dominus propriis usibus eam necessariam esse probaverit: quod tamen in usufructuario secus esse, nemo non intelligit.

65 Nihil quoque obest *l. hoc amplius. 9 § fin. ff de damno infect* ubi legimus: fructuarium, qui non reficit ædes, quarum usumfructum habet, prohiberi posse à domino proprietatis, nec utatur fruatur. *Quandoquidem* hoc tantùm dicit & sentit Iuriconsultus: fructuario, qui non reficit ædes, vel non cavet vicino de damno infecto, utendi, fruendi facultatem, donec reficiat, vel donec caveat, à proprietario adimi posse. Quòd autem ob refectionem cautionemve non præstitam fructuarius jure suo penitus exuatur, ut quidem Doctores communiter colligunt: id Iuriconsulto nunquam in mentem venit. Et hunc esse verissimum illius legis intellectum, ostenditur *ex d. l. 1. §. utilius. 5. ff usufructuar. quemadmodum caveat.* ubi idem Ulpianus, qui *in d. l. hoc amplius. 9 § fin. ff. de dam infect* ex mente Celsi dixit, fructuarium non reficientem uti frui prohibendum, haud obscurè respondit: eum ob deteriorationem commissam jure suo non privari. Ne igitur Ulpianus, sui immemor, contraria respondisse videatur; sine ullâ hæsitatione statuendum est, verba ejus *in d. l. hoc amplius.* non esse hanc in sententiam accipienda, quasi fructuarius ob neglectam refectionem jure suo omnino privetur: sed potiùs, quòd interim, donec non reficit, ab utendo fruendo repellatur. Qui Iurisconsulti sensus apertiùs adhuc comprobatur *ex l. quamvis. 10. proximè seq. ff. de dam. infect.* in cujus legis casu usufructuarius vicino suo, damnum ab ædibus ruinosis metuenti, damni infecti, quod jure facere tenebatur, non cavit. Quare proprietarius eo nomine repromittere vicino coactus fuit: & tamen Iurisconsultus in ea specie usufructuarium ob negligentiam, id non cavendo commissam, non protsùs jure suo privari, sed eò usque fructuum perceptionem ei denegandam esse scribit, donec proprietario vicissim caveat. Idem ergo jus in fructuario non reficiente statuendum. Etenim Iurisconsultus *in d l. hoc amplius. §. ult* in fructuarium non reficientem, & non caventem, eandem pœnam constitutam esse asserit: quòd nimirùm utrque uti frui prohibeatur à domino proprietatis. Manifestissimum itaque inde evadit; prohibitionem, de quâ ibi agit Iureconsultus, non esse de perpetuâ prohibitione accipiendam. Quam quidem interpretationem confirmat etiam Paulus *in l. si proprietarius. 22. ff. de dam infect.* dum ait, si proprietarius, fructuario non cavente, de damno infecto repromisit, & aliquid ratione cautionis expositæ præstitit, non esse fructuario permittendum uti frui, nisi contulerit. Præterea quòd Iureconsultus *in sæpe allegata l. hoc amplius. 9. §. fin. ff. eodem.* non agat de perpetuâ usufructûs privatione, hinc perspicuum fit: quòd Iurisconsultus illic dicit, fructuarium non caventem damni infecti, pati missionem in possessionem ædium ruinosarum; &, si missio hæc facta fuerit, eum, cui cavendum fuit, fructuarium uti frui prohibitum. Iam in continenti, & eodem orationis contextu subjungit: eum quoque, qui non reficit, à domino uti frui prohibendum. Certum autem est, illam prohibitionem non esse perpetuam, sed tanquam temporariam ad id usque temporis durare, donec vicino damnum metuenti cautio oblata fuerit, *arg. l. si finita. 15. §. item videamus. 31. ff. de dam. infect.* Igitur & verba ista (*à domino uti frui prohibendum*) in præcitatâ *l. hoc amplius. 9 § fin ff. eod.* posita de temporali quadam prohibitione, non verò de perpetuâ privatione exaudiri debent: quòd videlicet usufructuarius, qui non refecit, eò usque à fructibus percipiendis removeatur, donec refectionem præstiterit. Regula namque juris est: unum 66
& idem verbum eodem orationis contextu positum, in eadem significatione accipiendum esse. *l jam hoc jure. 4 ff de vulg. & pupill subst. & l. quamvis. 4. C. de impuber. & aliis subst.* Denique cùm in dubio 67
mitior interpretatio capienda sit, præsertim in pœnalibus *l. benigniùs 18. cum l. seq. ff. de legib. l. si præses. 32. & l. penult. ff. de pœn. l. semper in obscuris. 9. l semper in dubiis. 56. l factum. 155. §. in pœnalib. & l. ea, quæ. 192 §. 1. ff de reg. jur. & c. in pœnis. 49. eod. t. in 6.* haud reor, quempiam fore, qui interpretationem hanc, ceu mitiorem & firmioribus rationibus fulfultam, sit reprobaturus. Quapropter sententiâ nostrâ stabilita, & contrariis argumentis profligatis, con-

concludendum est: fructuarium ob deteriorationem proprietatis factam ad id, qvod interest, saltem teneri, nec usufructu privari. Et ne hæc conclusio omni Interpretum, qvi nobiscum sentiant, auctoritate destituta videatur: eam suis calculis corroborant *Angelus in §. fin. numer. 3. sup. tit. proximo, Matthaeus de Afflict. in capit. 1. §. licèt. numer. 14. si de feudo defuncti contentio sit, &c. tit. 26. libr. 2. feud. Ruinus in l. fructus. 7. (vulgò l. divortio.) § si fundum. 12. numer. 2. ff. soluto matrimon. Berojus consil. 54. numer. 19. libr. 3. Chassan. in consuetud. Burgund. rubr 4. §. 6. in gloss final. numer 18. & Riminald. consil. 94. numer. 36. libr. 1. quos omnes citat, non verè approbat, Ioannes del Castill. d. tract. de usufruct. cap. 21. num. 4.* Atqve eandem conclusionem publicè defendisse memini. D. D. Halbritterum, Collegam meum & Compatrem venerandum *in Disputat. de usufruct. de anno 1593. th. 4. Respondentis partes sustinente Dn. Friderico Doggero, Consiliario Wirttembergico.*

§. *Finalis.*

Cùm autem finitus fuerit totus ususfructus: revertitur scilicèt ad proprietatem; & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

SUMMARIA.

1. *Proprietati nudæ opponitur plena.*
2. *Proprietas & dominium an idem sint.*
3. *Discrimen inter proprietatem ac dominium.*
4. *Quatenus ususfructus finitus redeat ad proprietatem.*
5. *Ususfructus multis modis pro parte finitur.*
6. *Si pluribus unius rei ususfructus sit relictus in solidum; uno mortuo, juri accrescendi datur locus.*

1 PRoprietati nudæ, id est, vacuæ abusu & utilitate seu commodo rei, opponitur plena *in l. si, extraneo. 46. ff. hoc tit. & in l 2. ff. qvibus mod. ususfruct. amitt.* hoc est; qvâ qvis ita rei est dominus, ut ejusdem etiam rei emolumentum & commodum percipiat, vel (*ut Iustinianus hic ipse loquitur*) plenam in re potesta-
2 tem habeat. Cæterùm proprietatem ac dominium idem esse, existimant nonnulli, iique maximi nominis Interpretes, *Bartolus & Ioannes de Platea in l. locorum. 11. C. de omni agro desert. Baldus in l. proprietatis. 4. C. de probationibus. Panormitanus in cap. 1. de causa possess. & proprietat. notabili. 2. Pinelus in l. 1. C. de bon. matern. part. 2. numer. 6. Alexander Raudensis. de analogis libr. 1. cap. 7. num. 2 Duarenus libr. 1. Disputat. anniversar. cap. 17. circa fin. Gregorius Lopez libr. 1. animadvers. jur. civil. cap. 26. Cujacius libr. 10. observat. cap. 16. & ad l. naturaliter. 12. §. nihil commune. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Qvod licèt interdum verum sit, negarique minimè possit. *l. si procurator. 13. & l. cùm in corpus. 36. ff. de acq. rer. dom. l. 1. §. 2 ff. uti possidet. l 1. §. 1. ff. ad senatuscons. Silan. l & an eadē 14. § fin. ff. de except. rei jud. l. si quis conductionis. 25. C. de locato & cond. & tactum in princip. tit sup. de rer divis numer. 47.* haud tamen 3
perpetuum est. Proprietas siquidem propriè est jus, quo res ipsa perfectè mea est, non ratione juris alicujus, in re illa constituti: dominium verò esse potest non tantum rei, sed etiam juris, in re istâ constituti. Unde rectè dicitur, ususfructûs esse dominium aliquod; non item, ususfructûs esse proprietatem, *l. qui usumfructum. 3. in fine, & l. uti frui. 5 ff. si ususfruct. petet. l. si. ita legatus. 16. §. 1. ff. de usu & habitat. dict l. proprietatis. 4. C. de probationib.* Et eleganter docuit, *post Ioannem Robertum libr. 3 sentent. cap 18* D. Vultejus *in §. 1. suprà hoc tit. numer 3.* Et eâdem de re varias & diversas opiniones cumulavit Ioannes del Castillo Sotomayor *in tract. de usufruct. cap. 75.*

Porrò qvando Iustinianus hoc loco ait: usumfru- 4
ctum reverti ad proprietatem, cùm finitus fuerit totus: eo non innuit, quòd ususfructus, si pro parte amittatur, nunqvam redeat ad proprietatem; sed potiùs, quòd non redeat semper. Non enim redit tunc, cùm plures in eundem usumfructum sunt conjuncti, & unus suum usumfructum amittit, ut mox dicetur. Ast ubi unus est tantùm fructuarius, aut plures non conjuncti: sive totus amissus est ususfructus, sive pars solummodò. quicquid inde amissum est, ad proprietatem redit. Multis qvippe modis pro parte usumfructum 5
finiri & amitti posse, non dubium est: veluti, si quis fundo pro parte divisa aut indivisa usus non sit: si pars fundi certis regionibus à flumine novo alveo occupata sit: si in parte areæ fructuariæ ædificium positum: si partem ususfructûs extraneo usufructuarius cesserit: & si qvæ sunt similia. Nam excepta capitis minutione, vel morte, reliqvas causas vel pro parte interitum ususfructus recipere convenit. *l. excepta. 14 & l. placet. 25. ff quib. mod. ususfruct. amitt.* Etsi igitur pluribus ejusdem rei ususfructus sit constitutus: si tamen inter eos non sit jus accrescendi, uno partem suam amittente, pars ad proprietarium redit, non ad alterum, cui ejusdem rei ususfructus constitutus est. *l. 2. ff. de usufruct. accresc. l si sub conditione. 16. ff. quibus mod. ususfruct. amitt.* Quid autem, si duobus unius rei ususfru- 6
ctus relictus sit in solidum, & alter ex duobus illis usufructuariis post annos aliqvot moriatur? Hoc casu pars ususfructus illius demortui non continuò ad proprietatem revertitur: sed alteri usufructuario, adhuc superstiti, accrescit: ita ut, mortuo suo collega, superstes ille non jam ampliùs partem ususfructûs, sed totum usumfructum habeat; qvo & ipso mortuo, ususfructus ad proprietatem redeat. *l 1. & passim. ff. de usufru. accresc.* Et hoc est, qvod Imperator hic cautè dicit: toto usufructu finito, reverti eum ad proprietatem *Verum de usufructu accrescendo latè & ingeniosè disserit, more suo, Donellus lib. 10. Commentar. de jur. civ. c. 23. per totum.*

DE
USU, ET HABITATIONE,
TITVLVS V.

Principium.

Iisdem illis modis, qvibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet: iisdemque illis modis finitur: qvibus & uſusfructus deſinit.

SVMMARIA.

1. *Continuatio tituli ad ſuperiorem.*
2. *Vſus vocabulum quibus modis ſumatur.*
3. *Vſus definitur*
4. *Aliud eſt uti: aliud frui.*
5. *Uti quid ſit.*
6. *Frui quid ſit.*
7. *Officio judicis continetur, quemadmodum quis uti debeat.*
8. *Vt fructuarius; ita & uſuarius cogitur ſatisdare, ſe uſurum re boni viri arbitratu.*
9. *Vſusfructus & uſus in quibus conveniunt.*
10. *In quibus differant, remiſſivè.*

1 PRiore ſpecie ſervitutis perſonalis accuratè explica-
ta, videlicet *uſufructu*: poſteriores duæ, *uſus* ſcili-
cet, & *habitatio*, rectè ſeqvuntur. Vſus vocabulum
æqvivocum eſt, & genericum, variisqve ſumitur mo-
2 dis. Primò enim accipitur pro actu ſive commoditate
utendi. *l. ſi alij 42. & ibi gloſ. ff. de uſufruct. Anton. V-
ſill. in § aquæ. 2 numer. 20. infr. de actionib. Iaſon. in l.
ſtipulationes non dividuntur. 72. numer. 30. & ibidem
Zaſius num. 13 ff. de verb. obligat.* Secundò pro uſu-
fructu qvandoqve ſumitur. *Novell. 2. in præfat. § 1. & c.
1. proſpeximus. & Novell. 118 cap. 2. verſ ſi verò. ibiq;
gloſ Cravett conſil 352* Tertiò pro eo capitur, qvod
qvis pro ſuo uſu habet, vel ſui uſus cauſa paratum eſt. *l.
cùm in teſtamento. 28. ff. de auro & argento legat* Qvar-
tò pro eo, qvod dicitur communis uſus loqvendi *l. li-
brorum. 52. §. quod tamen Caſſius 4. ff. de legat 3* Qvin-
tò & ultimò, pro jure ſervitutis ſeu pro jure ad uten-
dum uſurpatur, *ut hoc tit & ff. eod. Petrus Ricciardius
ad rubric. tit. ſup. de uſufruct. num 133 huncq; citans Io-
annes del Caſtillo Sotomayor in tract. de uſufruct. c. 28.
nu. 9 Ludovic. Molina tom. 1. de juſtit & jur. tract. 2.
3 diſp. 5. n. 2.* In hoc poſteriore ſignificatu uſus (qvi &
uſus nudus dicitur, *hic & l. 1. ff. eod* & χρῆσις *in l ſi ha-
bitatio. 10. § 1 ff. eod.*) non inſulſe definitur jus utendi
rebus alienis, pro neceſſitate, ſalva rerum ſubſtantia, *arg
l. plenum. 12. §. 1. & ſeqq. ff. hoc tit. Auſon. Popma lib. 4.
4 de different. verb in verbo, uſus.* Verbo *utendi* ſepara-
tur & diſtingvitur uſus ab uſufructu. Aliud ſiqvidem
eſt uti, aliud frui: aliud uſus, aliud uſusfructus *l. 2. l.
ſi habitatio. 10. §. ſi uſus. 4. l. per ſervum. 14. §. 1. &
ſeqq. ff. eod.* Vti eſt tantùm commoditatis ex re ali- 5
qvâ capere, qvantum utenti duntaxat ad qvotidia-
num ejus uſum ſufficit. *dict l. plenum. 12 §. 1. ff. hoc. tit.
§ 1. infr. eod.* Qvæ tamen commoditas interdum tan-
ta eſt, ut nihil fructuum nomine proprietario relin-
qvatur. *l fundi. 15 in princ. ff. hoc tit. D. Bocer. hic nu-
mer. 3. & 4.* Frui verò eſt tantum capere commo- 6
dorum, qvantumcunqve ex re aliqvâ percipi poteſt.
d § 1 infr. hoc tit. ubi id explicabitur latius. Cæte- 7
rùm cùm non rarò dubitetur: qvid, qvantumcunqve
rei cujusdam uſu comprehendatur: officio judicis,
qvemadmodum qvis uti debeat, continetur: ne ali-
ter, qvàm debet, utatur. *l. penult. in fine. ff. hoc tit.* At-
qve ipſe judex neceſſe habet ejuscemodi ambiguita-
tem dirimere ex his, qvæ legibus, aut conſtitutio-
nibus, aut moribus prodita ſunt, *initio tit. infr. de
offic. judic. Auth. jubemus. in fin. C. de judiciis. D. Bo-
cer. hic num. 6. & 7.* Addo in definitione: *ſalva re-* 8
rum ſubſtantia: qvia ut fructuarius; ſic & uſuarius
cogitur ſatisdare, ſe uſurum re boni viri arbitratu, ita
ut illam non reddat deteriorem, neqve immutet, *l.
huic ſtipulationi 5. §. 1 ff. uſufructuar. quemadm. ca-
veat. l fundi. 15. in fin. ff. hoc tit. Wegner. Diſputat. 5.
ad Inſtitut. th. 8. Lit. b. Mynſinger hic in Rubric. numer.
4.* Et ſanè uſusfructus & uſus in nonnullis ſimiles 9
ſunt & conveniunt. I. Qvòd uterqve eſt ſervitus per-
ſonæ. *l. 1. ff de ſervitutibus.* II. Qvòd iiſdem modis &
conſtituuntur, & finiuntur, *ut hic & l. 1. §. 1. ff. eodem.
l. 3. in fine. ff. de uſufruct.* Conſtituitur ergo uſus te-
ſtamento, & contractu, ſive pactionibus & ſtipulati-
onibus. *§. 1. ſuprà tit. proximo*: finitur autem morte,
capitis deminutione, non rectè utendo, ceſſio-
ne, conſolidatione, & rei interitu, *ut benè hic ad-
vertit Franciſc. Hotomanus enunciat. 1. Antonius Pi-
chardus numer. 2.* Atqve hinc eſt, qvòd in Digeſt. eſt
communis titul. *Qvibus modis uſusfructus, vel u-
ſus amittitur.* Et iſtos amittendi uſusfructûs, uſus-
qve modos latè explanavimus *in §. finitur 3. ſupr.
tit. præcedente.* III. Qvòd in rebus iiſdem, tàm im-
mobilibus, qvàm mobilibus conſtituuntur. *§. 2.
ſuprà tit. proxim. §. 1. & ſequentibus. hoc noſtro tit.
& tot. tit. ff. eod.* IV. Qvod qvemadmodum uſus-
fructus; ita qvoqve uſus propriè & impropriè con-
ſtituitur, *ſecundum gloſ. in l. 1. ff hoc. tit.* Propriè in re-
bus, qvæ uſu non conſumuntur: impropriè in re-
bus, qvæ ipſo uſu conſumuntur, *ut ſuprà in d. §. 2. de*

usufructu dictum est. V. Quòd sicuti fructuatius; ita etiam usuarius cavere debet de utendo arbitrio boni viri, & tantundem restituendo, si usus rei, quæ usu conteritur, sit constitutus. *d.l. huic stipulatione. 5. §. 1. ff usufructuar. quemadm. caveat. Schneidevvin. hic*
10 *num.1.& 7.* Tametsi dissentiat Giphanius *ad §. 1. inf. hoc tit.* Porrò in quibus differat & discernatur usus ab usufructu, mox *in explicatione dict. §. 2.* audituri sumus.

§. Minus autem. 1. cum trib. §§§. seqqq.

§. 1. Minus autem juris est in usu, quàm in usufructu. Nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, & lignis ad usum quotidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque, domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut gratis concedere potest: cùm is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.

§. 2. Item is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantùm inhabitet, nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat: & cum uxore, liberisque suis, item libertis; nec non personis aliis liberis, quibus non minùs, quàm servis utitur, habitãdi jus habeat. Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.

§. 3. Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantùm opera atq; ministerio ejus uti potest: ad alium verò nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.

§. 4. Sed & si pecorum, vel ovium usus legatus sit: neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrũ suũ pecoribus uti potest.

S. VMMARIA.

1. *In usufructu plus juris est: in usu minus.*
2. *Vsus sine fructu, fructus autem sine usu esse non potest.*
3. *Sensus l per servum. 14. ff. hoc tit.*
4. *Cui usufructus est legatus, ei & usus quoad effectum concessus intelligitur.*
5. *Explicatur l si usus 42. ff. de usufruct. & Connani interpretatio repudiatur*
6. *Vsufructuarius perceptionem fructuum alii quovis titulo concedere potest. usuarius non item: hujusq; ratio*
7. *Quo casu usuario idem, quod fructuario, liceat*
8. *Fructuarius fundum ipse potest colere. usuarius nequaquam.*
9. *Fructuarius ædes alteri locare potest, & quoslibet ad se recipere: usuarius non æque*
10. *Mulier, nudum ædium usum habens, maritum ad se recipere non prohibetur*
11. *Vsuario meretricem sive concubinam in ædes recipere non permittitur.*
12. *Quod contra bonos mores est: facere non possumus.*
13. *Nullum incommodum majus jactura existimationis.*
14. *Proprietarius invito usuario partibus domus sine sumptu vacantibus uti nequit.*
15. *Vsum servorum vel jumentorum habens, eorum operas alii locare non potest*
16. *Pecora usumfructum sive usum habenti quid liceat.*
17. *Voluntates ultimæ non strictè interpretandæ.*
18. *Vsusfructus pro parte constitui potest: non item usus: & utriusque ratio.*
19. *Vsufructuarius moriens fructus perceptos transmittit ad heredes: usufructuarius non transmittit.*

ETsi usui & usuifructui multa inter se sint communia, *ut suprà ad principium hujus tituli expositum:* sunt tamen etiam non pauca, quibus inter sese differant. Primùm enim in usufructu plus est juris: in usu est minùs, *ut hic in §. 1* Proindeque usufructuarius omnẽ omninò rei fructum & commoditatem percipit, non modò ad usum & necessitatem, sed etiam ad compendium sive lucrum & voluptatem. *l usufruct. 7. in princ. & § quoniam. 2. l. item si fundi 9 l. si cujus. 13 §. inde est quæsitum. 5 ff. de usufruct. & dictum suprà in pricip. num. 14. & §. 2. num. 33. & 37. tit. proximo.* usuarius autem nullum fructum, sicque non omnem rei utilitatem percipit; sed exiguam, sive tantulam, quæ ipsi sit satis ad usum vitæ quotidianum, *ut hic in § 1. & l plenum. 12. §. 1 ff. hoc tit.* Siquidem, *teste Vlpiano*, usui fructus deest. *l per servum. 14. §. usufructus. 1. ff. eod.* Fructum 2 namque pro subjecta materia hic vocamus utilitatem, quæ post usum, quem ad necessitatem percepimus, redundat. Hinc ergo fit, ut usus quidem sine fructu; fructus autem sine usu esse non possit. *dict. §. usufructus.* Non enim potest lucrum & emolumentum ex eo percipi, priusqvàm fuerit necessitati satisfactum. Idcoqve semper usus rei fructum præcedit. Nec his 3 contrarium est, ut prima facie videtur, quod *in l. huic stipulationi. 5. § 2 ff. usufructuar. quemad. cav.* & in fine *dicta l. per servum. 14. ff. eod. tit* Idem Vlpianus subjicit: posse apud alium esse usum, apud alium fructum sine usu. *Nam* illud sic accipiendum est; ut usus quidem, quatenus est servitus per se considerata, & separatam habens naturam, non sit cum vsufructu conjunctus; non autem, ut effectu usuifructui non insit. Etenim qui frui potest: eum multo magis uti posse, certum est: & tamen quòd utitur, id non jure usus, sed ususfructus facit. Potest igitur & vsusfructus sine vsu legati, id est, vt vsus formaliter vsuifructui non insit: sed non ut, effectu considerato, ab vsufructu removeatur: qvòd sensit Iurisconsultus *in d. l. 14. §. usufructus ff. eod.* cùm inqvit: *si tibi fructus, deducto usu, legatus sit: inutile esse legatum.* Vt inde appareat, vsum non qvidem formaliter, sed ipso effectu saltem vsufructui inesse, ut ab eodem separari non possit. Vnde intelligi potest, qvod *in eadem l. 14. §. 2.* Ulpianus ex Pomponio refert: *Si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solũ fructũ habiturũ.* Cui proinde vsusfructus est legatus, ei utiqve & vsus qvoad effectũ concessus intelligitur. Ea enim ratione vsum inesse fructui, non 4 dubium.

dubium eſt. Itaque ſi mihi uſusfructus, ubi uſus legatus fuerit ejusdem fundi; ego, perpenſo effectu, non fructum tantùm, ſed & uſum habeo: tibi autem uſus duntaxat competit, & mihi ſoli etiam fructus: quandoquidem in uſu ſolummodò concurrimus. Huic conſequens eſt, me jure uſusfructus, quem habeo, poſſe tecum eodem tempore ad quotidianum uſum uti; neque te mihi in uſu rei ſic anteponendum eſſe, ut poſt te demum uti cogar. Id quod Pomponius & Vlpianus *in dict. leg. 14. §. 2. ff. hoc titulo.* apertè ſignificarunt, cùm reſponderunt: eum, cui uſusfructus legatus eſt, in uſu rei cum eo, qui uſum habet, concurrere. Nullus quippè eſt eorum concurſus in uſu, ſi alter poſt alterum uti compellitur. Sed & illud jure cautum reperitur: eum, cui totum eſt legatum, cum eo, cui ejuſdem rei pars legata eſt, ita concurrere, ut partem ei ſimul auferat. *l. ſi alij fundum. 10. ff. de uſu & uſufructu legat. l. ſi tibi decem. 6. ff. de uſufructu earum rerum quæ uſu conſumunt. Vide Bachovium in ſuis notis ad Treutlerum*
5 *volum. 1. diſput. 16. th. 8. liter. B. pag. 637.* Huic porrò, quod jam de concurſu fructuarii & uſuarii dictum eſt, averſari videtur *l. ſi alij uſus. 42. in principio ff. de uſufructu.* ubi Florentinus; *Si alii, ait, uſus, alij fructus ejusdem rei legetur: id percipiet fructuarius, quod uſuario ſupererit: nec minus & ipſe, fruendi cauſa & uſum habebit.* Franciſcus Connanus *libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 5. num. 2.* hoc reſponſum locum habere putat, ubi poſt uſum à teſtatore uni legatum, heres ejuſdem fundi uſumfructum alii legavit. Tum enim quia non potuit heres auferre vel diminuere priori legatario uſum, quem teſtator dedit; in primis uſuarius aſſumet, quod ſibi neceſſe eſt: & quod ſupererit, uſufructuarius habebit. Dictam verò *legem 14 §. 2. ff. hoc titulo.* idem Connanus eo de caſu exaudit, ubi unus idemque teſtator uni uſumfructum fundi, alii uſum legavit. Verùm hanc interpretationem neutiquam admittendam judico. Nam primò textus *dict. l. 42. ff. de uſufructu.* ſimpliciter & generaliter ſtatuit, ſi alii uſus, alii fructus ejuſdem rei legatus fuerit, uſuarium priùs percepturum. Non igitur fuerat à Connano ad eam ſpeciem reſtringendus, quâ ab alio uſus, ab alio uſusfructus relictus erat. Deinde ne ad quidem ſuſtineri poterit; legatarium, cui heres, poſt uſum à teſtatore alii relictum, legavit uſumfructum, uſus ratione cum uſuario non concurrere. Si enim fundi reditus utriuſque neceſſitati ſufficere poteſt: quid vetat, quo minùs heres, idemque proprietarius alium conjungere cum primo uſuario queat? Aliter ergò reſpondendum arbitror: nimirum illa dictæ *leg. ſi alii. 42. ff dict. titulo* verba *(id percipiet fructuarius, quod uſuario ſupererit)* hanc habere ſententiam: quòd fructuarius poſt uſum ab altero legatario perceptum, quod ſupererit percipiat; ita tamen, ut uſum nonminus habeat, hoc eſt; ut, quod ad uſum attinet, eodem tempore, quo uſuarius, uti poſſit. Florentinus igitur inibi hoc dicere voluit: ſi quæratur, ad quem pertineat, quod poſt uſum relinquitur: affirmandum, ad fructuarium illud pertinere. Haud tamen negat, fructuarium eodem tempore uti poſſe, ſicque in uſu cum uſuario concurrere. *Videantur eâ de re Th. Marcilius hic pag. 258 cum ſeq. D. Beſold. in delibat. jur. ex lib. 6. Pandect. num. 4. pag. 520. cum ſeq. & Ioannes del Caſtillo Sotomayor in tract. de uſufruct. cap. 28. num. 13. & ſeq.*

Secundò, uſufructuarius jus ſuum ſeu perceptio- 6
nem fructuum *(quæ commoditas vulgò indigitatur)* alii vendere, locare, donare ſive gratis concedere, etiam invito proprietario, poteſt. *l. arboribus. 12. §. uſufructuarius 2 ff. de uſufructu. & ſimilibus ſuprà allegatis ad §. 1. num 16. cum ſeqq. & § conſtituitur. 2. num. 52. titul. proximè præcedenti.* uſuarius non item, *ut hic in fine. § primi. l. ſed neque locabunt. 8. in princip. l. inque eo. 11. & dict. l. plenum. 12. § ult. verſ. operas. ff. hoc titulo.* Cujus diverſitatis ratio eſt: quòd fructus omnem rei utilitatem contineat: uſus verò strictâ perſonæ neceſſitate æſtimetur; *id quod latius hic Weſenbecius explicat.* Si autem liceret cedere uſum: mutatione perſonarum conditio domini gravaretur. Non enim omnibus idem utendi modus, eadem temperantia vel abſtinentia. *Feppius Æzema libr. 1. diſſertat. 12, eumq; referens Hilliger. in Donello
enucleat. lib. 10. cap 24 ſub lit. c.* Si tamen uſus rei le- 7
gatus vanus & inutilis futurus eſſet: tunc uſuario idem, quod fructuario licebit: veluti ſi uſus ſylvæ legatus ſit: tum & fructus ſylvæ legatus videtur: quia niſi legatarius poſſet ſylvam cædere & vendere: nihil ex eo legato habiturus eſſet. *l. divus. 22, in princip ff. eodem. Antonius Quetta. conſil. 5. num. 21. Bachovius hic nu. 2. pag. 340.* Sic ſi teſtator alicui uſum equitii legaverit, quem ſciebat aurigam eſſe: legatarius equos, ut ſuos, locare poterit. *d. l. plenum. 12. §. equitii ff. hoc tit. Donell. lib. 10. Commentar. de jure civ. cap. 24. pag. 549.*

Tertiò, fructuarius fundum ipſe arare & colere 8
poteſt. *. uſufructu. 7. §. ult. ibi, quia nec arare, &c. ff. de uſufructu.* uſuarius nequaquam: neque etiam dominum, ejusvè familiam, agriculturæ gratiâ in fundo verſantem, prohibere poteſt. *dict. l. inque eo. 11. & l. fundi 15. §. 1. ff. hoc tit. & hoc in §. 1. ibique Mynſing. num. 5. & Schneidevv. num. 10. Adde Bachov. hic ad § 2. ubi Tribonian. adverſ. calumnias Hotom rectè defendit.*

Quartò, fructuarius non ſolum in ædibus habitare; 9
ſed etiam quolibet ad ſe recipere, ædesque alteri locare poteſt. *dict. l. arboribus 12. §. uſufructuar. 2. ff de uſufructu.* Vſuarius verò, ædium uſum habens, duntaxat cum uxore, familia & libertis, ſervisque domino uti, & aliquando hoſpitem quoque & inquilinum recipere poteſt: dummodò ipſemet uſuarius in domo uſuaria habitet, alioſque ad ſe recipiat. *§. idem is, qui ædium 2. hoc tit. l. 2. §. 1 l cæterùm. 4. & aliquos legib. ſeqq ff. eodem.* Ideoque & mulier, ſi nudum ædium 10
uſum habeat, poſteaque nubat; maritum ad ſe recipere non prohibetur: propterea quòd impedimentum contractis nuptiis afferri non debet: idque procedit, quoties ad ſecunda vota tranſit. *d. l. 4 § mulieri. 1.
ff. eodem.* Eum verò meretricem aut concubinam in 11
ædes recipere uſuario non permittitur, *arg. l. non alter. 7.*

12 *ter.7 ff.eod.tit.* Tum quia quod contra bonos mores est, & pietatem, existimationem & verecundiam nostram lædit: facere non posse, credendum non est. *l. filius 15 ff.de condit. & demonstrat. & l.nepos.125.in*
13 *fin.ff.de verb.signif.* Tum quia nullum majus est incommodum, quàm jactura dignitatis & existimationis. *l.avus 79.§.1 ff de jure dot l.isti 8.§. quod si dederit. ff quod met caus.l.just 9.ff.de manumis.vind.* cùm tamen usus commodum & utilitatem usuario adferre debeat, *arg.§ 1.hoc tit. Donell.d libr. 10. Commentar.*
14 *cap 25.pag.351.* At quid, si tam spacioſę domûs usus sit constitutus mediocri homini, ut is totius domûs usum occupare non possit, sed portiuncula quadam contentus esse queat; num proprietarius invito usuario uti poterit iis partibus, quæ vacant? Et non posse, placuit? cùm alias, atque aliis temporibus totâ domo usuarius uti valeat. *d.l.divus 22.§.1.ff.eo d D.Bocerus. class.5.disput 9 thes 77.edit.2 & in hoc tit.nu.12. fusius Donell.loco modo designato.*
15 Quintò, cui usus servorum, vel jumentorum, ut equorum, &c. relictus est, is tantùm ministerio servorum cum familia sua uti; non autem operas servorū, vel usum equorum alii pro prętio diurno locare potest. *§ item is, ad quem 3. hoc tit. d.l.plenum.12.§ si usus 5. & ll seqq ff.eod.* Secus est in fructuatio, *praalleg. l. arborib.12.§.2 ff.de usufr* Sanè si usuarius tam pauper & inops est, ut cum uno bove, cujus ei usus legatus est, fundum suum arare nequeat; nec alium emere prę inopia possit: cum vicino suo, cui etiam unus bos est, pacisci non vetatur, ut invicem boves commodent, *arg. d.l.divus 22.ff.h.tit.l.si gratuitam 17.(vulgò est l. si rem) §.si cùm unum.3 ff de præscript. verb Mynsing. in d.§ item is qui adium hoc tit. nu 3.*
16 Sextò, ad fructuarium, cui pecoris ususfructus est relictus, pleno jure omnes fructus pertinent, tam fœtus, quàm lac, pilus & lana *§.in pecudum 37.sup.de rer. divis.* Usuarius verò, qui pecoris nedum habet usum, bobus & equis utetur ad arandum, & extera, quibus apti sunt: sin oves sint, agrum eum eis stercorabit: lanâ autem & fœtu non utetur. *§ sed & si pecorum, 4. h.*
17 *tit.* Tametsi modico lacte uti non prohibeatur: quippè non tam strictè sint interpretandæ voluntates defunctorum. *d.l.plenum.12.§.sed si pecoris.2.ff.eod l.in testamentis.12.ff de reg.iur.* Eaq; omnia explanatius enodat Donell *d.lib.10 cap.25.pag.353.*
18 Septimò, ususfructus pro parte constitui potest, cùm sit dividuus *l.ususfr.5 ff.de usufr.l.1.§.si ususfr.9.ff ad leg.Falc.* Ast usus pro parte constitui nequit; quia est individuus: sicut est individua necessitas & indigentia personæ. *l.usus part 19 ibiq; Dd.hoc tit. Conn in l 4. Comment.juris civ cap.5.nu.11. Heig. hic nu.12 cum seq. & Schneidevv.nu.16.* Verùm de dividuitate ususfructûs non uno modo variantes consulantur *Govea nus ad d.l.1.§ 9.num.1 ff ad l.Falcid Hotoman.illustr. quest.20. Pet.Grangian.Paradox.cap.7. M.Lycklama lib.3 Membranar.eclogâ 12. Cujac.lib.5.ad African. ad l.17.de usu & habit. Eguin.Baro. lib 2 de divid. & indivd.oblig.cap.3. Vacen.lib 5.declarat.73.nu.9. Gomez. tom.2.resolut.cap.10 num.18. Parlador lib.1.rer. quotid.cap.6.§.1. & hos citans Osvvaldus Hilliger.in Donell.enucleat.lib.10.cap.24.ad lit A.* Eâque de re aliquid notavimus suprà *ad princip.tituli.de usufructu. num.10.*

Octavò, usufructuarius moriens fructus perceptos & collectos transmittit ad heredes: & debentur prætetea fructus heredi fructuarii pro rata temporis ejus anni, quo ususfructus constitit. *l. utifrui.5. §.si post litem.4.ff.si ususfructus petet.l generali.32. § penult. ff. de usu, & usufr. legat.* Usuarius autem non transmittit: sed quicquid superest fructuum, sive perceptorum, sive percipiendorum, id redit ad dominum proprietatis; *ut, post Connan.d cap.5. docet ad princip. hujus tituli Vultejus nu.7.* 19

§. Sed si cui habitatio.5.

Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quanquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem secundùm Marcelli sententiam, nostrâ decisione promulgata, permisimus non solùm in ea degere, sed etiam aliis locare.

SUMMARIA.

1 *Habitatio quid sit.*
2 *Res sua nemini servit.*
3 *Habitator, ad instar fructuarii & usuarii, satisdare tenetur, se usurum domo, arbitrio boni viri.*
4 *Intellectus l.penult.ff.de capite minut.*
5 *Quatenus habitatio desinatur adificium.*
6 *Nomen habitationis ambiguum.*
7 *Hotomanus, habitationem definiens locum, refutatur.*
8 *Ingens inter locum, sive domum ipsam, & inter loci sive domûs usumfructum vel usum dissimilitudo.*
9 *Habitatio in quibus cum usufructu & usu conveniat.*
10 *An habitationis facultas, alicui donatione concessa, morte donatoris finiatur.*
11 *Conciliatio l. Aquilius 27. cum l. Lucius 32. ff. de donationib.*
12 *Donatio remuneratoria solutionis loco censetur: & permutationis vicem repræsentat.*
13 *Habitatio in quibus differat ab usufructu, & usu.*
14 *In quo habitatio singulariter conveniat cum usufructu.*
15 *Habitatio capitis deminutione & non utendo haud amittitur: hujusq; ratio.*
16 *Effectu idem penè est legatum usûs & habitationis.*
17 *Aliud est, domum legare ad habitandum: & aliud, legare habitationem: & aliud, legare facultatem habitandi.*
18 *Domo dirutâ, ac deinde readificatâ, an jus habitationis durata duret.*

HOc loci de tertio jure sive servitute personali, *habitatione* videlicet, agitur. Hanc quamvis alii aliter definiant, *ut apparet à traditis à Ioanne del Castil. Sotomayor in tract. de usufr. cap 28.nu.19.* attamen illa definitio mihi comprimis probatur, quâ habitatio est jus habitandi in ædibus alienis, salva earundem substantiâ. Habitationem esse jus, manifestò liquet *ex hoc §. ibi, proprium aliquod jus. & l. cum antiquitas.13. ibi, jus proprium. C. de usufr. & habitat.* & esse jus habitan- 1 2

bitandi in ædibus alienis, inde constat; quòd res sua nemini serviat. *l. uti frui. 5. in princ. ff. si ususfr. petet. l. in re communi. 26. ff. de servit pred. urban.* Sed & non ineptè additur ista clausula: *salvâ earundem substan*
3 *tiâ.* Quia habitator quoq; ad instar fructuarii & usuarii, cogitur satisdare, se usurum domo, arbitrio boni viri: ita ut eam neq; deteriorem reddat, neq; mutet, & sartam tectam habeat, atq; reficiat. *l. 5. & l. huic stipulationi. 5. §. 1. ff. usufructuar. quemad. caveat. Mynsing. hic num. 1. & 6 item q. Schneidevv. nu. 1. & 2. & Arnold. de Reyger. in thesauro jur. lit. S. num. 230.* Nec ei, quod dicitur, habitationem *jus* esse, obstat *l. penult ff. de capite minutis.* ubi expressum est, legatum habita
4 tionis in facto potiùs, quàm in jure consistere. Factum autem juri contrarium est. Nam *eâ in lege* Modestinus Iurisconsultus non asserit, legatum habitationis omnino factum esse; sed dicit, potiùs facti esse, vel in facto potiùs consistere. Quasi dicat: videtur magis esse facti; cùm tamen nihilominus sit jus, sicq; servi
5 tus personalis Neq; movet, quòd *in l. Seja. 20. §. Gajo. 2. vers. at si habitationis ff. de instruct. & instrum legat.* habitatio definitur ædificium. *Quia* quando habitatio ædificium dicitur: tunc respectus fit ad ædificium vel subjectum, hoc est, domum ipsam, in qua habitationis servitus, ut jus in corpore, tanquam adjunctum constituitur & hæret. interim tamen, suâ naturâ per se consideratâ, habitatio meritò jus definitur, *docente Conrado Olemanne in notis ad li. 2. Disputation.*
6 *jur. civ. Giphan. Disput. 10. nu. 36.* Itaq; notandum est: ambiguum esse nomen habitationis, & interdum pro ædificio usurpari, *ut d. l. 20 §. 2. ff de instruct. & instrum. leg. l. si merces. 25. §. 1. ff. locati. l. lex Cornelia. 5 § domum. 2. ff. de injur.* aliàs autem accipi pro servitute sive jure habitandi, *ut hoc §. & l. si habitatio 10. l. plenum. 12. §. 1. ff. h. tit. d. l. cùm antiquitas 13. C. de usufr. sive in sermone de servitutibus, tradente Marcilio hic*
7 *in fine.* Atq; ita Hotomani traditio corruit, qui *lib. 3. observ. cap. 23.* malè opinatur, habitationem non rectè jus, sed locum sive domum ipsam definiri. Tum quia locus jus dici propriè non potest: tum quia locus ille, cui hoc jus cohæret, est proprietarii; habitatio verò habitatoris: tum quia habitatio morte habitatoris finitur; locus non item. *l. habitatio. 11. C. de usufr. & habit.* tum denique, quia inter veteres juris conditores côntentio fuit, utrum habitatio usuifructui, vel nudo usui
8 similis esset. *d. l. cùm antiquitas. 13. C. d. tit.* Quæ sanè dubitatio ociosa fuisset, & indigna iuris auctoribus, si habitatio propriè esset locus sive domus ipsa: quippe cùm tanta dissimilitudo & discrepantia sit inter locum sive domum ipsam, & loci sive domûs usumfructum vel usum, ut eam etiam illiteratus facilè intelligere possit, *ut benè tradidit D. Collega Bocer. hic nu. 5. cum*
9 *seqq. & class 5. Disput. 9 thes. 89. edit. 2.* Porrò habitatio usuifructui & usui similis est, primùm in eo: quòd quemadmodum ususfructus & usus constituuntur inter vivos pactionib. & stipulationibus, & in testamento, aliave ultimâ voluntate. *§. 1. supr. tit. proximè præcedente:* ita habitatio iisdem illis modis constituatur, *ut hic initio, ibiq; gloss. in verb. aliquo modo. & Dd. communiter.* Deinde quo ad cautionem de utendo, arbitrio boni viri, *præd. l. 1. & 5. §. 1. ff. de usufructuar. quemad. caveat. Schneidevvin. hic nu. 6.* Tertiò, quòd habitatio non transeat ad heredes, sicut nec usus vel ususfructus. *l. si habitatio. 10 in princip. vers. ad heredem. ff. hoc titul. l ambiguitatem. 12. in fine. Cod. de usufruct. & habitat.*

Non ineleganter hic quæritur: an habitationis facultas, alicui donatione concessa, morte donatoris finiatur? Et sanè, abundè clarescit *ex l. Lucius 32. ff. de donationib.* ubi respondetur, quòd mortuo eo, qui gratuitam habitationem domûs vel cœnaculi alicui concessit aut donavit, possint heredes donatoris, donatarium à concessa habitatione prohibere. Idq; adeò procedit, ut etiamsi in donatione adjectum sit, ut donatarius, quamdiu vellet, domo vel hospitio uteretur; tamen nihilominus donatoris heredes illum mortuo donatore, illū prohibere, quia clausula illa, *quamdiu vellet*, eatenus accipienda est, quamdiu donatarius vellet vivo donatore, aut eo mortuo, quamdiu permitterent heredes donatoris. Cui non adversatur *l. Aquil. 27. ff. d. tit.* ex qua perspicitur, quòd si donator, qui 11
concessit alicui gratis habitationem alicujus domus, mortuus sit, heredes ejus nōpossint, mortuo donatore, donatarium habitatione prohibere. *Nam* lex illa loquitur de donatione *remuneratoriâ*, quæ largiùs & benignius interpretanda est, quàm mera, absoluta, & simplex seu propria donatio, *de qua in d. l. Lucius.* Ideoq; cùm *in d. l. Aquil.* præceptori discipulus habitationem remunerationis loco donavit; quia eum eloquentiâ & diligentiâ suâ meliorem & doctiorem reddiderat: rectè deciditur, hanc donationem ad heredes etiam donatoris transire, neq; posse heredes donatoris prohibere. quo minùs donatarius, quoad vixerit, donatione fruatur. Hæc enim remuneratoria donatio 12
potiùs solutionis, quàm donationis loco censetur, *arg. l. si pro parte. 10. §. si domini 7 ff. de in rem vers.* imò permutationis vicem isthæc donatio repræsentat. *l. sed & si lege 25. § consuluit. 11 in fin. ff. de petit. hered.* Itaq; cùm a mera & propriâ donatione longissimè distet; etiam ad heredes donatoris transmittitur, *ut post Iacobum Cujac. lib. 17. observ. cap. 33. & lib. 21. cap 55.* tradit Everhardus. Bronchorst. *cent 2. Miscellan. controvers. assert. 35.* Unde si per statutum donatio prohibeatur, remuneratoria prohibita non intelligitur. Nam inter maritum & uxorem, item patrem ac filium donatio prohibetur de jure: & tamen remuneratoria inter eos permissa est, *ex decis. Rota Romanæ, 421. part. 1. Iacobi Putei,* quem refert D. Matta *tom. 3 Digestorum novissimor. tit. Donatio cap. 1. fol. 17. Eaq; de re enodatius dicetur in §. alia. 2. inf. de donat. nu. 28. & multis subseqq.*

Cæterùm habitatio ab usufructu & usu differt, quòd 13
usus & ususfructus non solùm ædium; sed cæterarum etiam rerum constituatur: habitatio nisi ædiū nulla dici possit: *secund. gloss. in d. l. cùm antiquitas. 13. in verb. usufruct. C de usufruct. & habit. & Mynsing. hic num. 5.* Dein ususfructus locari, vendi & donari potest. *l. arborib. 12. §. usufructuar. 2. l. non utitur. 38. & ll. seqq. ff. de usufr.* usus neq; locari, neq; vendi, neq; donari potest. *l. sed neq; locabunt. 8. l. in q; eo. 11. & l. plenum.*

num. 12. §. equitij. 4. ff. de usu & habit. Habitatio medium tenens, locari potest, non item donari d. l. si habitatio. 10. ff. eod. & d. l. cùm antiquitas. 13. C. de usufr. & habit. Ratio hujus differentiæ hæc esse videtur: quia hæc jura, ususfructus, usus & habitatio ad usum alicui conceduntur. Is autem, qui locat, utitur; non verò, qui donat, nisi minùs propriè d. l. non utitur. 38. in fin. & l. seq ff. eod. Giphan. hic in vers. quanquam habitationem &c. Habitatio igitur eum usufructu singulariter convenit: quòd, sicuti fructuarius commoditatem percipiendorum fructuum alteri locare potest. l. arborib. 12. §. usufructuar. 2. ff. de usufr. ita & habens habitationem eam alteri locare queat, ut hic & d. l. cùm antiquitas. 13. C. eod. tit. Idq; paulò copiosius explicat hic D. Bocer. nu 8. & seqq. Rursus ab usufructu & usu discrepat: quod ususfructus & usus variis modis finiantur, de quibus dictum in §. finitur. 3 sup. de
14
15 usufr. & initio hujus tit. nu. 1. habitatio verò capitis deminutione & non utendo, nequaquam amittatur. d. l. si habitatio. 10. in fine princip ff. hoc tit. Ratio, cur habitatio hisce duobus modis, capitis deminutione & non utendo, haud tollatur, hæc reddi solet: quia plurimum facti continet. prafatâ l. pen. ff. de cap. minut. At quæ facti sunt, illis modis non pereunt. d. l. penult. ff. eod. & l 2 ff. de oper. servor. Connan. lib. 4 Comment. jur. civ. cap. 5. nu. 5. Giphan. hic. & Vultej. nu. 3. qui tamen de hac diversitatis ratione, ut & Cujacianâ, dubitat: ejusq; rei nullam rationem esse aliam existimat, nisi quòd Romanis ita in habitatione placuerit Sed eum novissimè reprehendit Wegner. Disput. 1. ad Instit. th. 8. lit. c. Plane eum usu habitatio magis videtur convenire, quàm cum usufructu: proindeq; effectu idem penè est legatum usus & habitationis: quoniam
16 is, cui habitatio relicta est, easdem personas recipere potest, quas & usuarius. d. l. si habitatio. 10. in princ. ff. h. tit. Differt tamen ab usu: quòd in habitatione paulò plus juris est quàm in usu. Is enim, qui habitandi jus obtinet, eam locare alii potest; ut hic: qui usum habet, eum locare non potest. d. l. inq; eo. 11. in fin. ff. eod. & jam supr. dictum, nu. 10. Præterea usus plus continet, quàm habitatio: eum hæc jus duntaxat habitandi, ille verò & habitandi jus & alimenta necessaria complectatur d. l. plenum. 12. §. 1 ff. d tit l. leg 6 ff. de aliment. vel cibar legat. Vide Petr. Francisc. Liuglois. decis. 5. quæst. 2. nu. 8. & seqq pag. 55. & Locamer. quæstion. jurid. fasc. 24. quæst. 5.

Illud pro colophone hic addendum: aliud esse, domum legare ad habitandum; & aliud, legare habitationem: & aliud, legare facultatem habitandi. Primo
17 uamq; casu, si domus fuerit legata ad habitandum, plena proprietas legata intelligitur. Altero casu, si habitatio relicta fuerit; servitus & jus habitandi relictum censetur: & consequenter utroq; isto casu juri locandi indubitanter locus erit, d. l. cùm antiquitas. 13. C. de usufr. & habit. Tertiò deniq; casu, si commoditas sive facultas solummodò habitandi legata fuerit; ea alteri cedi, vel locari nequit: quandoquidem in facto; non in jure consistit. Atq; ita resolvit Francisc. Mantica in tract. de conjecturis ultimar. volunt lib. 9. tit 4. nu. 9. eumq; novè referens Ioann. del Castillo Sotomayor d. tract d. usufr. cap 18. nu. 25. & seq. Sed & illud hoc loco attexendum domo casu fortuito dirutâ, ac postea refectâ & reædificatâ, jus habitationis donatæ minimè durare, sed omninò extinctum manere, arg l. repet. 18
5. §. rei mutat. ff quib. mod. usufr. amitt. l. servitutes. 20 §. si sublatum. ff de servit urb. præd. l. qui usumfr. 36 in princ ff. de usufr. l. quid tamen. 10. §. 1. ff. quib modis usufr. amitt. l. si ita legatum. 65. § fin. ff. de legat. 1. eleganter Annæus Robert. li 4. rer. judicatar. cap 8 Et huc referenda sunt, quæ annotavimus in §. finitur 3. suprà tit. proximo nu. 19 & aliquot seqq.

§. Hæc de servitutib. 6. & ult.

Hæc de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hereditatibus autem, & obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res adquiruntur: modò videamus, quibus modis legitimo & civili jure adquiruntur.

SUMMARIA.

1 *Admonitio de ratione ordinis.*
2 *Cur servitutes non statim sequantur etiam cæteræ res incorporales, puta hereditas & obligatio.*

IN hoc §. admonitione quædam de ratione ordini continetur. Nam absoluto tractatu de servitutibus deque modis acquirendi dominium, ex jure naturali sive gentium descendentibus, transit Iustinianus Imp. 1
ad modos acquirendi dominii jure civili inventos atque introductos, de quibus agetur in titulis proximè subseqq. Cur autem servitutes tam reales, quàm personales, de quibus jam abundè dictum, non statim sequantur etiam cæteræ res incorporales, suprà in §. 2. tit. de reb corporalib & incorporalib. enumeratæ, nimirum hereditas & obligatio, ratio hæc esse videtur: 2
quia cùm hæ duæ res explicationem requirant prolixiorem, commodius visum est Imperatori, iis modos acquirendi dominii civiles præmittere, ne isti à modis naturalibus seu juris gentium nimis longo intervallo dirimerentur, tradente hic Rittershusio.

DE

DE VSVCAPIONIBVS, ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS

TITULUS VI.

Principium Tituli.

Iure civili conſtitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cùm crederet, eum dominum eſſe, rem emerit, vel ex donatione, aliavè quavis juſta cauſa acceperit: is eam rem, ſi mobilis erat, anno ubique uno: ſi immobilis, biennio tantùm in Italico ſolo uſucaperet: nec rerum dominia in incerto eſſent. Et cùm hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis ſufficere ad inquirendas res ſuas præfata tempora: nobis melior ſententia reſedit, ne domini maturiùs ſuis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus, quâ cautum eſt, ut res quidem mobiles, per triennium: immobiles verò per longi temporis poſſeſſionem (id eſt, inter præſentes decennio, inter abſentes viginti annis) uſucapiantur: & his modis non ſolùm in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ noſtro Imperio gubernatur, dominia rerum, juſta cauſa poſſeſſionis præcedente, adquirantur.

SVMMARIA.

1 *Connexio hujus tituli cum ſuperioribus.*
2 *Quot ſint civiles acquirendi dominii modi.*
3 *Vſucapio unde ſic dicta.*
4 *Vſucapere quid.*
5 *Pignus unde derivetur.*
6 *Vſucapionis definitio, ejusq; explicatio.*
7 *Non facile ad emendationis auxilium confugiendum.*
8 *An per uſucapionem plenum & perfectum dominium acquiratur*
9 *A propria verbi ſignificatione quando recedendum.*
10 *Vſucapionis finis quis ſit: & num. 41.*
11 *Communio excitare ſolet diſcordias.*
12 *Vſucapio inter modos acquirendi dominii directi refertur.*
13 *Alienatio quid ſit.*
14 *Rei vindicatio cui detur.*
15 *Ius duorum in ſolidum eſſe nequit.*
16 *Iura vigilantibus ſunt ſcripta.*
17 *Verus intellectus l. ſi duo patroni. 13. §. 1. ff. de jurejurand.*
18 *Conſideratio l. 1. §. ult. ff. de aqua, & aqua pluv. arcend.*
19 *Actio utilis quomodo accipiatur.*
20 *Exceptio eſt actionis excluſio.*
21 *Qui rem bona fide præſcripſit, eam vindicare poteſt.*
22 *Nihil intereſt, ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.*
23 *Dominium aſcribitur juri gentium.*
24 *Reipublicæ & Principibus obtemperandum.*
25 *Facilior eſt cauſa tranſlationis, quàm peremptionis.*
26 *Poſſeſſio in uſucapione continua requiritur.*
27 *Interruptio quare appelletur uſurpatio.*
28 *Ad uſucapionem extinguitur tempus legitim: & num. 129.*
29 *Recenſentur argumenta, uſucapionis materiam impugnantia.*
30 *Dominium non niſi ex una cauſa nobis contingere poteſt.*
31 *Quod meum eſt, ampliùs meum fieri nequit.*
32 *Definitio quatenus omnia ſubſtantialia rei definitæ complecti debeat.*
33 *Ad uſucapionem neceſſarius titulus & bona fides.*
34 *Verbum poſſeſſionis cum effectu accipiendum.*
35 *Mens & ſententia l. nec utilem 20. ff. ex quib. cauſis majores, &c.*
36 *Expoſitio l. ſi finitia. 15. §. ſi de vectigalib. 26. ff. de dam. infect.*
37 *Miſſus in poſſeſſionem an & quatenus poſſideat.*
38 *Declaratio l. præſcriptio. 45. ff. de uſurpat. & uſucap.*
39 *Intellectus l. ſi quisquam 7. ff. de divers. temp. præſcript.*
40 *Quod meum eſt, ſine facto meo in alium transferri.*
41 *Vſucapionis finis quis.*
42 *Nemo locupletari debet cum alterius damno & injuriâ*
43 *Vtilitas publica privatæ ſemper præferenda.*
44 *Ius eſt ars boni & æqui.*
45 *Conjunctio ad ſui veritatem utrumq; requirit.*
46 *Damnum, quod quis ſua culpa ſentit, ſentire non intelligitur.*
47 *Indignus eſt privilegio dominii, qui eo abutitur.*
48 *Otioſi & improbi pœna digni.*
49 *Tempus non eſt modus introducendæ vel tollendæ obligationis.*
50 *Ad id, quod expedit, improbata ratione via non aperienda.*
51 *Legis virtus & officium.*
52 *Vſucapio an & quatenus ſit improbum & iniquum præſidium.*
53 *Ecquid uſucapio ſit rerum mobilium, præſcriptio rer. immobilium.*
54 *Conſideratio l. ei, a quo 21. ff. de uſurp. & uſucap. l. qui alienam. 54. ff. de evictionib. & ſimilium.*
55 *Explicatur §. item vobis 3. & §. ex his 5. infr. per quas perſon. cuique acquirit.*
56 *Iure Pandectar. quæ fuerint inter uſucapionem & præſcriptionem differentia.*
57 *Hodie uſucapio propriè acquiſitio, præſcriptio, verò exceptio, ex uſucapione proveniens, dicitur.*
58 *Diviſio uſucapionis ſive præſcriptionis,*
59 *Quæ ſit origo & cauſa efficiens uſucapionis.*
60 *Quæ & quot ſint uſucapionis requiſita.*
61 *Bona fides ad uſucapionem neceſſaria: hujusq; ratio.*
62 *Intellectus l. & generaliter 28. ff. de noxalib. actionib.*

63 *Malæ fidei, & bonæ fidei quid.*
64 *Bonæ fidei possessor quis.*
65 *An bona fides in dubio præsumatur.*
66 *Sensus genuinus l. ult. C. unde vi.*
67 *Quatenus denunciatio emptorem constituat in mala fide præsumpta*
68 *Quatenus credendum ei, qui alterius nomine agit.*
69 *Num dubitans usucapionis cursum absolvat.*
70 *Distinctio inter dubium practicum & speculativum.*
71 *Scientia est rerum necessariarum, quæ aliter se habere nequeunt.*
72 *Opinio quid sit.*
73 *Ad objectionem responsio.*
74 *Respondetur ad aliam objectionem*
75 *Bona fides jure civili quo tempore adesse debeat.*
76 *Interpretatio l. si aliena 10 ff. de usurpat. & usucap.*
77 *Ratio differentiæ inter emptionem & alios contractus.*
78 *Rei alienæ emptio & venditio valet.*
79 *Omnes leges civiles, præscriptionem cum mala fide inducentes, per jus canon: cum sint correcta.*
80 *Utrum in præscriptione temporis immemorialis desideretur bona fides.*
81 *Sententia cap. ult. ext. de præscript.*
82 *An error juris ad usucapionem proficiat.*
83 *Qui contra juris prohibitionem mercatur, malam fidem habere præsumitur.*
84 *Præscriptio longissimi temporis sine tituli adminiculo procedit.*
85 *An & quatenus error juris nec adsistentis, nec resistentis, ad præscriptionem prosit.*
86 *Leges scire omnes tenentur.*
87 *Error juris dubii & controversi an præscriptioni afferat impedimentum.*
88 *Error facti alieni bonam fidem parit, & quare: & nu. 109.*
89 *Error facti cum juris errore mixtus, an usucapioni obsit.*
90 *Sententia l. si vir. 3. ff. pro donato.*
91 *Nunquid, præscriptione bona fide completa, præscribens rem, quam cognovit esse alienam, in foro conscientiæ vetera domina restituere tenetur.*
92 *Lex justa etiam in foro conscientiæ servanda.*
63 *Iuste quis possideat.*
94 *Lex omnium rerum domina & regina.*
95 *Alienum non est quod jure possidetur.*
96 *Factum lege divina prohibitum.*
97 *Actus quando vitietur.*
98 *Cessante causa finali, quatenus cesset effectus.*
99 *Ad usucapionem requiritur titulus.*
100 *Varia tituli significatio.*
101 *Qui tituli ad dominium transferendum idonei.*
102 *Cur usucapio sine justo titulo procedere nequeat.*
103 *Num præscriptio temporis longissimi, interventu tituli egeat.*
104 *Præscriptio temporis immemorialis an titulum exigat.*
105 *Tempus immemoriale obtinet vim privilegii, legis, & tituli legitimi quæsiti.*
106 *Utrum præscriptio immemorialis corruat, si de titulo vitioso constet*
107 *Titulus injustus malam fidem inducit.*
108 *Præsumptio debet cedere veritati.*
109 *Expositio l. agitur. 12. §. & generaliter 3. ff. de liberali caus.*
110 *An inutilis dotis stipulatio pro utili habeatur*
111 *In servitutum usucapione an titulus desideretur.*
112 *Taciturnitas & patientia in præscriptione jurium incorporalium est loco tituli: ubi, dissentientium argumenta diluuntur.*
113 *An is, qui ignorat, se titulum habere ad præscribendum necessarium recte præscribat.*
114 *Veritas ac substantia rei potius spectanda, quam opinio*
115 *Enarratio l. possessio 49. §. etsi possessio. ff. de acqu. vel amitt. possess. & l. 3. C. de acquir. & retin possess.*
116 *Ecquid sui heredes rem alienam, in hereditate paterna inventam, titulo pro herede usucapere possint.*
117 *Pro herede quis usucapere possit.*
118 *Suitas in favorem filii introducta, in odium ejus non convertenda.*
119 *Suus heres quando & qualiter possessionem consequatur.*
120 *Nativus intellectus l. 2. §. 1. ff. pro hered.*
121 *Nemo causam possessionis sibi ipsi mutare potest. & nu. 155. & 186*
122 *Sensus l. 2. C. de usucap. pro herede.*
123 *Res eadem diverso jure non censetur*
124 *Duo in solidum nec possidere, nec domini esse possunt*
125 *Usucapio sine possessione non contingit*
126 *Usucapio est dominii adjectio*
127 *Argumentum a continuatione dominii ad usucapionem non procedit*
128 *Filiusfamilias, vivente patre, quatenus bonorum paternorum dominus censeatur*
129 *Ad usucapionem requiritur tempus legitimum*
130 *Præsentes & absentes qui dicantur*
131 *Præsentia æstimatur ex domicilio, quod quis in præfectura habet*
132 *Cur absentibus detur tempus longius, quam præsentibus*
133 *Absentis in integrum restitutio quatenus concedatur*
134 *Nemini officium suum esse damnosum*
135 *Ratio temporis legitimi quomodo ineatur*
136 *Consideratio l. in omnibus 6. ff. de obligat. & act.*
137 *In actionibus realibus postremus dies cœptus pro impleto reputatur*
138 *Usucapio triennii in quibus rebus locum habeat.*
139 *Quadriennii præscriptio procedit in rebus fiscalibus*
140 *Quando quinquennio sit opus*
141 *Decennio & vicennio quæ res præscribuntur*
142 *Viginti annorum decursu actiones criminales regulariter tolluntur*
143 *Accusatio adulterii quinquennio expirat*
144 *Res feudales quanto temporis præscriptione acquirantur*
145 *Interpretatio tit. 87. lib. 2. feudor.*
146 *Ususfructus & feudum assimulantur*
147 *Argumentum à simili quando non procedat*
148 *Quando etiam res vasallo in feudum adjudicatur*
149 *Ad præscriptionem feudi quæ necessario requirantur*
150 *Lex ubi non distinguit: nec nos distinguere debemus*
151 *Dictio, per temporis consummationem significat.*
152 *Quatenus res ecclesiastica per feudi confessionem vel præscriptionem alienetur*
153 *Alienatio & præscriptio paribus ambulant passibus*
154 *Vasallus præscribens quo animo fundum possidere necesse habeat*
155 *Causam possessionis suæ mutare nemo potest*
156 *Possessio in præscriptione feudi qualis esse debeat*
157 *Possessio ac tempus defuncti prodest etiam ejus heredi*
158 *Præscriptio feudi requirit servitium vasalli*
159 *Quanto tempore quis directum feudi dominium præscribat*
160 *Quod in uno correlativorum statutum est, in altero quoque statui debet*
161 *Consideratio & intellectus l. si contra annis 28. C. de pact.*
162 *Utrum dominus triginta annorum spatio libertatem contra vasallum præscribere valeat*
163 *Res quælibet ad naturam suam facile redit*
164 *Servitutem debens urbanam, prædii sui libertatem usucapere potest*
165 *Usufructuarius quanto tempore usumfructum acquirat, & amittat*
166 *Eodem modo quodque dissolvi debet quo colligatum est*
167 *Vasallus, qui per 30 annos rem feudalem libere possedit, libertatem proprietatemque, rei suæ feudalis quatenus contra dominum præscripsisse intelligatur*
168 *An feudum, sine domini & agnatorum consensu per vasallum alienatum, à tertio bona emptore 30. annis præscribatur*
169 *Feudorum alienationes nullius temporis præscriptione confirmari possunt*
170 *Mens & interpretatio tit. 2. §. donar lib. 2. feudor.*
171 *Respondetur ad instantiam*
172 *Quatenus glossa testi. nomine standum*
173 *Conjecturis locus esse solet in dubiis & in incertis*
174 *Triginta annorum curriculo quæ actiones præscribantur*
175 *Num & quatenus annuis pensionibus præscribatur*
176 *Nulla hic inter stipulationes & legata constituenda differentia*
177 *Cum quid annuum debetur; tot sunt præscriptiones, quot anni*
178 *Non entis nulla qualitates*
179 *Si ususfructus alterius anni legetur: non amittitur hujusmodi legatum non utendo*
180 *In annuis legatis ab initio cujusque anni, competit exigendi facultas*
181 *Sententia l. cum, quis. 26. C. de usuris.*

182 Qui

182 Obligatus solvere annuum censum in certo genere monetæ vel frugum, si ultra longissimum tempus in alio moneta frugumve genere solverit, præscriptione se tueri poterit.
183 Utrùm jure luendi pignoris præscribi queat.
184 Res meræ facultatis nullo tempore præscribuntur. & nu. 207.
185 Alieno nomine possidens, non præscribit.
186 Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest.
187 Pignus plerunque pluris est, quàm debitum.
188 Fructus pignoris computantur in sortem.
189 Actio, antequam nata sit, præscribi non potest: ubi ad objectionem duplex ter respondetur.
190 Quatenus debitor actionem pignoratitiam gignere valeat.
191 Filiusfamilias agendi potestatem de bonis adventitiis a patre impetrat.
192 Intellectus l.omnes.4.C de præscript.30.vel 40.annor.
193 Omne quod dicit, nihil excludit.
194 Privatio habitum præsupponit.
195 Ius offerendi dupliciter consideratur.
196 Intellectus l.nec creditores.10.& l.ult C de pignorat.act.
197 An pacto de retrovendendo tempore longissimo præscribatur.
198 Actio redhibitoria quatenus sit beneficium.
199 Quando infirmitas admittatur.
200 Verba hæc, semper, quandocunque & similia, designant temporis infinitatem.
201 Causa dotis semper & ubique præcipua.
202 Ex victoris nomine aliquis perpetuò obligatur.
203 Malæ fidei possessor nullo unquam tempore præscribit.
204 Objectio quædam diluitur.
205 Nullum verbum in contractibus debet censeri otiosè appositum.
206 Facultas adimplendæ conditionis potestativæ nullo præscribitur tempore.
207 Res meræ facultatis nullâ præscriptione tolluntur.
208 Quæ res existimentur meræ facultatis esse.
209 Servitutes quatenus præscribantur.
210 Ubi ratio præscriptionis obtinet: ibi & scriptio locum habet.
211 Quanto tempore præscribatur jus adeundi hereditatem.
212 Ius adeundi quomodo consideretur.
213 Infirmiora sunt, quæ in potentia, quàm quæ in actu existunt.
214 In juribus incorporalibus ex sola negligentia præscriptio causatur.
215 Præscriptione 40.annorum quæ actiones perimantur.
216 Actio hypothecaria quatenus tollatur 40.annis.
217 Quæ res centum annorum præscriptionem recipiant.
218 Regalia, Principisque reservata quanto tempore præscribantur.
219 Inter præscriptionem centenariam & immemorialem nulla hodie differentia.
220 Consideratio l.comperit.6.C.de præscript.30.vel 40.annor. & similium.
221 Quæ Principi competunt, duplicis sunt conditionis
222 Præscriptio regalium num requirat scientiam & patientiam. Imperatoris
223 Præscriptio immemorialis obtinet vim privilegii ex certa scientia concessi
224 Enucleatur l.2.C.de servitutib.& aquâ & num.241.
225 Regalia formata an contra Ducem, Comitem, Baronem, aut Civitatem cursu temporis longissimi præscribantur
226 Quæ speciali Imperatoris concessione alicui competunt, immemoriali tantùm præscriptione acquiruntur
227 Concessio & præscriptio ejusdem sunt conditionis, naturæ ac potestatis
228 A communi opinione in praxi recedere periculosum
229 Ea traditio videtur verior, quæ à majori DD.parte approbatur
230 Opinio communis vim consuetudinis habere dicitur
231 Regalium unâ specie præscriptâ, non intelliguntur & aliæ præscriptæ species.
232 Quo tempore jurisdictio præscribatur.
233 Iurisdictio Principis præscriptionem temporis immemorialis regulariter exigit
234 Principis voluntate jurisdictio in alium transfertur.
235 Quasi possessio, quâ præscriptio jurisdictionis nititur, quomodo inducatur
236 An in præscriptione jurisdictionis necessaria sit scientia & patientia ejus, contra quem præscribitur
237 Patientia est loco traditionis
238 Num titulus jurisdictionis usucapionem requiratur
239 Actus jurisdictionales publicè geri solent
240 Quasi possessio per unicum dispatientiæ actum rumpitur
241 Consideratio l.2.C.de servitutib.& aq.
242 Lex obscurior interpretationem sumere debet ex clariore
243 Qui titulo munitus est, contra ignorantem præscribit.
244 Sensus l.si à te emero.16.ff.si servit.vindicet.
245 An, si quis uno tantùm actu jurisdictionis, putà amputatione capitis per tempus legitimum usus sit, sicque pœnæ istius irrogationem præscripserit, merum imperium totum præscripsisse censeatur
246 Plus & minus non constituunt speciem, sed duntaxat gradum
247 Qui unâ specie collectarum usus est; omnes ejus juris species, etiam de novo emergentes, acquisivisse putatur
248 Species sub genere posita, habent eundem colligatam
249 Præscriptio non extendenda ab una specie ad aliam
250 Qui it per partem, jure totius servitutis debita utitur.
251 Actum habens, quomodo itinere utatur
252 Si per 40.annos triticum sit in aliquo prædio seminatum, ejusque decimas monasterium collegerit: idem quoque decimas alterius frumenti postea seminati, jure præscriptionis colligere poterit
253 Ex præscriptione specierum resultat præscriptio generis
214 Unius speciei præscriptio non continet aliam diversam speciem
255 Tantum præscriptum, quantum possessum
256 Explicatur c.cùm contingat.29.ext.de decimis
257 Decimarum perceptio qualis sit universalitas
258 Explicatur c.auditis.15.ext de præscriptionib.
259 Explicatur c.cùm olim.14.de præscriptionib.
260 Nemo præsumitur ignorare tenorem instrumenti, quod secum habet.
261 Explicatur l.si prius 17.ff.de aqua, & aquæ pluv.arcend.
262 Possessio usucapionis caput, & fundamentum est
263 Possessio unde appellata
264 Pedem ponere quid sit
265 Ad acquirendam possessionem aliquo corporis ministerio opus
266 Possessionis definitio, ejusque declaratio
267 Possessionem non esse jus, aliquot rationibus ostenditur
268 Reversus ab hostibus, omnia jura pristina recipit
269 Heres in omne jus defuncti succedit
270 Nullum jus alteri per alterum auferri potest
271 Maritus rem sibi ab uxore donatam possidet
272 Ius possessionis ab ipsa possessione distinguendum
273 Possessio civilis quales effectus producat
274 Possessio naturalis quatenus legitima dicatur
275 Possessio est rerum corporalium
276 Res corporales tam mobiles, quàm immobiles, possideri queunt
277 Respondetur ad objectionem
278 Duo plures ve eandem rem in solidum possidere haud possunt
279 Possessio magis est facti, quam animi
280 Penetratio dimensionum naturaliter impossibilis
281 Ars imitatur naturam
282 Rerum corporalium possessionem quatenus prohibeat vel natura, vel dispositio juris
283 Res sacra, sancta, &c. hominum commerciis exempta
284 Quæ verò sit possessionis nota
285 Qui alieno nomine sint in possessione
286 Possessionis species quæ
287 Possessio injusta seu naturalis, & justa seu civilis quomodo à se invicem distinguantur
288 Ad præscriptionem qualis possessio requiratur
286 Colonus, usufructuarius, creditor, commodatarius, emphyteuta, vasallus, & similes, an præscribant rem adversus eum, a quo possessionem habent
290 Ius vetus in materia usucapionis quatenus differat à novo
291 Quid diligentis patrisfamilias sit faciendum
292 Cur rerum soli in provinciis non fuerit usucapio
293 Olim res aliæ dicebantur mancipi, aliæ nec mancipi
294 Quæ res mancipi, quæ item nec mancipi dictæ fuerunt.

1 QVandoquidem hactenus dictum est de modis ac-
quirendi dominii juris gentium, sive naturali-
bus, ac rebus item incorporalibus; ex quibus jam qua-
tuor sunt expositæ; servitus videlicet prædii, ususfru-
ctûs, visus & habitationis, (De hereditatibus & obli-
gationibus, quæ adhuc reliquæ sunt tractabitur infrà
suo loco. *tit. de testamentis ordinand. & seqq & tit. de
obligationib.*) Quapropter consequens est, ut & modi
acquirendi dominii civilis explicentur, *ut ostendit ipse*
2 *Imper Iustinianus in §. ult. suprà tit. proximo.* Horum
autem civilium modorum duo summa sunt generæ.
Quatuor enim sunt, per quos res singulæ acquirun-
tur; ut usucapio & longi temporis possessio sive præ-
scriptio, donatio, legatum, & fideicommissum singu-
lare: quatuor verò, per quos res per universitatẽ acqui-
runtur: ut hereditas, bonorũ possessio, arrogatio, & li-
3 bertatum conservandarum causa addictio. Quos mo-
dos Imperator noster hoc libro & seq. ordine perse-
quitur? priùs agens de modis singularibus, utpote fa-
ciliotibus, posteriùs de universalibus. Porrò usucapio
(*de qua in præsenti tit. differitur*) non simplex, sed jun
ctum est verbum, ab usu & capiendo dictum: quòd
usu: id est, possessione, res per eam capiatur & acqui-
ratur. Vsus quippe possessionem hìc significat: sicut è
contrario possessio denotat usum rei, *l. quæst. 115. ff. de*
4 *verb. sign.* Vnde usucapere est, per usum sive possessio-
nem rem acquirere: quod & possessione capere dici-
tur, *l. emptor fundi 4. in princ. & l qui fundum 7. §. 1.
ff. pro emptor. l. quamvis. 18. & l non solùm. 33 §. si do-
minus 2. ff. de usurpat. & usucapionib.* Et quo efflore-
scit, *usucapionem* scribi oportere, *non usucapionem.*
Non enim sic appellatur usucapio, ut pignoris capio.
5 Pignus à pugno derivatum, manu capimus, usum
non capimus: sed mediante usu sive possessione rem
capimus & acquirimus: quod Cato apud Gellium.
lib. 7. noct. Attic. cap. 10. non animadvertens, usuca-
pionem; sicut pignoris capionem scribi debere tradi-
dit. *Cujacius ad lib. 3. ff. eod. Hotoman. hic & Borcholt.
num. 2. & Vultejus num. 3. Connanus lib 3. Comment.
jur civ. cap. 11. num. 1. Petr. Gregorius libr. 4. syntagm.
cap. 1. nu. 4. D. Obrecht. disput. 26. de usucapionib. th. 5.
& seqq. Wegnerus disput. 6 ad Instit. th 1. lit. d. Stuck.
part. 1. Exercitat. Iustin. decad. 5. assertat. 1. lit. A. Au-
sonius Popma. libr. 4. de different. verbor. in verb. usu
capere, &c. Valentinus Riemerus. decad. 5. quæst.
illustr.* 4.

6 Hinc usucapio definitur à Modestino adjectio do-
minii, per continuationem possessionis, temporis le-
ge definiti. *l. 3 ff. de usurpat. & usucap.* Dicitur, *adje-
ctio dominij*: quoniam in usucapione non statim rei
dominium, sed priùs possessionem, & per hanc do-
minium adipiscimur. Ideoque rectiùs ad usucapio-
pionem Modestinus definivisse videtur adjectionem,
quàm Vlpianus adeptionem, *in fragment. tit. 19. & ex
eo Isidorus lib. 5. Etymol.* Etsi ex diversitate locorum
alii emendandi forent, ut quidem opinatur Cujacius
in notis ad Vlpian. d. tit. 19. & ad d. l. 3. ff. de usurpat. &
7 *usucap.* Vlpiani locum potiùs ex Modestini loco,
quàm hunc ex illo emendandum esse censet. *Anton.
Contius lib. 1. disput. jur. civ. cap.* 10. ubi tamen addit,
apud se majorem esse religionem, ut non nisi summâ
necessitate & ratione urgente, ad emendationis auxi-
lium confugiatur. Sed quid emendatione opus, ubi
utrumq; sustineri potest? Vsucapio siquidem dicitur
à Modestino *adjectio*, initione originis: ab Vlpiano a-
deptio, respectu effectûs. Adeptio namq; seu acquisi-
tio dominii, est effectus usucapionis: id quod ex ipso
vocabulo satis clarescit: quandoquidem capio est ac-
quisitio; & capere est in suum dominium capere. *l.
aliud. 71. & l. cepisse. 140. ff. de verb. sign l prætoris 5. in
princ. ff. de damn. infect. D Obrecht d. disp. 26 th. 7. &
26. Donell. lib 5. Comment. de jure civ. cap. 5. Forner.
lib. 2 select. cap 17 Vultej. lib. 1. Iurisprud. Rom. cap. 71.
nu* 2. De ista usucapionis definitione videantur quoq;
Hunn. *lib. 2. var. resol jur. civ. tract. 3. quæst 1. & in re-
solut ad Treutler vol 2 disput. 22 th. 1. quæst. 1. pag. 259
& seqq.* ibiq; Bachov. *in suis not. & animad. ad lit. b.
pag 342.* nec non Timæus Faber *disput. 16. ad Instit.
Imperial th. 1.*

Cùm igitur usucapio simpliciter dominii adjectio 8
vel adeptio dicatur: inde perspicuum evadit, per eam
(vulgari illâ distinctione inter dominium directum
& utile, utpote priscis Iureconsultis incognitâ, & à
Glossographis Doctoribus conflictâ, prorsus rejecta:
*quam rem uberrimè examinavimus ad princip. tit. su-
prà de rer. divis. & acquis. ips dom. nu. 46 & seqq*) ple-
num, verum, justum & perfectum sive absolutum do-
minium acquiri, *d. l. 3 ff. de usurp. & usucap. hoc princ.
in fin. l. damni. 18. §. 1. ibi, dominii capione. ff. de damno
infect. l. ult. in princ. ibi, dominium acquir. ff. de eo, per
quem factum erit, &c l. acquiritur. 10. § non solùm 2.
& §. ult ff. de acquir. rer dom. l. qui fundũ. 7. §. ult. ibi,
usucapione rem nostram faciemus. ff. pro emptore. l. 1. §
ult ff. de Public. in rem act l. Iulianus 17. in fin ibi, ple-
num jus habere ff de rei vindicat l. traditionib 20. C.
de pact. l. unic. ibi, firmo jure eam possideat. Cod. de usu-
cap. transform. l. 1. ibi, ad nova dominia, &c. C de præ-
script. longi temporis decem vel 20. annorum. l unic.
ibi, dominium acquisierint. C. si adversus usucapion.
Auth. nisi tricennale. C. de bon. matern. l ult circa fin.
C. de edict. Divi Hadr. tollend. & l. omnes. 4. in fin. C. de
præscript. 30. vel 40. annorum.* ubi traditur ei, qui
legitimè præscripsit, plenissimam securitatem super
dominio præstari. Atqui nemo plenissimâ securitate
frui dicitur, qui adhuc actione inquietari, vel qui in-
terversa possessione à priore domino repelli possit,
*argum l. ait Prætor 7. § 2. vers. permittitur. ff. de mino-
ribus 25. annis.* Sed & haud verisimile est, prædictis 9
in locis verbum *dominii* impropriè accipi pro domi-
nio utili, *argum. l. 1 §. 1 ff. si ager vectigal. id est, em-
phyteusi petet.* aut suum pro eo, quod non est propriè
suum *l. suos autem 73 § 1. ff de legat. 3.* præsertim cùm 10
à propria verbi significatione non sit recedendum:
nisi id voluisse legislatorem, apertè constet. *argum.
l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.* Adhæc finis u-
sucapionis est: ut lites, quæ ob incertitudinem oriri
possent, finiantur. *l. ult. in princip. ff. pro suo.* & ut do-
minia rerum sint certa. *l. 1. ff de usurpat. & usucap. &
uberiùs ostensum in § ult num. 4 & seq. infrà hoc
titulo.* Quem profectò finem incassum intenderent ui

jure-

Iureconsulti, si utile tantùm (*quod vocant*) & non plenum dominium usucapiens nancisceretur, atque sic hæc ipsa communio majores inter cives discordias excitaret *l. cùm pater 77. §. dulcissimis 20 ff. de legat. 2. l. in re communi. 26. ff. de servit. præd. urban l. sancimus.*
12 34. § *ne autem communione. 2. C. de donationib.* Præterea si usucapio plenum non tribueret dominum; frustrà inter modos acquirendi rerum dominia à Iustiniano relata esset, *in § ult. suprà tit. proximo.* ubi certum est, eum agere de directo sive pleno utroque dominio, non item de utili: quod (*ut monitum suprà num. 8.*) planè ipsi, & Triboniano, ut & omnibus Iuris-
13 consultis, fuit incognitum: adeòque cuidam Saturnino acceptum ferendum, *arg. l. 1. in fine. ff. de senatorib.* Insuper huc confert & illud, quòd usucapio sit & vocetur alienatio, *in l. alienationis. 28. ff. de verbor. signific.* Atqui Impp. Severus & Antoninus rescripserunt: alienationem esse omnem actum, per quem dominium transfertur. *l. 1. C. de fundo dotali.* Amplius & hæc ratio huc non parùm facit; quòd usucapienti datur actio in rem seu rei vindicatio. *l. si quis emptionis. 8. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Quæ actio
14 nemini datur, nisi ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium plenū acquisivit. *l. in rem. 23. in princ.*
15 *ff. de rei vindicat.* Ergo necesse est, ut idem etiam dicatur de bonæ fidei possessore, qui rem usucepit. Denique quantum juris usucapio adjicit uni, tantum detrahit alteri; cùm jus duorum in solidum esse nequeat. *l. si ut certo. 5. §. si duobus. 15. ff. commodat.* Vni autem, videlicet possidenti & usucapienti, usucapio dominium plenum adjicit, *ut ex definitione ejus suprà posita constat.*
16 *sit.* Ergò idem alteri (domino ...) ... mit: sicque ostendit, jura vigilantibus ... autem dormientibus *l. pupillus. 24. in princ. ff. quæ in fraud. creditor.* ne diligentior quisque deterioris sit conditionis, quàm stultus & supinus. *l. in compensationem. 8. ff. de compensationibus. l. Servius. 4. ff. quod vi, aut clam* Atque ita sentiunt *Didacus Covarruv. in c. possessor. 2. part. 3. relect. in princ. num. 2. de reg. jur. in 6. Pinel. in auth. nisi tricennale. num. 36. & seqq. C. de bon. mater. Corasius lib. 6. miscellan. c. 20. Vasquius libr. 2. controversiar. illustr. c. 54. Duaren. ad tit. ff. de usurpat. & usucap. cap. 3. Ioan. Schröter diatribar. domest. de cad. 4 quæst. 8. Petr. Gregor. libr. 40. Syntagm. c. 1 num. 8. Hunnius libr. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 3 quæst. 15. Berens. lib. 2. Disput. 5. ad Institut. them. 1. quæst. 2. D. Obrecht. d. disput. 26. th. 304. cum aliquot seqq. Ioan. Nigerdinus lib. 2. disp. 3. th. 2 quæst. 10. Hænon. disput. 6 controvers. 16. Robertus disp. 9. th. 12. Giphan. libr. 2. disp. 11. th. 8. ibiq. in suis notis Olemannus: num. 11. & seq. Fulvius Constantinus hic num. 26. cum. seqq. pag. 607 & seqq. item D. n. Collega Bocer. num 38 & seqq. Struck d. part. 1 decad. 3. assert. 1. lit. C. Fachineus libr. 1. controvers. jur. c. 70. Donell. d. lib. 5. Commentar. c. 29. ibiq. Hilliger in suis notat. lit. A. & Gilkenius in tract. de usucapionib. part. 1. cap. 3. qui plerisq. utramq. in partem plures allegant.*

17 Hanc sententiam non infringit *l. si duo patroni. 13. §. 1. ff. de jurejurando.* Vbi dum Iulianus indicat, post longi temporis præscriptionem utilem actionem dari: inde inferri posse videtur, dominium haud plenum, sed tantum utile (*quod aiunt*) transferri: cùm directa aliàs competeret actio. *Nam* textus istius §. ita accipiendus est: eum, qui longo usu rem præscripsit, si vocatus in judicium à priore domino, delatoque sibi juramento juraverit, rem suam esse, utilem etiam ex jurejurando, hoc est, in factum actionem habiturum. Quasi diceret Iureconsultus: qui rem justo & legitimo tempore ritè præscripserit, non directam solummodo ex præscriptione, sed utilem etiam ex jurejurando sibi delato actionem habebit. *De quâ actione videantur, quæ notata sunt ad §. item si quis postulante. 11. infrà de actionibus.*

Similiter non obstat *l. 1. §. ult. in fine. ff. de aqua pluvial. arcend. & l. si quis diuturno. 10. in princ. ff. si servitut. vindicet. cum similibus;* in quibus expressum est, acquisita servitute per usucapionem, actionem utilem competere. *Primùm* ex actione utili minus rectè fingi utile dominium, docuimus *ad principium suprà de rer. divis. num. 42.* Deinde non est in jure novum aut infrequens, ut actio utilis dicatur pro efficaci, quæ nullâ removeatur exceptione, nec directæ opponatur, *arg. l. si fidejusseres. 41 in fine principii. ff. de fidejussorib. l. ult. in fine. C. quod cum eo, qui in alien. potest. est, negot. gest. esse dic. & ostensum ad §. quòd si vi fluminis. 21. num. 8. & seq. supr. de rer. divis.* 18 19

Rursus nihil movet, quòd dissentientes ita argumentantur: Ex præscriptione dicitur oriri exceptio, *l. super longi. 1. C. de præscript. longi tempor. d. l. si quis emptionis. 8. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Exceptio autem ... exclusio *l. 2. in princ. ff. de exceptionib.* ... antiquus dominus, contra quem de ... exceptione excipitur, dominium rei habet: aliòqui rem vindicare & agere non posset. Cæterùm cùm dominium utile non habeat, est etenim illud penes possidentem: necessariò sequitur, eum habere directum; adeòque utile duntaxat præscribenti fuisse quæsitum. Hoc, *inquam*, argumentum nihil movet. Licèt enim antiquus dominus agat, & nomine tenus, ac de facto rem vindicare, ceu dominus, videatur: attamen re ipsâ & de jure dominus non est. Tum quia exceptione repellitur ab eo, qui præscripsit: tum quia ita jure constitutum est, ut si is, qui rem bonâ fide præscripsit, possessione cadat, rem vindicare possit, *d. l. si quis emptionis. 8. in princip. C. de præscript. 30. vel. 40. annor.* Ex quo firmiter concluditur, quòd non dominus antiquus; sed ipse possessor verum, plenumque rei dominium habeat: sicque distinctione utilis & directi dominii haudquaquam sit opus: cùm nihil intersit, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest 112. ff. de reg. jur. Eschin. d. lib. 1 controv. jur. c. 70 in fine.* 20 21 22

Nihil nem refragatur, quòd cùm dominium sit juris gentium. *l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur.* non possit usucapione, quæ juris civilis est, tolli & commutari, *argum. §. penult. supr. de jur. nat. gent. & civ. § ult. supr. de legit. agnat. tutel.* Nam jus gentium sive naturale, quo effectum est, ut quisque dominium rei propriæ habeat: quòdque dictat, dominium legitimè quæsitum nemini auferendum, interpretationem recipit ex aliâ juris 23

24 naturalis regulâ, quâ docetur, Reipublicæ atque Prin-
cipibus obtemperandum: ac legem, quæ præscriptio-
nem induxit, quæque justam ob causam, & propter
bonum publicum constituta est, observandam esse.
d.l.1.ff.de usurpat & usucap.Hunn d.quæst 15. in fine.
Deinde istud argumentum procederet, quando præ-
scriptione dominium penitus tolleretur sive extingue-
25 retur. Ast hoc loco non tractatur de extinguendo,
vel tollendo dominio; sed de eo transferendo de sub-
jecto in subjectum, & de personâ in personā *d. l.tradi-
tionibus.20.C.de pact.* Facilior verò est causa trans-
lationis, quam peremptionis totalis. Cum igitur præ-
scriptio transferat dominium, non perimat: hoc per-
missum erit, nec jus naturale per civile tolletur. *Sed vi
deatur Fulv.Constant.hic pag.616.cum seq. & Berens.
d disp.5 q.2.ubi & aliis objectionibus respondet.*

26 Dicitur in definitione, *per continuationem possessio-
nis.* Quia possessio continua, & nunquam interrupta
esse debet, *l.possessio.20.l.nunquam.31.§ 1.l.non solùm
33.§ qui pignori. 4.ff.de usurpat. & usucap.* Nam si
interrupta sit, putà per ablationem possessionis, quæ
naturalis vocatur interruptio, *l.naturaliter.5.ff. de usu.*
aut per litem motam, quæ civilis *l.nemo. 10. C. de ac.
quir. & retinend.possess l.mora. 26. C de rei vindicat.
l.2.C.de annali except.* ad effectum perduci nequit, *d.l.
nemo.10 C.de acquir & retin.possess. cum aliis modo
adductis. Petr. Greger. in syntagm iur. part.3.lib 40.c.
6 num.5. Bronhorst.cent.4.ἐναντιοφανῶν assert.12. Et
latiùs explicabitur ad §.ult.infr hoc tit.numer.27.&
seqq.* Atque isthæc interruptio appellari solet usurpa-
27 tio, *in rubric.tit.ff.de usurpationibus.& usucap.* Orato-
res namque usurpationem pro frequenti usu accipi-
unt, *teste Paulo IC.in l.2 ff.eod.* Dominus itaque reti-
nens frequenti usu rei possessionem, ne ab altero usu-
capiatur: usurpare eam, & sic usurpando alterius pos-
sessionem interrumpere dicitur, *Wesenbec. in paratit.
ff.de usurpat.& usucap num.5.*

28 Additur denique, *temporis lege definiti.* Quoniam
non sufficit unius vel alterius diei possessio: sed tem-
pus requiritur lege definitum: quod cujusmodi sit, in-
29 ferius suo loco aperiemus. Porrò contra hanc ita suc-
cinctè explicatam definitionem, adeòque totam usu-
capionis materiam, argumenta multa, quibus ea vide-
tur enervari posse, opponi solent. *Primum tale est.* Si
per usucapionem dominium adipiscimur: dominium
ex pluribus causis ut nobis contingat, necesse est. Si-
quidem pluribus ex causis usucapimus: cùm ex plu-
30 rimis causis possideamus, *l 3.§.ex plurimis.4 & § ge-
nera.21.ff.de acquir.vel amitt.possess.* Atqui domi-
nium non potest nisi ex una causa nobis contingere, *d.
l.3.§.ex plurimis.4.vers.nec enim ff.eod.l.& an eadem
14.§.2.in fine ff de except.rei iud.l.non ut ex pluribus.
159 ff.de reg.iur.* Ergò dominium usucapione non
acquirimus. *Respondetur* per inficiationem. Negatur
enim, pluribus ex causis non usucapere, tametsi plu
ribus ex causis possideamus: ut si rem emi à Sempro-
nio, & postea heres Sempronio existam: eandem rem
ex pluribus quidem causis possideo, pro emptore sci-
licet, quia emi; pro herede item, quia heres sum Sem-
pronii: sed tamen ideò ex pluribus causis non usuca-
pio: quoniam quod meum est, amplius meum fieri 31
non potest. *§.sic itaque.14.infr.de actionibus.* Et titu-
lus est causa possessionis, non usucapionis: hujus verò
causa proxima & unica, est possessio. Possessionis ita-
que multiplex titulus esse potest: & titulus est causa
possessionis, *ut modo dictum*: at possessio est unica cau-
sa usucapionis *Cujac. ad l. 3 ff. de usurpat & usucap.
Borcholt.part.2.disputat.de usucapionib.ad proposit.4.
& 5 pag.166.*

Secundum argumentum est ejusmodi: Definitio e- 32
voluere & continere debet omnia substantialia rei de-
finitæ, *argum l 1.§.dolum.2. ff.de dol.malo.& tradit
Aristotel.libr.6.Topicor.ca 1.* Sed usucapionis defini-
tio non omnia substantialia evolvit & continet. Ad u 33
sucapionem enim necessarius est titulus, & bona fides,
*ut apparet ex principio, & l nullo.24. C. de rei vindi-
cat.* & tamen eorum non fit mentio in definitione u-
sucapionis. Igitur definitio ista est vitiosa. *Respon-
dendum*: In definitionibus non semper esse necesse, ut
expressis verbis omnia substantialia rei definitæ mem-
bra ponantur: sed satis esse, si ea tacitè subintelligan-
tur, quemadmodum exemplis aliquot declaravimus
supra *in princip.tit de nupt.num. 73 & seqq.* Ad usu-
capionem sanè requiritur titulus & bona fides: sed hæc
tacitè sub definitione comprehenduntur. Nam cùm 34
dicitur in definitione, usucapionem esse adjectionem
dominii, per continuationem possessionis: accipimus
verbum possessionis cum effectu: videlicet de verâ, ju-
stâ, legitimâ, perfectaque possessione, quæ & titulum
habeat, hoc est, legitimam possidendi causam, & bo-
nam fidem, ut qui possidet, credat, se suo jure tanquam
dominum possidere, *Wesenbec. in paratit ff. de usur-
pat & usucap.num.6. Mynsinger.hic.in rubr.num. 11.
Bronchorst cent.2.miscellan. controvers assert. 41. ad
finem. Et vide eâdem de re fusissimè disputantem Ful-
vium Constantin.ad rubr. hujus tit. numer. 19. & se-
quent.*

Tertium argumentum: Usucapio non aufert alteri 35
dominium, *l. nec utilem. 20.ff.ex quib.caus majores,
&c.* Ergo alteri quoque dominium non adjicit: sic-
que perperam definitur dominii adjectio vel adeptio.
Respondeo: Papinianum ibi non dicere, usucapionem
non auferre dominium: sed affirmare, iniquissimum
esse, auferre domino, quod usus non abstulit. Usus
ergo, hoc est, usucapio non abstulit illic dominium ve-
ro domino: quia usucapiens ab hostibus fuit captus,
antequam usucapio compleretur; atque ita usucapio
interrupta fuit, *ut constat ex l. proximè præcedente. 19.
ff.d.tit.* ac ea propter quamvis reversus fuerit ab ho-
stibus, usucapio ipsi non restituitur, nec etiam quasi
usucepisset, actio utilis, id est, Publiciana datur, *§.sed i-
sta.3.cum § seq infr. de actionibus.* quæ utilis dicitur,
in d.l.nec utilem.20. ff. ex quibus caus. maiores,&c.
Certè usucapienti, cùm per usucapionem dominus sit
effectus, directa actio & vindicatio tribuitur Ast in pro-
posito exemplo neque directa ei vindicatio, neque et-
iam utilis, quasi usucepisset, accommodatur. Et ita ex-
audiendum est, quod *in d.l.nec utilem.20.* habetur.
Nec enim hoc vult Papinianus, quòd aliàs ex usucapi- 36
one utilis actio detur. *Borcholt.d.disputat.de usucap.ad
proposit.4.p.170.*

Quar-

Quartum argumentum ſumitur *ex l. ſi finita. 15. §. ſi de vectigalibus. 26. ff. de dam. infecto.* ubi diſertè Vlpianus ait: dominium capi poſſidendo non poſſe. *Sed reſpondetur*: Vlpianum de tali caſu loqui, quando quis ex primo decreto miſſus eſt in poſſeſſionem, de quo ibi pro ſubjectâ materiâ agitur. Tum enim non ſtatim
37 dominium acquiritur. Siquidem ex primo decreto miſſus verè non poſſidet, ſed eſt duntaxat in poſſeſſione, id eſt, cuſtos eſt potiùs, quàm poſſeſſor; remque detinet & cuſtodit, donec debitor tædio affectus ad judicium veniat reſponſurus, *c. quoniam frequenter. 5. §. in aliis verò caſibus. ext. ut lite non conteſtat. non proced. l. is, cui. 5. in princip. & §. qui legatorum. 22. ff. ut in poſſeſſ. legator.* Cæterùm miſſus in poſſeſſionem ex ſecundo decreto, verè poſſidet, *arg. l. 3 §. ult. ff. de acquir. vel. amitt. poſſeſſ. l. ſi duo 3. §. creditores. 8. ff. uti poſſidet. d. l. ſi finita. 15 § Iulianus. 16. §. ſi quis autem. 20. cum ſeq. & §. poſteaquam. 33. ff. de dam. infect.* proindeque rem uſucapit, ſi adverſarius non erat dominus: ſin dominus erat, ſecundum decretum ſine temporis intervallo miſſum dominum efficit. *l. 1. ff. de fundo dotali. l. ſed ſi res. 5. ff. commu. divid l. prætoris. 5. & d. l. ſi finita. 15 §. Iulianus. 16. ibiq. Gothofred. ff. de dam. infect. Bronchorſt. cent 3. ἐναντιοφανῶν. aſſert. 90. idq. latiùs explicui in tract. de proceſſ. judic. decad. 4. concluſ. 7 & 9.*

38 Quintum argumentum peti ſolet *ex l. præſcriptio. 45. ff. de uſurpat. & uſucap.* ex quâ evincitur, præſcriptionem longæ poſſeſſionis ad acquiſitionem nihil prodeſſe. Ergo falſum videtur, quod in definitione noſtrâ dicitur, uſucapione acquiri dominium, mediante poſſeſſione: *Reſpondendum* eſt: *in d. l. 45.* duos caſus, ex quibus non procedit uſucapio, proponi. *Primus* eſt: ſi quis in littore, quod antea nullius fuit, ædificavit, & poſtea ædificium deſtruxit: non poteſt prohibere, quò minùs ibi alius aliquis, qui eſt primus occupans, ædificet: quia locus, in quo ædificium deſtructum ſtetit, in priſtinam cauſam recidit. *Alter* caſus eſt: ſi quis pluribus annis piſcatus eſt, & dereliquit piſcationem, & poſtmodùm quiſpiam alius piſcationem derelictam apprehendit: Jam primus, qui dereliquit piſcationem, eum prohibere non poteſt, quò minùs piſcetur: quoniam poſtquam primus ille piſcationis jure
39 uti deſinit, locus ad cauſam redit publicam, & iterum occupanti cedit, *l. quod in littore. 14. ff. de acquir. rer. dom.* Nec huic quod modò dictum eſt, eum, qui primus piſcatus eſt, prohibere alterum piſcantem non poſſe, refragatur *l. ſi quiſquam 7 ff. de diverſ. temporalib. præſcript.* ubi expreſſis reſpondetur verbis; eum, qui in fluminis publici diverticulo ſolus pluribus annis piſcatus eſt, alterum eodem jure uti prohibere poſſe. *Nam* ibi longa piſcandi poſſeſſio non fuit interrupta, ſed continuò piſcandi exercitium ab aliquo fuit uſurpatum: ideoque meritò alterum ibidem piſcari volentem prohibere poteſt. *Cujac. ad d. l. præſcriptio. 45. ff. de uſurp. & uſucap. Olemannus ad diſputat. Inſtit. 11. Giphanii. n. 10. Et hanc rem expoſui fuſiùs ad §. flumina. 2. ſuprà de rer. div. n. 4. & 5. p. 46.*

Sextum argumentum ita habet: Quod meum eſt,
40 ſine facto meo in alium transferri non poteſt, *l. id, quod noſtrum. 11. ff. de reg jur. l. 2. verſ. nec cuiquam. ff. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* Et in omnibus rebus, quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium, *l. in omnibus. 55. ff. de obligationib. & act.* Sed in uſucapione ſive præſcriptione nullum factum, & nullus affectus domini, transferendi dominii intervenit, *juxta gloſſ. notabilem in l. 1. §. fin. ſuper verb. niſi in amittenda actione. ff. de dol. mal.* Ergo in uſucapione dominium ab eo, contra quē præſcribitur, non transfertur in uſucapientem ſive præſcribentem: & conſequenter uſucapio non eſt adjectio dominii. *Reſpondemus* primùm, negando minorem propoſitionem. Quia utique in uſucapionem & præſcriptione affectus alienandi dominii interveniſſe fingitur, cum quis tanto tempore rem ſuam non perſequitur, ſed eam negligit. *l. alienationis. 28 ff. de V. S.* Et iſthæc fictio æquipollet veritati efficaciâ & effectu, non formâ & eſſentiâ verâ, *per notata Felini ad rub. tit. ext. de præſcript. n. 9. & Balbi in tr. de præſer. p. 1. q. 5. pr. n. 3* Deinde ad majorem reſpondemus: quod ea nō 41
procedat in iis, quæ à lege, ſive vi & poteſtate legis fiunt. Atqui uſucapionem lex introduxit bono publico; ne ſe dominia rerum diu in incerto maneant; ſed ut ſecuritati poſſeſſorum conſulatur, *d. l. 1. ff. de uſurp. & uſucap.* Etſi enim diutiſſimè quis rem poſſederat: tamen certus de jure ſuo eſſe non poterat, quoad lex civilis per uſucapionem acquiſitioni dominii certum ſtatuiſſet modum. Vnde rectè Neratius idcirco conſtitutam eſſe uſucapionem aſſeruit, ut eſſet finis aliqvis litium, *d. l. ult. in pr. ff. pro ſuo.* Et rectè quoq. M. Tullius eam finem ſolicitudinis & periculi litium vocavit, *in Orat. pro Cæcina.* Namque lite carere, pars vitæ beatæ mortalis non minima eſt, *auctore Mart. lib. Epig. 10. Epigr. 47. quē refert, probatq. D. Obrecht. prædicta Diſp. 26. th. 301.* Adde Vultejum *hic num. 44. & ſeq. p. 222.*

Septimum argumentum: Nemo locupletari debet 42
cum alterius detrimento & injuriâ, *l. nam hoc natura 14. ff. de condict. indeb l. jure naturæ. 206. ff. de reg. jur. c. locupletari. 48. eod. in 6.* At ſi per uſucapionem dominium adjicitur uſucapienti: tunc uſucapiens locupletatur cum alterius jactura & injuria. Hoc igitur ne fiat, dicendum videtur, uſucapionem dominii adjectionem non eſſe. *Reſpondemus* primò nos ſanè concedere, uſucapientem locupletiorem reddi cum alienâ jactura: ſed hoc fit bono publico, ne rerum dominia diu, & ferè ſemper incerta eſſent, *dict. l. 1 ff. de uſurpat. &*
uſucap. Et qvod Reipublicæ bono eſt, hoc præ cæ- 43
teris inſpiciendum eſt, licèt privato incommodum adferat, Vtilitas quippe publica privatæ ſemper eſt præferenda, *l. utilitas. 4 C. de primipilo l. un §. hæc autem omnia. 14. C. de caduc. tollend. Auth. res, quæ. C. communia de legat.* Et ſalus populi ſuprema lex eſto; ut præclarè ſcribit Cicero *lib. 2. de legib.* Deinde negamus, & pernegamus: uſucapientem ditiorem effici cum alterius injuriâ. Cum enim jus definiatur ars boni & æqui, *l. 1. in princ. ff. de juſt. & jur.* Vſucapio 44
autem jus dicatur, *in l. bona fidei emptor. 48. § 1. ff. de acquir. rer. dom.* quomodo eadem dici injuria poterit? Regula itaque (quæ vult, jure naturæ æ-

quum

quum esse, neminem cum damno & injuriâ alienâ fie-
ri locupletiorem. *dict. l. jure natura 206 ff. de reg jur.*)
45 non separatim, sed conjunctim accipienda est. At verò
axioma est multis legum nostrarum locis insinuatum;
conjunctionem ad sui veritatem utrumqve requirere,
*l. Fulcinius. 7. §. 2 ff. quibus ex caus. in possess. eat. l. si he-
redi. 5. ff. de conditionibus instit. l. si per alium. 5 §. de-
cere. 2. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.
l. fraudis 79 ff. de reg. jur. & similibus.* Sed & negare
possumus: locupletari cum alterius, videlicet prioris
domini, jacturâ usucapientem: tum qvia damnum,
qvod quis suâ culpâ sentit, non intelligitur sentire, *l.*
46 *quod quis. 203. ff d. tit.* Tum quia rem pro derelicto
habuisse videtur, qvi tamdiu passus est, eam ab alio
possideri: & res rediisse in pristinam communitatem
reputatur, ut tanquam nullius, priùs occupanti con-
cedatur, *arg. §. fera. 12. vers. qvod enim antè nullius.
suprà de rer. divis. l. 1. §. 1. & l 3. ff de acqvir. rer. dom.*
47 Tum quia indignus est privilegio dominii, qui eo ab-
utitur, *arg §. 2. vers. sed & major supr. de his, qui sui,
vel alieni jur. sunt. & l. 2 ff eod.* Neque quisquam sa-
ni judicii facilè affirmaverit, pœnam delinquentibus
impositam, dici debere læsionem: quoniam eâ qui
coercetur, melior redditur, & ejus exemplo plures, *l.*
48 *capitalium. 28. § famosos. 15 ff. de pœnis.* Otiosos au-
tem, rerumque suarum negligentes pœnâ dignos esse,
in propatulo est. Neque justior posset esse pœna,
quàm ut ademptione rerum, in quibus quis peccavit,
plectatur: digniqve insuper improbi, qui & suis pri-
ventur, & egestate laborent. *l. bona fides. 31. in fine prin-
cipii. ff. depositi.* Præterea tantùm abest, ut argumen-
tum istud sententiam nostram impugnet, ut eandem
etiam haud parùm confirmet. Siqvidem potiùs is, qui
post tempus lege præscriptum, sicque usucapionem
ritè impleram, rem pereret, possessorem detrimento si-
ve jacturâ rei jam legitimè acquisitæ afficeret: *ut post a-
lios à se citatos, docet Arumaus Exercitat. Justin. 6. ad
th. 1 in fine.*
49 Octavum argumentum ita comparatum: Tempus
non est modus introducendæ vel tollendæ obligatio-
nis, *l. obligationum. 44 §. 1. vers placet. ff. de obligatio-
nib. & actionib.* Sed usucapio sive præscriptio funda-
tur in tempore. Vsucapio enim rerum mobilium per-
ficitur triennio; immobilium decennio inter præsen-
tes, & vicennio inter absentes; vel etiam triginta, qua-
draginta, pluribusve annis, *hoc principio nostro. & tot.
tit. C de longi temper. præscript. & tot. tit. C. de præ-
script. 30. vel 40. annor.* Ergo per usucapionem adjici
vel acquiri dominium non posse videtur. *Respondetur*
ad assumptum: usucapionem non in solo tempore fun-
dari; sed definiti temporis possessionem, cum justo ti-
tulo & bonâ fide conjunctam, nobis dominium tribu-
ere, *per textum hujus principio.*
50 Nonum argumentum desumi potest *ex can. forte.
3. & can. neq. 7. caus 14. q 5.* ex qvibus colligitur,
quod ad id, quod expediat, improbato modo via ape-
riri non debeat. *Verùm* dicendum est: hic nihil im-
probatâ ratione fieri: sed lege id, quod licebat, consti-
tui. Separatæ namqve quæstiones sunt: an quis sine le-
ge, & sine judicii ordine auferre possit ab alio, quod in
bonos usus eroget: & an negligentiam alicujus lex ex
justâ causa coercere, & sublatis litium, aliisque incom-
modis bonâ fide possidenti securitatem tribuere que-
at. Istud etenim facere, non est privati: sed illiusmodi
cogitatio ex callidâ Diaboli suggestione proficiscitur,
monente D. Augustino in d. can forte. 14. q 5. Cæte- 51
rùm legis diversa causa est: cùm ejus virtus & officium
sit; imperare, vetare, permittere, punire, *l. legis. 7. ff. de le-
gibus, &c.* nec non præmiorum exhortatione bonos
& Reipublicæ utiles cives facere; malos verò & lan-
guidiores, quàm par est, pœnis aut damnis coercere. *l.
1. §. 1. ff. de justit. & jur. l. 1. ff. de legib. l. qui agros. 8. & l.
locorum. 11. C. de omni agro deserto, &c.* quam pote-
statem & judici ex justâ causa non denegari, evincitur
*ex l. Imperator. 50 ff ad senatusconsult. Trebell. l si,
constante. 24. §. si maritus. 5. ff solut. matrimon. l, si eo
tempore. 6. C. de remiss. pignoris. & l final. C. de bonis
auctorit, jud. possi. lend.*
Decimum & ultimum argumentum sic formari so- 52
let: Qvicunqve se impio & iniquo aliquo præsidio tu-
etur, is peccat, & in peccato manet; eò quòd malam
fidem habet. Atqui is, qui usucapit, se impio & ini-
quo præsidio tuetur: siquidem usucapio impium &
iniquum sive improbum præsidium diserrè vocatur
à Iustiniano, *in Novell. 9. circa medium.* Ergò qui u-
sucapit, peccat, & in peccato manet: & per consequens
usucapio, utpote iniqua, usucapienti dominium adji-
cere non debet. *Respondentibus* variis aliorum (de
quibus videatur Vogepaur *exercit. Justin. 7. quæst. 2.
pag. 287. edit. ult.*) omissis, hanc omnium convenien-
tissimam censemus, quam & suprà *ad §. iuris præcepta
3. num. 28. de just. & jur.* attigimus, quâ dicitur: No-
vellam istam de præscriptione, quæ cum malâ fide
procedit, esse accipiendam, ut innuant illa proximè
præcedentia verba, *iniquis hominibus.* Idqve *post Pi-
nelum in Auth. nisi tricennale. C de bonis matern. nu-
mer. 40.* fusius exponit Fulvius Constantinus *hic num.
2. Ricciardus. num 93. Cisner ad lit ff de usufr. & u-
sucap. n. 13. & Roberus disput. 9. ad th. 1 in fine.* Sed &
hoc responderi poterit: committi fallaciam, à dicto se-
cundùm quid, ad dictum simpliciter. Dicitur enim im-
pium præsidium, respectu & intuitu Ecclesiæ Roma-
næ, si nimirum ea breviori tempore deberet excludi,
quàm Constantinopolitana: *Forster. iunior in libro sin-
gul de dominio cap. 9 num. 213. pag 340.* Quinimo u-
sucapionem pium esse remedium facilè colligitur *ex l.
fin. vers. ult ibi, nostra pietati placuit. C. de fundis patri-
monialib. lib: 11.* Planè usucapionem cum naturali æ-
quitate conjunctam esse, pluribus ostendunt *Donellus
libr. 5. Commentarior. de jure civil c. 30. & ibi Hilliger
in suis not. Connan. lib. 3. Commentar. iur. civ. c. 13. nu.
9. Iacob. Concenatius lib. 4. quæstion. iur. c. 21. Vasquius
lib. 2. illustr controvers. c. 52. Paulus Berens disput. 5. ad
Institut. them. 1 quæst 1. Gilkenius in tract. de usucapi-
onib. part. 1. c. 1. aliiq. plures, ab iis relati.* Tametsi sine
firma ratione novissimè dissentiant Hunnius *lib. 2. var.
resolut. iur. civ. tract 3. quæst. 2. & in resolut. ad Treut-
ler. vol. 2. disput. 22. th. ultim. quæstion. 47. pagin. 346.
cum seq.* & Kubachius *cent. 2 quæstion. illustr. politico-
iuridicar. decur. 6. quæstion. prim. pagin. 406. & seqq.*

Adde

Adde Timæum Fabrum *diſp.16. ad Inſtitut. Imperial. th.5.*

53 Differentiam uſucapionis & præſcriptionis Interpretes vulgo hanc eſſe volunt: quòd uſucapio ſit rerum mobilium, præſcriptio rerum immobilium, *ut patet ex Accurſio hic, Mynſingero numer.4. Schneidevvino num.9 Klingio num.16. & aliis. Balbo in tract. de præſcriptionib. part.1. principal quæſt.3. & Gomezio in §.ſed iſte.3.num.8 infra, de actionibus.* Verùm diſcrimen iſtud ex proprio cerebro, nullo firmo innixi fundamento, contra legum noſtrarum auctoritatem confinxerunt. Quòd enim utraque tam ad res immobiles, quàm mobiles referatur, ex infinitis propè juris noſtri locis apparet, *l.non ſolùm.33.§ ſi dominus. 2 & § ſeq. l.furtum.37.junctis duab.ll.ſeqq ff. de uſurp. & uſucap. l.qui fundum.7.§ ſervus 2 & §. qui bona. 4 ff.pro emptore. & ſimilibus.* Ne autem quiſpiam jure noviſſimo differentiam iſthanc ſuſtineri poſſe exiſtimet; refellit eam perſpicuè *l.unic.C.de uſucap trãsformand.* ubi Iuſtinianus ſemel atque iterum uſucapionem rebus immobilibus accommodavit: veluti ibi, *ſatis inutile eſt uſucapionem in Italicis quidem ſoli rebus admittere.&c.* & ibi, *ideo per præſentem legem & in Italicis ſoli rebus,&c.* item ibi, *minuitur autem uſucapionum,&c.* Accedit ad hujus rei confirmationem *principium hoc noſtrum,& §. aliquando. 8 infrà hus tit.* ubi tam immobiles, quàm mobiles res uſucapi dicuntur. Proindeque nullum res inter immobiles, & mobiles, quoad uſucapionem, deprehenditur diſcrimen *Duaren.ad tit. ff de uſurp. & uſucap c.1. & 5.Ciſnerus ad l.1 num.21.& ſeqq.ff. hoc tit. Donell. lib.5.Commentar.de jur. civil. c.4.pag.337. D. Bocer. claſſ.5.diſput.22. th.39.edition 2. Forſter. lib.2.diſp.9. th 2. Arumæus Exercit.Iuſtin.6.th 3 Borcholt. ad rub. hujus tit.numer.3. & 4. Andr.Gerhardi Decad. 6.ſub quæſt.1.Leonhard.Leſſius lib.2. de iuſtit & jur.c.6.dubitat.1.num.4.& Hackelman illuſtr.quæſt diſput.20. th.10.ad lit.C.*

Nec obſtat quicquam huic ſententiæ, quòd multis
54 locis legimus, præſcriptionem longi temporis nominari duntaxat in rebus immobilibus, non ſolùm *ſub tit.C.de præſcript.long tempor.* ſed etiam apud Iuriſconſultos, *ut l.ei, à quo 21 ad finem. ff. de uſurp. & uſucap. l.qui alienam.54.in princ. ff. de evictionibus.* Quia non ideò & uſucapio rerum immobilium non erit. Traditur equidem, in rebus mobilibus uſucapionem locum habere, *l.2.C in quibus cauſ. ceſſat longi temporis præſcript.* Quis negat? ſed an propterea efficitur, eam non habere locum in rebus immobilibus? Quinimò & præſcriptio eſt rerum mobilium *l. 3.l. reſcriptis.9.ff.de diverſ. temporalibus. præſcriptionibus.* Quis vero dixerit, eandem non eſſe immobilium? *Arum.d.exerc.Iuſtin 6.th.3.pag.798.*

55 Similiter nihil adverſatur *§ item vobis. 3. in fine. & §.ex his.5.in fine. infrà, per quas perſon. cuiq; acquiritur.* ibi cùm Iuſtinianus Imp. longi temporis præſcriptionem ab uſucapione diſcernat: ex eo pleriqque evinci poſſe putant: tacitum iſtud ſignificari inter uſucapionem & præſcriptionem diſcrimen. Cùm enim cætera, quæ olim diſcrimina fuerunt, ſublata ſint, *per d.l. unic.C. de uſucap. transform.* & adhuc aliquod eſſe, *ex dictis modò §§.* eniteſcat: efficere conantur, Iuſtinianum ad illud ſaltem diſcrimen reſpexiſſe. Hoc, *inquam,* nihil adverſatur. Nam cùm nullo unquam tempore in eo fuerit uſucapionis & præſcriptionis diſcrimen, *ut jam oſtendimus:* nemo nobis facilè perſuadebit, Imperatorem ad illud reſpectum habuiſſe. Veriùs igitur eſt: eum ſeparando uſucapionem à præſcriptione reſpexiſſe ad jus Pandectarum: quo ſanè jure inter uſucapionem & præſcriptionem aliæ fuerunt differentiæ, non autem illa ab Interpretibus conficta. Iure Pandectarum præſcriptio ſeu longi temporis poſſeſſio ſine titulo procedit, *l. ſi quis diuturno. 10.* 56
in princ ff.ſi ſervit. vindicet cùm tamen uſucapio titulum neceſſariò deſideret, *l Celſus 27.ff. de uſurpat. & uſucap, nullo.24. C.de rei vindicat fuſiusq; explicabitur infra num.99.& ſeqq.* Præterea longi temporis præſcriptio ſeu poſſeſſio locum habet in rebus provincialibus immobilibus, id eſt, tributariis ſeu ſtipendiariis prædiis, *l. cùm ſponſus.12 §. in vectigalibus, 2. ibiq; Gothofred. ff. de public. in rem act. l. ſi finita 15. § ſed in vectigali. 27. ff. de dam infect.* uſucapione verò res iſtæ non acquiruntur, *d l.cùm ſponſus. 12.§. in vectigalib. ff. de public. in rem act d.l.unic.C.de uſucap. transformand* Cæterùm plures differentias notabiles collegit *Cujacius in l ſequitur.4.§ ult.ff. de uſurpat & uſucap. Weſenbecius ad rubric. hujus tit. Parlador. in reb. quotid. c.1 §.1.c.2.3.& ſeqq huncq; laudans Riemer. decad, 5 quæſt.3 & Huanius in reſolut. Treutler. vol.2. diſput. 22 th.1.quæſt.3.pag.262.& ſeq. ibiq; in ſuis not. Bachovius ad lit. H verſ. ea olim,&c.pag.345.& ſeqq.* Has autem differentias, ut & reliquas omnes, Iuſtinianus Imp. ſuſtulit, *d.l.unic.C. de uſucap. transform* Quâ conſtitutione longi temporis præſcriptio in uſucapionem eſt transformata: ut perinde ac uſucapio procedere debeat, & eodem jure metienda ſit: quod ex verbis iſti- 57
us conſtitutionis undique demonſtratur. Ergo ſi quis hodie inter uſucapionem & præſcriptionem quærat differentias: nullam inveniet aliam, quàm quòd uſucapio propriè ſit acquiſitio: præſcriptio verò ſæpiùs exceptio, ex uſucapione proveniens, dicatur, *l. emptor.9. Cod. de præſcript long. temp dict. l. unic. C. de uſucap. transform. l. an vitium.5. §.1. l. creditor.12. ff. de diverſ. tempor. præſcript. tot. tit. C. de except. ſeu præſcript. Donell. d. lib.5 Commentar de jur civ. cap.4 pag.337. Petr. Gregor. in ſyntagm. iur part 3. libr.40. cap.1. numer.9. Paul. Buſius lib.4 ſubtilitat iur. cap. 1. Fulvius Conſtantinus ad rubr. huius tit. numer. 21 Wegner. diſput. 6 ad Inſtit. th.1. ſub. lit. D Covarruv. in cap. poſſeſſor. 2. 2. part. 1. relect. §. unic. numer. 2. & ſeq. Alciat. in l. quinque pedum.5.C. fin. regundor. num. 15 Briſſonius & Sichardius in ſuis lexicis, in verb. præſcriptio, &c.* Sed videatur Gilkenius *in tractat de uſucapionibus. part.1. c.2. num.25. & ſeqq.* ubi multis probat, præſcriptionem non ſemper exceptionem, ſed & acquiſitionem, ac cauſam producentem illam exceptionem, & actionem utilem deſignare. Videatur item D. Collega Bocer. *in tractat de præſcript. feudi. cap. numer. 19 & ſequentibus. ubi ea de re fuſiùs diſſerit.* Adde D. Collegam Beſoldum *in delibatis iuris ex libr. 41. ff. qu.9.*

pag.149. & sequent.item. Iustum Schütz. *& emitation.jur.disput.7.th.1.lit C.pag.57 & seq.*

58 Dividitur usucapio sive præscriptio non incommodè ab objecto, in usucapionem rerum mobilium,& immobilium: corporalium & incorporalium. Vsucapionem siquidem tàm res immobiles, quàm mobiles propriè continere, jam suprà monstravimus *ex l. non solum.33.§.si dominus 2 & §.seq.ff. de usurpat. & usucap.similibusq; præallegatis.* Vel dividi poterit ratione formæ, in usucapionem trium, & usucapionem quatuor, decem, viginti, triginta, quadraginta, centum annorum, & temporis immemorialis, *arg.l unic. C. de usucap.transformat. tot. tit. C. de quadrienn præscript & tot.tit.C.de præscript.30 vel 40.annor. Auth. quas actiones. C. de SS. Eccles. D. Obrecht. disput. 26. de usucapionibus. th. 30. & seq.item disputat.27.th. 24.& sequent. Schneidewvin. hic sub rubr. de speciebus præscriptionis. Treutler.vol.2. disp.22.th.4.Wesenbecius in paratit. ff. de usurpat. & usucap. numer. 7. Atque de istis usucapionis speciebus plenius dicetur infrà.nu 129.& seqq.*

59 His quasi principiis cognitis & intellectis, ad textum hujus principii explicandum nunc progredimur; in quo tria hæc breviter indicantur. I. Origo sive causa efficiens usucapionis. II. Ejusdem requisita. III. Comparatio juris veteris & novi. Quod ad primum attinet: interpretes plerique omnes originem usucapionis juri civili, hoc est, legi 12. tabular. adscribunt: ut, *post Azonem in summa Cod.de usucap. pro empt.circa princip. & Baldum. in repetit. l. 1. colum.3.circa med. C.de emancip. liber* notavit *Francisc. Balbus in tractat. de præscrip: part.1.qu.4. Balduinus, Giphanius, Schneidewvinus, Thadæus Piso, Borcholt. & alij in hoc princip.* Vnde Tullius *pro Cæcin.* Fundus, inquit, à patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est, finis solicitudinis à periculo litium, non à patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est, finis solicitudinis à periculo litium, non à patre relinquitur, sed à legibus. Idem *in Topic & lib.2. de legibus. item lib.1.offic.* usucapionis ex 12. tabulis meminit. Cæterùm ex probatis auctoribus manifestum est; usucapionem ante 12. tabul. etiam Græcis non fuisse incognitam Plato namque *libr. 12. de legib.* & Isoc. *in Archidamo*, apertè testatur, usucapionis apud Græcos magnum fuisse usum. Platonis verba Græca latinum in sermonem eleganter transtulit Hotomanus *hic enunciat 3.* Ideoque haud ineptè quispiam dixerit: usucapionem non simpliciter juris civilis inventum esse: sed illius originem Græcis esse acceptam ferendam: renovationem verò & incrementum esse attribuendum Romanis. Hi enim usucapionum jura renovarunt, in multis plenius explicarunt & emendàrunt, *ut constat ex tit. ff. de usurpat. & usucap.cum titulis seqq.item ex tit. hoc nostro tit. & tit.C. de usucap. transformat.&c. & tradit D. Obrecht. d. disput.26. de usucapionibus th.55.& aliquot sequentibus.*

60 Alterum quod concernit ad usucapionem quinque putantur necessaria. 1. Bona fides. 2 Iustus titulus, sive vera & justa possessionis causa. 3. Tempus legitimum, seu lege definitum. 4. Possessio, eaque continua. 5. Res apta, seu non vitiosa, neque usucapi prohibita. Quæ requisita, *juxta Ioannem de Platea & Schneidewvinum hic num.13.aliosq;*, his versiculis (uno atque altero verbo immutato) comprehenduntur:

Non usucapies: nisi sint tibi talia quinq;:
Iusta fides, justus titulus, res non vitiosa:
Quòd res tradatur, tempus quoq; continuetur.

Primo igitur ad usucapionem legitimam bona fides requiritur, *ut hic initio, & l. si aliena. 10. l. Celsus. 27. ff. de usurp. & usucap l. qui fundum. 7 §. qui bona fide. 4. pro emptore. l. bonæ fidei. 48. ff. de acquir. rer. dom. l. unic, C. de usuc. transform. &c.* Et meritò sanè. Neque enim usucapio introducta est, ut homines ad delinquendum inducantur, eorumvè malitiis indulgeatur, contrectationesq; rerum alienarum scienter factæ defendantur: sed ne is, qui ignorans, & ex bona fide alienæ rei possessionem ex justa causa nactus erat, sub innocentia, bonaque fide damnum incurreret, *Coras. ad l. servitutes. 14. num. 32. ff de servitutib.* Huic non obloquitur *l. & generaliter. 28. vers. quamvis scient. ff de noxalib actionib.* ubi bona fides non requiritur ad usucapionem: & justa causa sive titulus sufficit. Servus quippe illic usucapitur à non nesciente, alienum esse. *Nam respondetur:* hoc jus ita in actione Publicianâ specialiter esse receptum. Siquidem ordinariè haud usucapit, qui sciens rem esse alienam, possidet. *d. l qui fundū. 7. §. 4 ff. pro emptore. & similib præallegatis.* Rationem diversitatis, *post Bartolum*, eam ibidem affert Gothofredus: quòd in specie *d. l. & generaliter. 28 ff. de noxal. act.* à non domino nihil fit, quod non esset ab ipso vero domino, si adesset, præstandum. Sic quoque sentiunt Marcilius *hic ad §. 1. pag. 264.* & Cuiacius, *ad d. l. 28. Tractat 6. ad African.* ubi id accuratiùs explica Sanè Canonum jure bona semper fides, exigitur, *c. ult. ext. de præscriptionib.* eoque jure utimur, *ut monstrabitur latiùs infra num. 79.* Sicut autem mala fid. s dicitur scientia vel notitia rei alienæ & injustæ possessionis: ita bona fides dicitur rei alienæ seu juris alieni ignorantia, *arg. l. legis Faviæ. 3. in princ. ff ad leg. Fab de plagiar. Harmenop. tom. 1. Epit. tit. 3. can. si virgo. 5. caus. 34. q. 1. & 2. Schneidewvin hic num. 14. & Vultejus num. 39.* Bonæ ergò fidei possessor est, qui rem alienam esse ignoravit: quia videlicet eum, à quo titulum assecutus est, vel à quo rem accepit, dominum existimabit, vel. certè domini tutorem aut procuratorem. *l si existimans. 48. (aliàs est l. 3. ff. pro soluto) ff. de usurp. & usuc. l. bonæ fidei 109. ff. de verb signif. l. quacunq; 13. §. ult. ff. de public in rem act. Id q; plenius explicatum est ad §. si quis à non domino. 35. sup. de rer. divis n. 31. & seq.* 61 62 63 64

Sed an bona fides in dubio præsumatur, quæri solet? Et eam semper in possessore: etiam nullum possidendi titulum habente, præsumi, nisi probetur contrariū, crebriùs obtinuit, *arg l. quotiens. 18. §. 1. & l. verius. 21. ff. de probationib l. meritò. 51. ff pro socio l. 2. §. si sub conditione. 2. ad finem. ff. pro emptore. c. præsumitur. 47. de reg. jur. in 6. Accurs. in l. si quis emptionis. 8. §. 1. in verbo tenuerit. iuncto textu. C. de præscr. 30 vel 40. annor. & in hoc princ in verb. qui bona fide. &c. Bartol. in l. Celsus. 27. ff. de usurp & usuc. Alexand. cons. 201 colum.* 65

lum. 2. lib. 2. Corn. conſil. 130. lib. 1. Curtius junior. conſil. 28. colum. 2. Curt. ſenior. conſil. 71. colum. 4. Alciat. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 5. Covarruv. in c. poſſeſſor. 2. part. 2 §. 8. numer 2. de reg. jur in 6. Vaſquius controverſ. illuſtr. libr. 2. c. 70. num. 2. & c. 79 num. 15. Tiraquellus in tract. de præſcriptionib. § 1. gloſſ. 2. verſ. bona autem fides, &c. Maſcard. in tract. de probat. volum. 1. concluſ. 224. cum ſeqq. & infiniti ferè alij, ab his allegati. Nec huic receptiſſimæ traditioni obſtat *l. ult. C.*
66 *unde vi.* ubi Iuſtinianus Imp. in hæc verba reſcripſit: Omnes ſcire debent, quod ſuum non eſt, hoc ad alios modis omnibus pertinere. *Nam* textus iſte procedit in eo, qui certò ſcit, rem occupatam ſuam non eſſe; eamque veluti habitam pro derelicto retinere; ſibique jure dominii habere cupit: quod Iuſtinianus illic improbat, indicans, nihil vacuum præſumi, ſed omnia potiùs præſumi, ſuos dominos habere. At noſtra ſententia loquitur de eo, qui probabiliter credit, rem à ſe poſſeſſam eſſe ſuam, quantumvis titulo aliquo munitus non ſit: ut quia aliquis fortè ei dixerit, fuiſſe majorum ſuorum ſeu antecesſoris ſui, aliovè modo ad ipſum ſpectare, *Covarruv. loco præallegato, Vaſquius d. cap. 79. num. 15. & Maſcardus d. concluſ. 224 num. 14. & ſeq.* ubi à communi illâ opinione nunquam eſſe recedendum, conſulit. Tametſi eam improbet Fachineus *lib. 8. controverſ. jur. c. 32.* ejuſque aſſecla Hœnonius *diſp. 6 ad Inſtitut. controvers. 3* & noviter Forſter. junior *lib. ſingulari, de dominio. cap 9. nu 217. pag. 341.* ubi aſſerit, quòd bona fides non præſumatur, ſi quis careat titulo, ne quidem in trigenariâ præſcriptione. *Allegat ad hæc Peckium in dict. c. poſſeſſor. 2. de regul. jur. in 6. Cravettam. conſil 146. & conſil. 498. Romanum conſil. 146. num. 29. & conſil 204. & Corneum conſil. 136. lib. 2 & conſil. 207. lib. 3.* Adde Bachovium *in not. & animad. ad Treutler. vol. 2 diſp. 22. th. 6, lit. D. p. 406. et ſeq.*

67 Enimverò huic bonæ fidei præſumptioni locus relinquitur nullus, ſi poſſeſſori ante contractum denuotiatum fuiſſet à domino, ne emeret, *argum. l. ſi fundum 17. ibiq; pulchrè Sichardus. C. de rei vindicat.* Conſtituit quippe hæc denuntiatio emptorem in mala fide præſumptâ, cùm à vero domino fiat, *l. item veniunt. 20. §. petitam. 11. ff. de petit. heredit.* Proinde ſecus erit, ſi ab alio, qui jus denuntiandi non haberet, facta eſſet, *l. tutor. 47. in princip. ubi Bartolus et Gothofred. ff. de minoribus. 25 an. l. ſi maior. 13. C. de reſcind, vendit.* aut ſi denuntiandi jus habebat alterius nomine, non tamen proferrebat mandatum, *l. ſi quis inficiatus. 13. ff. depoſi-*
68 *ti.* Neque enim quis illi credere tenetur, qui alterius nomine agit, niſi quatenus de mandato fidem facit, *Clement. cauſam. 3. de electione, etc. Coraſ. ad dict. l. ſervitutes. 14. numero. 34. de ſervitutibus.* Vide aliter hæc explicantem Pinelum *in auth. niſi triennale. C. de bon. matern. numero. 16. et ſequenti.* nec non Bachovium *in dictis not. ad Treutler. diſp. 22. th. 6. lit. D. verſ. hic quæri ſolet. p. 407. et ſeq.*

69 Verùm is, qui ab initio bonam fidem habuit, & poſtea dubitare incepit, adhuc bonâ fide poſſideat, ſicque uſucapionis abſolvat curſum, apprimè controverſum eſt? Malâ cum fide poſſidere, autumant *Ant. de Butr. in c. ult. ext. de præſcr. Dom. Sot. de juſt. & jur. libr. 4. art 4 quæſt. 5. Fern. & Gœd. ad l. bonæ fidei. 109. num 3. ff. de v ſig. Arum. Exercit Iuſtin. 6. th. 5. Berens. diſp 5. ad Inſt. th. 1. q. 7. Forſterus junior lib. 2 diſp 9. th. 5. itē d. lib. ſing. de dominio. cap. 9. n 215. p. 341. & Bachov. in d. not. & animadverſ. ad Treutler. vol. 2. diſp. 22. th. 6. lit. C. verſ. dubitantem. pag 406.* Contrà nec bonâ, nec malâ fide eum poſſidere, ſed medio modo ſe habere ſtatuunt. *Covarruv. in d. c. poſſeſſor. 2. part. 2. relect. §. 7. num. 3. de reg. jur. in 6 Ioannes Medina Cod. de reſtitutione. q. 17. eosq; citans Leonardus Leſſius lib. 2. d iuſtit. & jur. cap. 6. dubitat. 3. num. 10. cum ſequentibus, Gilken. in tract. de uſucap. part. 2. membr. 2 cap 2. num. 137. & ſeq. Althuſ. libr. 1. dicæolog. cap. 41. num. 20. pag. 152. Balbus in tract. de præſcriptionibus. 2. par. tertia princip. quæſt. 2. pag 106. Franſciſc. Sarmientus libr. 2. ſelectar. interpretat. c 10. numer. 5. Vaſquius d. libr. 2. illuſtr. controvers. c. 77. Hunnius lib. 2. var. reſolut. jur civ. tract 3. quæſt. 6. D. Bocer. hic pag. 196. num. 45. Hœnonius dict diſput. 6. controverſ. 7. Nigerdinus lib. 2. diſp. 3. th. 1. quæſt. 5. & alij.* Hancque ſententiam & communiorem & veriorem eſſe, judicat Fachineus *lib. 1. controverſ. jur. c. 65.* ubi haud inſcitè diſtinguit inter dubium practicum, cùm quiſpiam dubitat, an rem ſine peccato retinere poſſit; & ſpeculativum, cùm dubitat, 70
an res ſit ſua, vel aliena, ſive an autor ſuus dominus fuerit. Illo dubio *(practico)* implicitus, malâ fide; hoc verò *(ſpeculativo)* involutus, bonâ fide poſſidere cenſetur. Siqvidem hujuſmodi dubitans pro ignorante habetur, *l. fin. C. de condict. indeb & l. fin. §. 2. ibi, ſiu autem neſcius & dubitans, &c. C. de furt.* Neque quiſquam ferè bonæ fidei poſſeſſor invenitur, cui non dubium ejuſcemodi ſuboriri aliquando & incidere poſſit. Fides enim illa, quâ rem ſuam eſſe credit, non eſt ex ſcientia: cùm hæc ſit rerum neceſſariarum, quæ aliter 71
ſe habere nequeunt, *auctore Ariſtotele lib. 1. poſter. analyt. l. 27.* Rei autem falſæ, & ejus, quod non eſt, nulla certitudo, nulla neceſſitas, nullaque ſcientia eſſe poteſt. Sed & ſciens non errat, nec fallitur: qua ratione eleganter ἀνεξαπάτητος dicitur. Cæterùm errat bonæ fidei poſſeſſor, rem alienam pro ſuâ habens. Non igitur ſcit. Si non ſcit: ergo opinatur. Atqui opinio 72
ſemper (cùm ſit propoſitionis nullo certo argumento confirmatæ comprehenſio) cum incertitudine ac infirmo aſſenſu conjuncta eſt: unde γνῶσις illa ἀβέβαιος, id eſt, inſtabilis dici aſſolet. *Ariſt. d. lib. 1. poſter. analyt. 27. ibiq; Vitus Müllerus in ſuis quæſtionib. Atque ita noviter docuit Oſvvaldus Hilliger. in Donello enucleat. lib. 5. c. 17. lit A.* Cui addatur Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & reſtitut. diſput. 1. qu. 2. punct. 2. n. 1. & ſeqq. itemq; quæſt. ult. punct. 2. §. 2. n. 20. pag. 179.*

Iſtam ſententiam non infringit; quòd inter conſci- 73
entiam læſam & illæſam non dari poſſit medium: ac proinde nec inter bonam & malam fidem: cùm illa ſit conſcientiæ illæſæ; hæc verò ſit conſcientiæ læſæ, *arg. can. ſi virgo. 5. cauſ. 34. quæſt. 1. & 2. & monitum ſuprà num 47.* Reſpondetur enim breviter: non omnem, qui conſcientiam qualitercunque læſam habet, protinus malæ fidei poſſeſſorem eſſe dicendum: cum in hoc requiratur, ut etiã intelligat & credat, ſe rẽ poſſi-

dere alienam. *§ si quis à non domino. 35. supr. de rer. divis. hoc principio nostro, & c. ult. de praescriptionib.*

Nihil quoque resistit, quòd fieri non possit, ut bonum sit malum, & malum bonum: sicut nec nigrum album, & album nigrum: & licèt bono melius esse
74 possit, & malo pejus: nunquam tamen malum bonum esse queat. *Hoc namq;* nil quicquam ad propositum quadrat: siquidem dubitans neque inter bonae fidei, neque inter malae fidei possessores refertur: sed inter utrosque medius constituitur. Itaque quemadmodum non sequitur: non est nigrum: ergo est album: ita quoque non sequitur: non est bonae fidei possessor: ergo est malae fidei possessor: cùm haec sint contraria mediata, quae intermedium seu tertium admittunt. *Verùm eâ de re copiosiùs disputat. D. Hunnius. d. lib 2. var. resolut. jur. civ. tract. 3. quaest. 6. & in resolut. ad Treutler. volum. 2. disput. 22. th 6. quaest. 43 pag. 339 & seq. itemq; Vugepaur. exercit Instit. 7 quaest. 2. pag. 282. & seqq edit. ult.*

75 Sanè jure civili sufficit, bonam fidem initiò saltem, scilicet temporis traditionis, intervenisse: quia supervenientem rei alienae scientiam quasi tegit & obvelat, *l. si is. qui. 15 §. penult. & ult. l. justo. 44 § etsi possessionis. 2 ff. de usurpat. & usucap. l. 2. in princ. ff. pro emptor. l. cùm heres. 11. ff. de divers. & temporal. praescript. unic. C. de usucap. transform. §. diutina. 12. infrà hoc tit.* In emptione autem, ut res empta usucapi possit ab emptore, tàm conventionis sive contractûs, quàm traditionis tempore bonam fidem adesse oportet, *l. si existimans. 3. ff. pro solut. & ibi Wesenbec in paratit d. l. 2. in princ. ff pro empt. l sed & si res 7. § ult. ff. de Public. in rem act. Matth. Stephani cent. 2. q. 32. litter. b. Stuck. part. 1. Exercit. Instin. decad 5. assert. 2. ad liter. B. Balb. in tractat. de praescript. 2. part tertia princ. qu. 7. pag. 127 Giphan. disputat 11. ad Institut. thes. 16. & ibi Olemannus in suu not. num. 17.*

Neque huic adversatur *l. si aliena. 10. in princ ff. de usurp. & usucap.* quae videtur velle, in emptione tempus duntaxat traditionis, non item conventionis in-
76 spiciendum esse. *Nam* cùm ex aliis legibus, modò adductis, indubitatum efficiatur, tempus etiam conventionis bonam fidem in emptione desiderare: ea *dicta l. si aliena* recipienda est interpretatio, quae vitio caret, sicque aliis legibus non repugnat, *l. in ambigua 19 ff de legib. l. in obscuris. 114. ff de reg. jur. cap. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.* Ideoque hoc Vlpianum ibi sentire dicendum est: non tantùm emptionis seu conventionis, sed etiam traditionis tempus spectari: *quod Accursio ibidem & Duareno cap. 2. propè finem placet, & Cujacio verissimum videtur.* Ius ergo certum est: in emptione duplex tempus; emptionis & traditionis, ad bonam fidem quod attinet, spectari: in stipulationibus verò & aliis contractibus omnibus sufficere, si bona fides ab initio, tempore nimirùm traditionis, interveniat, *d. l. si is qui. 15. §. pen. & ult. ff. de usurpat. & usucap. cum similibus praallegatis.* Rationem diversitatis Cujacius hanc reddit: quòd salvâ fide scientes rem alienam stipulari quidem,
77 sed non emere possimus. Quam rationem licet & alii gravissimi Interpretes suis suffragiis comprobent, *Donellus lib. 5. Commentar. de jur. civ. cap. 17. ibique Hilliger. in suis notat. ad lit. D. Ioan. Goeddaeus ad l. bonae fidei. 109. numer 10. ff de verb. signific. Tertius hic numer. 12. & Fulvius Constantinus. numer. 15 hosque referens Petrus Gilkenius d. tractat. de usucap. part. 2. membr. 1. cap. 14. numer. 7.* ego tamen illam minùs sufficientem esse, ingenuè profiteor. Cùm enim uterque, tam stipulator, quàm emptor hoc agat, ut rem alienam acquirat: non possum intelligere, si emptor ob scientiam rei alienae indicatur malae fidei: cur non idem de stipulatore sit ferendum judicium. Ita igitur statuo: neque emptorem, neque stipulatorem ex hoc ipso, quod rem alienam esse sciverunt malae fidei praesumi. Rei namque alienae emptionem & venditionem esse non minùs, quàm stipulationem, apparet *ex l rem alienam. 28. ff. de contrah. empt.* Et potuit quoque emptor probabiliter sperare, venditorem rem istam acquisiturum esse. Quòd autem in sti- 78
pulatione traditionis tempus sufficiat, non aequè in emptione, hanc rationem esse puto: quòd vix, & ne vix quidem suspicione doli carere possit, qui pretium dedit pro eâ re, quàm alienam esse scivit tempore contractûs, & ante traditionem non diligentiùs inqvisivit; prout facere solent aliàs omnes, qui rem aliquam non gratis, sed pretio dato accipiunt. Ast in stipulationibus, donationibus, & similibus, quibus gratis res aliena nobis promittitur, non tam accuratè expiscari & investigare solemus, utrùm res aliena fuerit necne: propterea quòd gratis rem accipimus. *Vide eâdem de re Connanum. lib. 3. Commentar juris civil. cap 13. numer. 3. & 5. nec non Duarenum ad tit ff. pro emptore. itemq; Bachovium hic num. 3. pag. 347 & in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. disp. 22 th. 6. lit. A. & B pag 401. & seq.*

Etsi verò jure civili in praescriptione temporis lon- 79
gissimi, puta 30 vel 40. annorum, tempus nudum cum nudâ & simplici possessione conjunctum, etiam absque bonâ fide, sufficit, *l. sicut 3. & l seq & l si quis. 8 §. 1. in fine. C. de praescript. 30. vel 40. annor l. ult. in fin. C. unde vi & Novell 119 cap. 7. in fine.* communior tamen, veriorque Doctorum traditio est; omnes leges civiles, quae praescriptionem cum malâ fide inducunt, per dispositionem juris Canonici (cui hac in materia, ob animae periculum, omnino standum est) sublatas & correctas esse; sive pertineant ad actiones reales, sive personales: & sive agatur de foro interno, sive externo, *c. ultim. extr. de praescriptionibus ubi Imola, Felinus, Butrigarius, & caeteri. Anchoranus & Philip. Francus in c. possessor malae fidei. 2. de regul. jur. in 6 Balbus in tractat de praescriptionibus. 2. part. tertia principal. q. 13. numer. 1. Fachineus libr. 1. controversiar. jur. ca. 63. Cerasius ad dict. l. servitutes. 14. num 33. ff. de servit. Mynsinger. cent. 4. obs. 6. ubi hanc in sententiam non semel judicatum esse in Camera, adstruit.* Vide tamen aliter sentientem Bachovium *in dictis notis ad Treutler. volum. 2. disp. 22. th. 6. liter. A. vers. at jus canonicum. pag 403.*

At quid de praescriptione temporis immemorialis 80
judicandum? Inquà (cùm vim habeat tituli, privilegii, veritatis & juris constituti, *l. 3. §. ductus. 4. ff. de aq.* quo-

queſtid.& aſtiv.e.ſuperius quibusdam 26 §. præterea.
ubi gloſſ.de verb.ſignif.& fuſiùs dicetur infr. nu.105]
bonam fidem non eſſe neceſſariam, ſuſpicantur *De-*
cius ad l.traditionibus.20.num.11.C.de pact.conſ.417.
num 5.& conſ.638,num.4.Salicetus ad l.2.C de ſervi-
tutib.& aq.Bald.conſ.352 num.3.lib.1 Iaſon.conſ 209.
lib.2.Becerius deciſ.39.num.7. & ſi qui ſunt alÿ. Sed
rectiùs ſtatuitur, præſcriptionem quoque tanti tem-
poris,cujus initii memoria non extat, nullum habere
robur,nec jure procedere, ſi poſſeſſorem habuiſſe ma-
lam fidem conſtiterit, *per textum ad id præſtantem in*
d cap.ult.ext.de præſcriptionib. ubi Pontifex disertè ait,
nullam valere abſque bonâ fide præſcriptionem, tam
canonicam, quàm civilem: *item*, oportere præſcri-
bentem in nulla temporis parte habere conſcientiam
rei alienæ. Idem confirmat textus *in c.vigilanti.5.rod.*
tit.& in d.cap.poſſeſſor.2. de regul jur in 6. Si ergo
nullo unquam tempore,ut ex verbis horum textuum
fortiſſimè negantibus eluceſcit, malæ fidei poſſeſſor
præſcribit, ne quidem immemoriale tempus ei pro-
derit. *Atq; ita ſentiunt Gloſſ.in cap 1.in fin.ſuper verb.*
niſi de præſcriptionib.in 6.& inibi Francus colum.ult.
Angel.Aretin in § furtiva.num.1.infrà hoc tit.Zaſius
conſ.16.num.51.lib 2. Balbus d part.2.tertia princip.
quæſt.6.num.20.Cravetta conſ.146 Afflict.deciſ.308.
num 10.Covarruv.in d.cap.poſſeſſor.2.de reg.jur.in 6.
part.2 relect §.8.num.4. Guide Papa conſ.91.num.5.
Andr.Gail lib.2.obſerv.18 num.7 Mynſing d cent.4.
obſerv.6. Anton.Gabrielius lib.5 commun.concluſ.tit.
de præſcriptionib.concluſ 1 num.37. verſ contrarium.
& num.59.Fachineus lib.8.controverſiar.jur.cap 26.
Hœnonius diſput.6.ad Inſtit.controverſ.10. Berchelt.
In hoc princip.nu.13 Schurff cent.3 conſ 20.& 32. Or-
landus de Curte inter conſilia Calcanei conſ 6.colum.
penult.Roberus diſput.9.th.5.ad lit.b,Gilken.d.part.2.
membr.2 cap.1.num.6. Bertachinus in ſuo repertorio
verſ præſcriptio quomodo cauſatur.Fernand.Vaſq.l 2.
illuſtr.controverſiar.cap.81.nu.10.ubi hinc opinionem
uberiùs explicat, eamq; longè veriorem eſſe, & rece-
ptiorem videri,pronunciat.

82 Cùm igitur in omnibus præſcriptionibus bona fi-
des neceſſaria ſit: diſpiciendum nunc eſt, utrùm er-
ror juris idem,quod bona fides efficiat, & uſucapio-
nem abſolvat? Ac ſanè indubitatum eſt.certoque cer-
tius hunc juris errorem, cui lex expreſſè reſiſtit, ad u-
ſucapionem nequaquam proficere, *l. ubi lex.24. in*
princ.& l.nunquam.31.in princip.cum l.ſeq. §.1 ff de
83 *uſurpat & uſucap.* Hujusque evidens eſt ratio: quo-
niam qui contra juris prohibitionem mercatur, is ma-
lam fidem habere præſumitur, *c.qui contra.82 de reg.*
jur.in 6. l quemadmodum 7.in fine.C de agricol.&
cenſit.l.1 C.de fide,& jure haſtæ fiſcal. Vnde infertur,
errorem juris reſiſtentis impedire etiam longiſſimi
temporis præſcriptionem *d l nunquam.31 in princip.*
ff.de uſurpat.& uſucap.l 4.& l.juris ignorantia.7.cum
l.ſeq.ff de jur.& facti ignorant.Felin.in c.de quarta 4
num.34.& ſeq.ext.de præſcriptionib. Fachin lib.8.
controverſiar.jur.cap.28. Hœnonius d.diſput 6. con-
84 *troverſ.9.* Ea ſiquidem licet ſine tituli interventu ab-
ſolvi poſſit *d.l.ſicut.3 l.omnes.4 l.cum notiſſimi.7.*
& d l.ſi quis.8.§.1.C.de præſcript.30.vel 40.annor. l.1.
C.de annali.except.d cap de quarta 4.& cap.ad aures
*6.ext.de præſcription §.*bonam tamen fidem neceſſariò
exigit.*d.cap.vigilanti.5 & d.cap.ult.jam alleg.tit. &*
d.cap.poſſeſſor.2.de reg.jur.in 6. Sed vide, *poſt alios*
quos citat, aliter ſentientem Petrum Gilkenium *in*
tract.de uſucap.part.2.memb.1.cap.3.num.8.cum ſeq.
Arumæum *d.exercit.Iuſtin.6.theſ 6.pag.800.* & Hun-
nium *lib 2.var.reſolut.juris civ.tract.3.quæſt.7 & in*
reſolut.ad Treutler.volum.2 diſput.22.th.6 quæſt.44.
pag.341. & ſeq. Itemque Frantzkium *exercitat. 3.*
quæſt.7.pag.130.& ſeqq. Vide quoque Hieronymum
de Cævallos *in ſpeculo aureo opinionum commun.con-*
tra commun.tom.1 quæſt.8. ubi utramq; partem plu-
res allegat.

Quid autem,ſi error juris ſit (*ut Dd noſtri loquun-* 85
tur) nec abſtinentis,nec reſiſtentis? Et, ne hunc qui-
dem errorem ad præſcriptionem aliquod prodeſſe,
crediderim,*per d.l.nunquam.31.ff.de uſurpat & uſu-*
capionib. cujus in principio hæc habentur verba: *Nun-*
quam uſucapionibus, juris error poſſeſſori prodeſt.
Quibus verbis generaliſſimè conceptis perſpicuè ſi-
gnificatur,nullum penitus juris errorem ad uſucapio-
nem valere. Hocque ipſum non obſcurè ratio juris
evincit. Abſurdum enim eſſet,ignorantiam juris,quod 86
ſcire omnes tenentur, *l.leges ſacratiſſimæ.9.C.de legib.*
ignoranti lucroſam eſſe: cùm ſufficiat, a damno rei
ſuæ amittendæ,ignorantem excuſari,*d.l.juris ignoran-*
tia 7.& l.ſeq ff.de jur,& fact.ignorant. Quod tamen 87
plerique cum hac limitatione accipiendum eſſe ſta-
tuunt: niſi error juris maximè dubii & controverſi fu-
erit admiſſus: iſtumque errorem præſcriptioni non
afferre impedimentum;cenſent. *Anton.de Butr.Inno-*
centius,Panormitanus,Antonius, Francus, Sebaſtia-
nus Sapia,& alii in c cùm dilectus 8.ext.de conſuetud.
Curt.junior conſ 28.num.9.Ludovic Roman.conſ.123
circa primum dubium.verſ.in caſu propoſito &c.Bar-
thol.Socinus conſ 47.num 11.vol.2 Pinel.in l 2.C de re-
ſcind.vind.part.2.cap.4.num.40. Anton.Capycius de-
ciſ.Neapol.69 num.24. Covarruv. in d.cap.poſſeſſor.
2.part 2.relect.§.7.num.9 Baldus in repetit.d l.Celſus
27.num.17 ff.de uſurpat.& uſucap. Leſſius d. lib.2.de
Iuſtit.& jur.cap.6.dubitat.5.num.16.Cephal conſ.177
num.59. Maſcard.vol.2.de probationib. concluſ. 639.
num.19.& alÿ,quos refert Gilkenius, d.part.2.memb.
1. cap.3.num.2. Verùm hanc opinionem evertunt le-
ges paulò antè adductæ: quæ generaliter indiſtinctè-
que ſanciunt: errorem juris nunquam in uſucapioni-
bus prodeſſe. *Neque* obeſt, quod objicitur, errorem
juris controverſi & perſpexi bonam fidem parere: at-
que adeò uſucapiendi occaſionem tribuere. *Etenim*
uſucapionem introduxit quidem, cæteris requiſitis
concurrentibus, bona fides: ut non ea, quæ ex juris
errore proficiſcitur, *d.l.nunquam.31.& l.ſeq.§ 1.ff.de*
uſurpat & uſucap.cum ſimilibus prællegatis: ſed illa, 88
quæ ex errore facti alieni originem trahit. *l bona fidei.*
109.ff.de verb.ſignif. l.quod vulgò.11.ff.pro emptore.l.
ult.in fin.ff.pro ſuo.d.l.4. ff. de juris & facti ignorant.
Hunnius d lib 2 var.reſolut.tract.3 quæſt.10. Ratio di-
verſitatis hæc reddi poterit: quòd leges nullam omni-

no ignorantibus jura spem acquisitionis proponere voluerint, ut homines in jure, quod finitum est, cognoscendo & addiscendo eò vigilantiores essent. Idque ut fiat, summopere necessarium est; ut eo felicius commodiusque vitæ societas propagari, & Reipublicæ status in flore & vigore suo conservari possit. Quæ ratio in facti alieni ignoratione locum non habet. Haud enim leges ad factorum etiam scientiam (quæ plerunque ad nos nihil pertinent, & infinita sunt, atque ideo sciri non possunt, & prudentissimos quosque fallunt) nos astringere voluerunt. *lib. 2. & aliquot seqq. ff. dict. tit. de jur. & facti ignorant.*

89 Quid porrò sentiendum, si facti error cum juris errore mixtus fuerit: an hoc saltem casu usucapio procedet, ut ita ex facti errore adjuvetur error juris, qui per se nihil potest? Id sanè defendere nituntur *Felin. in d. cap. de quarta. 4. num. 36. ext. de præscript. Alberic. de Rosate, Raphael Cuman. & Bartol. in l. si vir. 3. argumento istius text' ff. pro donato.* ubi Pomponius: *Si vir, inquit, uxori, vel uxor viro donaverit: si alienæ res donatæ fuerit: verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is, qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere.* Hæc in specie error juris fuit: quòd putaverint, donationem inter conjuges validam esse, *contra tit. ff. & C. de donationib. inter vir. & uxor.* facti autem: dum res aliena, pro propria donantis, in donationem venit: & tamen usucapio procedit. Quo satis manifestè videtur demonstrari: juris errorem cum facti errore conjunctum usucapioni non obesse. *Sed hoc* licèt Bartolus, & alii ex ista lege colligant: veritati tamen magis consentaneum reor; hunc etiam juris errorem, qui cum errore facti concurrit, usucapioni creare impedimentum, *per textum in d. l. nunquam. 31. in princip. ff. de usurpat. & usucap.* ubi error juris & facti conjunctus fuit, nec tamen usucapioni locus relinquitur. Facti error fuit, quòd empta fuerit res aliena, quam emptor pupilli esse crediderit: juris verò, quòd putaverit, rem pupilli sine tutoris auctoritate distrahi posse. *Nec contraria est d. l. si vir. 3. ff. pro*

90 *donat.* Ibi enim circa contractum illum donationis error non intervenit: quandoquidem donatio rei alienæ facta est, quæ virum donantem non reddidit pauperiorem. Igitur donatio jure valuit: & sic contrahentes in genere tantùm erraverunt; putantes, donationem inter conjuges regulariter subsistere. Circa speciem autem istius contractûs, *ut modo dictum,* nullus error fuit commissus, sicque optimo jure usucapio procedere potuit. *Quâ de re videantur Didacus Covarruv. in d. cap. possessor. part. 2. relect. § 7 nu. ult. de reg. jur. lib. 6. Anton. Faber. lib. 7. conjectur. jur. civ. cap. 13. Vasq. lib. 2. illustr. controversiar. cap. 79 num. 3 & 4. Gilken. d. part. 2. membr. 1. cap. 3. num. 46. aliiq; per eos relati.*

91 Hactenus intelleximus: juris errorem ad usucapionem nihil omnino prodesse: sed bonam fidem, ex errore facti alieni provenientem, desiderari. Quid ergo, si usucapione sive præscriptione bonâ fide completâ, is, qui legitimè præscripsit, rem fuisse alienam cognoverit: num eam in foro conscientiæ veteri domino restituere tenebitur? Non teneri multiplex suadet ratio. Tum quia lex justa etiam in foro conscientiæ seu judicio animæ (*uti loquuntur*) vim obtinet & servari debet: cùm obtemperandum sit magistratui, ejusque legibus, non solùm propter iram, sed & propter conscientiam, *monitore D. Paulo ad Roman. 13. v. 5.* Iustissimam autem legem esse, quæ usucapionem, & per hanc dominii translationem introduxit, liquet *ex l. 1. ff. de usurpat. & usucap. & illis, quæ notata sunt suprà num 29. & seqq.* Tum quia si jure 92 93
stè possidet, qui auctore prætore possidet, *l. Iuste 11. ff. de acquir. vel amitt. possess.* multò majore justitia nititur, qui auctoritate legis possidet. Hæc quippe rerum omnium domina est & regina: easque cui, & quando vult, rectè aufert & attribuit, *l. 2. ff. de legibus.* Tum quia non potest dici in mala fide esse, cui jam completa ritè præscriptione supervenit rei alienæ scientia. 94
Malam namque fidem esse scientiam rei alienæ, traditum est *suprà num. 63.* Atqui res præscripta non potest ampliùs dici aliena, postquam est præscripta, sed censetur propria præscribentis. Haud enim alienum est, quod jure possidetur, inquit Augustinus *in can. quid dicam. 11. circa fin. caus. 14. quæst. 4.* Tum denique quia restitutio, quam quis in conscientia facere tenetur, inde provenit; quòd res alienas, vel alii 95
debitas sine peccato detinere non possumus, *cap. peccatum. 4. de reg. jur. lib 6. cap. filius noster. 5. ext. de testam.* Quod legi divinæ apprimè congruit: quæ furtum facere; & rem alienam concupiscere prohibet, *Exod. 20. v. 15. & 17.* Sed rem legitimè usucaptam non ampliùs esse alienam, modò ostensum est. Ergo nullâ ratione antiquo domino eam restituere usucaptor obnoxius est; tametsi illam fuisse alienam, post impletam usucapionem resciverit. 96

Non huic obstat sententiæ trita regula: quòd actus vitietur, cùm pervenit eum ad casum, à quo incipere non potest, *l. existimo. 98. in fine principii ff. de verbor. obligat. l. proparte 31. ff. de servitutib. l. qui in eum. 16. ff. ad leg. Aquil. l. 3. in fin. ff. de his, quæ pro non scriptis habent.* Nam regula illa officium suum perdit, quando actus jam est perfectus & consummatus. Tunc enim impedimentum superveniens non vitiat, neque nocet, *arg. l. plurib. 140. § etsi placeat. 2. ibiq; Bartol. ff. de verb. obligat. Dynus in c. factum legitime 75. nu. 7. & 8. de reg. jur. in 6. & exucleatiùs expositum in princ. tit. infrà de heredit. quæ ab intestat. defer. num 242. & 298.* 97

Similiter nihil resistit pervulgata regula: quod cessante causa necessariâ vel finali, cessare debeat etiam effectus, *c. cùm cessante. 60. ext. de appellat. c. cum infirmitas. 13. ext. de pœnit. & remiss. l. adigere. 6. § quamvis. 2. ff. de jure patronat. l. ex facto. 43. in princip. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Ea siquidem procedit ante effectum consummatum: secus, si effectus consummationem suam jam esset sortitus. Tunc etenim licèt cesset causa: non tamen cessat effectus, *argum. l. qui res. 98. § aream 8. ff. de solutionib. l. sancimus. 25. ibi, non enim debet, quod rite & secundùm leges ab initio actum est, ex alio eventu resuscitari. C. de administr. tutor. d. cap. factum legitime. 73. de reg. jur. in 6.* Tra- 98

quell

quell in tract. cessante cauſ. cessat effectus. limitat. 12.
& Adrian. Gylman. tom. 2. ſymphoremat. ſupplication.
part. 1. vot. 21. num. 39. Ergo & in noſtro caſu mala fi-
des poſt completam præſcriptionem ſuperveniens
obeſſe non debet. Atque ita docuerunt *Gloſſ. & Pa-*
normitanus in cap vigilanti. 5. ext. de præſcript. Dom.
Soto libr 4. de juſtit. & jur. quæſt. 5 art. 4. Balb. in
tract. de præſcript 2. p 3. principal. quæſt. 9. num. 3. & 4.
Sarmient. lib. 2 ſelect. interpret. cap. 10 num. 2. & ſeqq.
Ludovicus Carbo in tract de omnium rerum reſtitut.
quæſt. 84 pag 589. cum ſeqq. Titaquell de præſcript. §. 1.
gloſſ 2 Schneidezvin. hic num. 18. Covarruv. in c. poſ-
ſeſſor. malæ fidei. part. 3 relect §. 2. Fachineus lib 1. con-
trovers jur. cap. 64. Leſſius d. lib. 2. de juſtit. & jur.
cap. 6. dubitat: 17. num. 50. & ſeq. Vngepaur. exercit. Ju-
ſtin. 7. quæſt 2. pag. 286. edit. ult. D Obrecht diſput. 26.
th. 328. & ſeqq. Bronchorſt. cent. 4 aſſert. 7. Arumæus
Exercit. Juſtin. 6. th 7. Berens diſput. 5. ad Inſtit. them. 1.
quæſt. 8. Hunnius in reſolut. ad Treutler. vol. 2. diſput.
22. th. 6 quæſt 42. pag 337. & ſeq. Hœnon. diſput. 6.
controverſ 11. Matth. Stephan. cent. 2. quæſt. 39. & Ni-
gerdin. libr. 2. diſput. 3. quæſt. 12. De eadem re conſule
Vultejum *hic num. 40. ad finem*. Bachovium *in ſuis*
notis ad Treutler d diſput. 22. th. 6. lit. c. verſ. com-
pleta & pag. 404. cum ſeq Connanus *libr. 3. Com-*
mentar. jur. civ. cap. 13. num. 9. circa finem. & Gilke-
nium *in tractat. de uſucapionibus. part. 2. membr. 2.*
cap. 8. ubi *num. 1. & 12.* utriusque opinionis au-
ctores recitat, & tandem *num. 18.* Connani diſtin-
ctionem approbat.

Secundò ad uſucapionem requiritur titulus, *ut hic*
99 *in verb. rem. emerit. &c. l. Celſus 27. ff. de uſurpat. &*
uſucap. l. nullo. 24. C. de rei vindicat l. ſervum. 22 C.
famil. erciſc l. ult. C ne de ſtat. defunctor. l. unic. ibi, ut
in omnibus juſto tit. C. de uſucap. transfermand. l diu-
100 *tina. C. de præſcript. longi temporis*, Tituli variam eſſe
ſignificationem notum eſt *ex Lexicis Briſſoni &*
Schardii in verb. titulus, &c. & gloſſa in l. non eſt
ambiguum. 9. C. famil. erciſc. Alias enim deſignat
tractatum, ſive materiæ, quæ tractatur, inſcriptionem.
l. 1. ff. de rebus credit. ſi cert. petetur. l. 1. ff. de in integrat.
reſtitutionib. l. 2 §. ult ff. de interdict l. 1. §. de qua au-
tem. 10. ff. de poſtuland. vel edicti caput. *l. 1 in prin-*
cip. ff. de collat. bonor l. pronuntiatio. 195 §. ſervitium. 3.
ff. de verbor ſignific. Aliàs gradus: dignitates & impe-
ria magiſtratuum ſignificat. *l. 1. & 2. C. ut nemo priva-*
tus titulos, &c. Novell. 17. cap. 15 & Novell 164. cap. 1.
Aliquando denotat colorem ſive prætextum, quo
quiſpiam excuſatur, *l. ſi quis tutor. 60. §. quid ergo. 4. ff.*
de ritu nuptiar. Nonnunquam etiam titulus juſtam
cauſam poſſeſſionis, ſecutus, quo aliquid poſſidetur,
demonſtrat, *ut hic in verb. juſtâ cauſâ acceperit. l. ſi*
quis diuturno. 10. in princip ff ſi ſervit. vindicet. l 1. ff.
pro ſoluto. l. 1. in princip. pro dote. l 3. §. genera. 21 ff. de ac-
quir. vel amitt poſſeſſ. l. nec ullam. 13. §. 1. ff de heredit.
petit. Etenim interrogatus, cur aliquid & quomodo
poſſideas, titulum ſeu cauſam poſſeſſionis legitimam
profers: quia eam emiſti: quia Titius eam donavit,
101 vel legavit, &c. Extant quippe tales, & alii multi in jure
noſtro tituli juſti, & ad transferendum dominium ido-
nei pro emptore, pro donato pro ſoluto, pro dote, pro
herede, pro legato, pro derelicto, & ſimiles, quibus
cauſæ acquiſitæ poſſeſſionis indicantur, *l. non ſolùm.*
33 §. 1. ff. de uſurpat. & uſucap. l 2. § 1. ff. pro herede. d. l.
3. § genera. 21 ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. Deficien- 102
te itaque juſto ſeu legitimo titulo, deficit juſta poſ-
ſeſſionem deficiente juſtâ poſſeſſione, deficit uſuca-
pio: quia etſi poſſeſſio ſit facti; non tamen propter-
ea debet eſſe à jure remota: quod fieret, ſi ſine titulo
poneretur, *ut docet Vultejus hic num 38.* Sed & hæc
ratio reddi ſolet, cur uſucapio, non præcedente juſto
titulo, procedere haud poſſit: quia injuſtum legislato-
ribus viſum eſt; licere ex omni cauſa unicuique pro
captu ſuo, inſatiabilique affectu poſſeſſionem aſſere-
re, & ſic rem alienam uſucapere. Si enim nuda tradi-
tio, etiam à vero domino facta, dominium non trans-
fert: ſed juſtam aliquam cauſam præcedere oportet,
l. nunquam nuda 31. in princip. ff. de acquir. rerum do-
min. nec quidem habita fortuitò poſſeſſio conditio-
nem uſucapiendi, quà tandem dominium nanciſci-
mur, transferre debet. *l. clavibus 74 ff de contrah.*
empti Coraſius ad l. ſervitutes. 14. ff. de ſervitutibus.
numero 30.

Quanquam autem in uſucapione triennali, & præ- 103
ſcriptione longi temporis, decem ſcilicet annorum
inter præſentes, & viginti inter abſentes, titulus eſt
neceſſarius, *hoc principio noſtro. & d. l. nullo. 24. C. de*
rei vindicat. d. l. diutina 4 & l. ſuper longi. 11. Cod. de
præſcript longi temper. d. l unic. §. cùm autem C. de uſu-
cap. transform. & concordantib. Gilken. in tract. de u-
ſucapionib. part. 2 membr. 1. cap. 6. num. 5. Fachin lib. 8.
controverſiar. jur cap. 30. ubi Vaſquium libr. 2. illuſtr.
controverſ cap. 61 cum ſeqq. arbitrantem, ex diutur-
na poſſeſſione titulum præſumendum eſſe, refutat: atta-
men in præſcriptione temporis longiſſimi, trigin-
ta videlicet, vel 40. annorum, ſolum temporis longiſ-
ſimi curriculum omnia privata & publica jura peri-
mere, adeòque ad uſucapionem abſque tituli admini-
culo ſufficere, conſtat *ex l. 3. & 4. C. de præſcript. 30.*
vel 40 annor. & aliis ſuperius allegatis. num. 79. & u-
berius explicant Balbus in tract. de præſcript. a part 3.
principal. quæſt. 6. num 2. cum ſeqq & in repetit. d. l.
Celſus 27. num 4 ff. de uſurpat. & uſucap. Schneide-
vvin. hic num 42. & Heigius num 28. itemq; D Be-
cerus num. 22. pap. 191. Althuſ. lib. 1. dicæolog cap. 42
num. 14. pag 155. Covarruv. in cap. poſſeſſor. 2. part. 2.
relect. §. 5. num. 2. verſ. ſecunda concluſio, &c. de reg.
jur. lib 6 & Gilkenius d. part. 2. memb. 1. cap. 11. Pla- 104
nè in præſcriptione temporis, memoriam hominum
excedentis, titulum non requiri, extra omnem con-
troverſiam poſitum videtur. Tum quia tempus il- 105
lud vim privilegii & conceſſionis habet, etiam in iis,
quæ Principi ſunt reſervata, *l. ſuper quibusdam. 26. §.*
præterea. de verb ſignific Bellon. conſ. 55. num. 5. Eman.
Soarez in theſaur. recept. ſentent lit P num. 223. Tum
quia vicem legis obtinet, *l. 1. §. ult. & l 2. in princip.*
ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend. Tum quia loco ti-
tuli, legitimè acquiſiti, habetur, *l. 3. §. ductus 4. ff de*
aqua quotid & æſtiv Mynſing cent. 1. obſerv 30. Bor-
cholt. in explicat. cap. unic. quæ ſunt regalia. num. 19. in
fine.

usib. feudor. Vultej. hic num. 38, in fin. & lib. 1. Iurispr. Rom. cap. 71. nu. 46.

106 Ast hoc non omnis contemptionis expers est: utrùm temporis immemorialis præscriptio corruat, si de titulo vitioso atque injusto appareat? Vasquius equidem d. lib. 2. cap. 81. num. 11 & seq. post alios, quos refert, opinatur: præscriptionem temporis immemorialis non cessare aut vires suas amittere, etiamsi de titulo invalido & illegitimo constet. Sed contrarium, inspecto jure Canonico, verius judicant illi, quos enumerant Mascardus in tract. de probationibus vol 3. conclus. 1371. num. 38. 63. & seq. Quibus noviter non sine ratione accedunt Fachineus d. libr. 8. controvers. jur. cap 33. & Hænonius disput. 6. controvers 2.

107 Siquidem titulus vitiosus & injustus malam fidem inducit, quæ omnem omnino præscriptionem impedit. cap. ult. ext. de prescriptionib. & copiosiùs demonstratum supr. num. 79.

108 Et quamvis maxima sit præsumtio pro eo, qui tanto temporis spacio possedit: veritati tamen eam cedere oportet, can. veritate. 4. cum seqq. Distinct. 8.

109 Nec remoratur hanc sententiam; quod bona fides, etiam ex stultâ & injustâ causa orta, sufficiat, arg. l. igitur. 12. §. & generaliter 3. ff. de liberali caus. Bona namque fides, ex errore facti procedens, ad usucapionem sufficit: ex errore juris descendens, nequaquam: quia juris error acquirere volentibus nunquam prodest, l. 4. ff. de jur. & fact. ignorant. l. nunquam. 31 ff. de usurpat. & usucap. & declaratum latius suprà num. 82. & seq. Præterea in d. l. igitur. §. 3. ff. de liberal. caus. non dicitur bonam fidem eo injustis causis oriri: sed hoc tantùm traditur; eum, qui sive justis, sive injustis rationibus ductus putavit, sed liberum esse, & in libertate moratus est, à dolo excusari: quod ad propositam præscriptionis materiam accommodari non potest.

110 Nihil item obstat, quòd præscriptio temporis, cujus initii non extat memoria, nullum titulum desideret, ut paulò antè ostensum, num. 104. & seq. propterea licèt titulus adsit, sed minùs idoneus, nil præscriptioni obesse possit, argum. l. unic. in princip. C. de rei uxoria act. ubi inutilis dotis stipulatio pro utili habetur. Nam consequentia negatur: quandoquidem titulus illegitimus & vitiosus malam fidem inducit, ut suprà dictum. Malam autem fidem præscriptionem impedire, ex prædictis notissimum est. Aliud est in stipulatione dotis inutiliter adjectâ: quia ista vitiatur, & non vitiat, hoc est, tacitam illam à lege inductam stipulationem non refringit aut retardat. Sic nonnunquam contingit, ut quædam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacitè intelligi potuissent, nec essent obfutura, respondente Medestino in l. nonnunquam. 52. ff. de condit. & demonstrat. Titulus ergo injustus eum malæ fidei sit argumentum; nocet. Cæterùm si nullus prorsus adsit titulus temporis longissimi & immemorialis præscriptio procedit: quoniam mala fides non appater. Sed vide pleniùs hæc explicantem Fachin. loco præalleg.

111 Porrò in usucapione servitutum titulo opus non esse, probabilius multis videtur, Cyno & Saliceto numer. 5. in l. 2. C. de servitutib. & aquif. Francisco Balbo de præscript. p. 2 part. 4 principal. quæst. 2. Bachovio in tract. de actionib. disput. 3. sub th. 6. pag 66. & seq. Cujacio ad l. 4. §. libertatem ff. de usurpat. & usucap. Donello lib. 4. 11. Commentar. de jure civ. cap. 12. Hieronymo de Cevallos in specul. aur. opin commun. cont. commun quæst. 47. Bronchorst. cent 1. ἐναντιοφανῶν. assertat. 93. edit 2. & aliis, per textum in l. si quis diuturno 10 ff. si servit. vindicet. ubi Vlpianus, Si quis diuturno, inquit, usu, & longa quasi possessione. jus aqua ducenda nactus sit: non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est Quod jus statim interpretatur titulum; dum subjicit, veluti ex legato, vel alio modo. Legatum enim usucapiendi titulum esse, patet ex tot. tit ff. pro legato. Idem colligitur ex l. 1. §. ult & l fin. ff. de aqua. & aque pluv. arcend. item q. l. apparet. 5. § penult. ff. de itinere. actuq. privat. Hujusque opinationis ratio hæc assignari solet: quia in præscriptionem jurium incorporalium requiritur taciturnitas seu patientia & scientia domini sive adversarii, quæ loco tituli habetur. l. si à te emero. 16. ff. si servit vind. l. ult. ff. de servitutib. & d. l. 2. C. de servitutib. & aqua. Hænonius d. disput 6. controvers. 6. Vide Gilkenium in tract. de usucap. pars. 2. memb. 1. cap. 10. Non obstat; quòd generaliter traditum est: in præscriptione titulum requiri l. diutina. 4. C. de præscript. longi temporis, &c. Istud enim pertinet ad terminos habiles præscriptionis propriè dictæ: earum rerum, in quibus nihil est aliud, quod locum tituli suppleat: quale hic est scientia & patientia domini, in servitutibus, quarum nulla vera præscriptio est. Ex quippe traditionem non recipiunt: sed omnis earum possessio est in usu, quem quis exercet in alterius fundo: quod qui fieri patitur; tituli probationem jure exigere nequit. Similiter non obstat, quod ad usucapionem non solùm bona fides, quæ non videtur esse posse sine titulo; sed etiam bonum initium requiratur. l. 2. & l. ult. circa fin. C. de prescript. longi temporis decem vel 20 anner. Quandoquidem bonam fidem citra titulum esse posse; inde parescit: quod sufficiat, scire dominum, vel alterum existimare, quod dominus sciat: atque adeò ex hypothesi scientiæ domini, aut justæ existimationis frustra disputetur de mala fide: quam dominus non poterit objicere ei, qui palam jure servitutis usus est. Sed & is, qui palàm uti incipit servitute, bonum habere initium intelligitur. Multò minùs obstat illud; quòd, cùm quælibet res præsumatur libera, necesse habeat is probare titulum, contra quem militat præsumptio, argum. §. 1. suprà de jur personar. l. libertas 4 ff. de stat. homin. l. altius 8. & l. seq. ibiq. Gloss & Bald. C. de servititutib. & aqua. Alciatus in tract. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 1. num 2. & præsumpt. 3. num. 2. Ista hæc namque præsumptio non est juris, & de jure, sed earum ex numero, quæ admittunt probationem in contrarium, & fortiori præsumptione eliduntur: qualis est, usus diuturnus servitutis, in fundo alterius, qui propter hoc non ampliùs potest liber præsumi. Sed vide Menochium libr. 1. de præsumpt. quæst. 60. & seqq. ubi diligenter explicat an et quatenus præsumptio juris et de jure probationem in contrarium admittat. 112

mittat. Ad alia,quæ noſtræ ſententiæ opponi ſolent,
nervosè ac ſolidè reſpondet Bachovius *d.tract.de a-*
ctionib.diſput.3 ſub th.6.p.67 Et huc quoq; referenda
ſunt,quæ diximus copioſiùs *ad §.ult.ſupr.tit.de ſer-*
vit.præd.nu.14.& ſeq.

113 Ecquid is,qui ignorat,ſe titulum habere, ad præ-
ſcribendum neceſſarium, rectè præſcribat,non uſque-
quaque expeditum eſt? Nam negant id *Baldus & Sa-*
licetus in l.5.C.per quas perſon.nobis acquirit. Felinus
in cap.illud.8. colum.1. ext. de præſcriptionib. & alij
nonnulli:affirmant verò *Bartolus, Angelus, & Ioan-*
nes de Imola in l,2.§.ſi ſub conditione.2.ff de uſucap.
pro emptore. Vaſquius d.lib.2. controverſ.illuſtr.cap.
69. hosq; laudans Fachineus d.lib.8. controverſ. jur.
cap 31. Et certè non ſine firmo juris fundamento af-
firmant. Etenim *in d.l.2.§.2. circa finem.* perſpicuè
reſpondetur; eum uſucapere poſſe,qui titulum ſuæ
poſſeſſionis ignorat: ſiquidem heres ibi defunctum
emiſſe neſciebat. Is quoque , qui ſub conditione e-
merat,conditionem extitiſſe ignorabat: & ideo ſimi-
114 lis erat illi,qui non putabat,ſe emiſſe: & tamen iſti o-
mnes uſucapere poſſunt : quia potiùs veritas atque
ſubſtantia rei intuenda eſt, quàm opinio poſſeſſoris,
ut ibed.indicatur.

115 Neque huic reclamat aſſertioni *l poſſeſſio,49 §. etſi*
poſſeſſio.2.ff.de acquir.vel amitt.poſſeſſ.& l.1.C.de ac-
quir.& retinenda poſſeſſ quibus in locis ſcribitur,u-
ſucapionis conditionem ſcienti competere. *Haud*
enim negatur in his legibus, eum uſucapere poſſe, qui
titulum poſſeſſionis ignorat: ſed hoc tantum nega-
tur,eum poſſe uſucapere, qui poſſeſſionem ipſam ſibi
quæſitam ignorat Nam tametſi poſſeſſio ignoranti
acquiritur : uſucapio tamen ignoranti ſe poſſidere
non conceditur. Cur ita? quia is,qui ſe poſſidere
ignorat,bona fide caret; hoc eſt, non credit eum do-
minium eſſe, qui tradidit. Neſcit quippe, ſibi poſſeſ-
ſionem eſſe acquiſitam. At ſi poſſeſſionem ſibi quæ-
ſitam non ignoret, licèt poſſeſſionis ſuæ ignoret ti-
tulum, nihilominùs uſucapere poteſt, *dict.l.2. §.2.*
ff. de uſucap. pro emptore. Fachineus dicto loco. Vi-
deatur quoque Gilkenius dict. part. 2. membr. 1.
capite 13.

116 Non uſque adeò inconvenienter & illud in quæ-
ſtionem hoc loco vocatur: num ſui heredes rem a-
lienam,in hereditate paterna inventam, titulo pro he-
rede uſucapere valeant? Et quamvis negativam tueri
conentur *Accurſius,Bartolus, Alexander & alii com-*
muniter ad l.2. §.filium ff.pro herede. Covarruv.in
cap poſſeſſor 2. part. relect. § 5. de reg.jur. in 6. Andr.
Gerhard.decad.6.quæſt.2. Donell lib.5.Commentar.de
jur.civ.cap.14 pag.369. Hunnius diſput.6 th.20.item
lib.2.var.reſolut.jur.civ.tract.3. quæſt 9.& in reſol.
ad Treutler.volum.2.diſput.22 th.5.quæſt.36.pag.325.
*cum ſeq.& Faman.diſput.12.th.6.ad lit.E.*contrariam
tamen ajentem ſententiam veriorem eſſe judico. Pri-
mò enim generaliter definitum eſt : eum, qui teſta-
menti factionem habet,id eſt,qui in teſtamento heres
inſtitui poteſt,pro herede uſucapere poſſe, *l. ult.ff. pro*
herede. At qui in ſui heredes inſtitui poſſint, non du-
bium eſt,*initio & tot. tit. infrà de exheredat. liberor.*

Deinde titulos pro herede generalis eſt, & in omni-
bus heredibus obtinet,*tot.tit ff.pro herede.* Ergo &
in ſuis, qui domeſtici ſicque veri & proprii heredes
ſunt,*§.ſui autem,2.verſ.ſed ſui quidem. infr.de hered.*
qual.& diff. obtinebit. *argum. l de pretio.8.ff.de Pu-*
blic.in rem act. Præterea ſuitas,in favorem filii intro- 118
ducta, in odium & detrimentum ejus converti nō de-
bet,*l.quod favore. 6. C.de legib.cap.quod ob gratiam.*
61.de reg.jur.in 6. Denique non obſcuri juris eſt,quòd 119
ſuus heres poſſeſſionem demum poſt mortem pa-
tris per apprehenſionem conſequatur. *l. cùm heredes*
23.in princ.ff.de acquir.vel amitt,poſſeſſ.et explicatiùs
docui ad §.ſui autem heredes 3.infrà,de heredibus. quæ
ab inteſt.deferunt nu.6.et ſeqq eiq; nulla uſucapio ex
perſona patris, ſed ex perſona duntaxat ſuâ compete-
re poſſit, *argum. l. ſine poſſeſſione. 25. ff. de uſurpat.*
et uſucap.

Huic traditioni nihil quicquam derogat *d l.2. §. 1.* 120
verſ.filium.ff pro herede. ubi Servius negavit, filium
donatam rem à patre uſucapere pro herede. *Meritò*
enim uſucapio ex titulo pro herede locum non habet
in re filio donatâ; quoniam eam filius vivo patre poſ-
ſidet ex titulo ſine cauſa donationis. Et licèt donatio
patris in filium non ſubſiſtat. *l.1.§ 1. ff.pro donato. l.*
cum de bonis.11.C.de donat.l.donationes,quas paren-
tes 25 C.de donat.inter viror. & uxor. tamen natura-
lem transferri poſſeſſionem, ſicut cùm vir uxori do-
nat *l.1.§.ſi vir uxori. 4.ff.de acquir. vel amitt.poſſeſſ.*
Proindeque filius non poteſt rem ſibi donatā ex alia
cauſa, nempe titulo pro herede poſſidere; & conſe-
quenter nec pro herede uſucapere. Nemo quippe ſibi 121
cauſam poſſeſſionis mutare poteſt.*d.l.2 § 1 pro herede*
l.3 §.illud quoq; 19 ff de acquir,vel amitt.poſſeſſ l.non
ſolùm 33 §.1.ff.de uſurpat.et uſucap. l. ad probationem
23. C. de locato. Quinimò ille ipſe textus *in dict l 2.*
§.1. ff. pro herede. ſi penſiculatiùs conſideretur, ma-
gis confirmat, quàm evertit noſtram ſententiam.
Siquidem ſi filius non poſſet uſucapere pro herede:
nulla erat ratio, cur quæreretur, an in ſpecie iſtius
legis uſucapere poſſet : In qua illud obſtabat,quòd
filius poſſeſſionem ex alia cauſa; quâm pro herede,
nactus eſſet.

Similiter non obſiſtit *l.2.C.de uſucap pro herede.* 122
ubi reſcriptum eſt : nihil pro herede uſucapi poſſe,
ſuis heredibus exiſtentibus. *Quandoquidem* non hic
ſenſus legis illius eſt : ſuos heredes non uſucapere
poſſe pro herede,ſed potiùs hoc volunt ibi Impp. ſuis
heredibus exiſtentibus, nihil pro herede uſucapi poſ-
ſe, non quidem à filio. ſed ab extraneo; qui contra fi-
lios, eosdemque ſuos heredes, rem hereditariam pro
herede uſucapere deſiderat. Hac interpretatione,quæ
verba maximè conſentanea eſt,admiſſa ? iſtius legis
deciſio ad filium, pro herede uſucapere volentem, ni-
hil pertinet. Iſthoc igitur reſcripto illud ſignificatur:
eum, qui pro herede poſſidet, non uſucapere pro he- 123
rede, ſi eadem hereditas ſuum habeat heredem : &
quidem hac ratione, quòd cum ſuus ſit heres, extra-
neo heredi in eadem hereditate locus non ſit : tum
quòd res eadem diverſo jure non cenſeatur *l. eum quæ*
ædes.23.in princ.ubi Bart.& alij ff de uſurpat. et uſu-

124 *cap. Ioan. Cephal. conſ. 255. nu. 13. vol. 2.* tum quòd duo
in ſolidum nec poſſidere, nec domini eſſe poſſint, *l. ſi,*
ut certo. 5. §. ſi duobus. 15. ff. commodati. l. poſſideri 3. §.
125 *ex contrario 5. ff. de acquir. vel amitt poſſeſſ.* Vſuca
pio autem ſine poſſeſſione contingere non poteſt. *d.*
l ſine poſſeſſione 25. ff. de uſurpat & uſucap. Ideoque
cùm extraneus heres non poſſideat, ſuis exiſtentibus
heredibus, qui ſoli poſſident; nec etiam uſucapere
poterit, *tradente D. Bocero hic pag. 193 num. 25. cum*
ſeqq. Et de ſenſu iſtius l. 2. C. de uſucap. pro herede. non-
nihil etiam diximus ad §. ſui autem heredes. 3. nu-
mer. 18. & ſeq. infrà de hereditat. quæ ab inteſtat.
deferunt.
126 Rurſus nihil adverſatur, quòd uſucapio ſit dominii
adjectio ſive adeptio, *l. 3 ff. de uſurpat. & uſucap. & ex-*
poſitum ſuprà ad princip. hujus tit. num. 6. ad quam
requiratur titulus, per quem dominium transferatur:
hoc § & d. l Celſus. 27. ff. de uſurpat. & uſucap. cum con-
cordantib. Filius autem, cùm patri ſuccedit. non ha-
beat titulum pro herede, quu novè domininm acqui-
rat: ſiquidem jàm pridem dominus fuerit, *l. in ſuis 11.*
ff. de liberis & poſthum. 8. & d. § ſui autem 3. inf. de he-
redit. quæ ab inteſtat. deferunt. ubi traditur, ſtatim
127 morte parentis dominium rerum hereditarium in
ſuos heredes continuari. Hoc, *inquam*, nihil adver-
ſatur. Nam argumentum non procedit à continua-
tione dominii ad uſucapionem: cùm in hac ſpecte-
tur continuatio poſſeſſionis; quem filium non niſi
poſt mortem patris per apprehenſionem conſequi,
pateſcit *ex d. l. cùm heredes 23. ff. de acquir. vel amitt.*
128 *poſſeſſ.* Præterea filiusfamilias, vivente patre (cum
quo una eademque eſſe, perſona fingitur, *l fin. C. de*
impuber. & aliis ſubſtitutionib. §. ſi quis alii 4. verſ et
verò. ibi, vox tua, tanquam filii, &c. ibiq; gloſſ. infrà
de inutilib. ſtipulat.) imaginariè tantùm per quandam
repræſentationem, & potiùs in ſpe, quàm re. domi-
nus paternorum bonorum cenſetur. Id quod argu-
unt *in d. l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſthum.* abundè illa
verba. *videatur, quaſi, quodam modo, exiſtimantur,*
videntur. Quæ voces notæ improprietatis ſunt &
fictionis, non veritatis aut proprietatis. Quæ ſanè juris
fictio cùm recepta tantùm ſit in bonis paternis: ad res
alienas, in hereditate inventas, porrigi, earumque uſu-
capionem impedire haud debet. Quibus ita expoſi-
tis, veriſſimà relinquitur concluſio: æquè ſuos, atque
alios heredes, titulo pro herede uſucapere poſſe. Eiq;
non inviti ſubſcripſerunt *Viglius in d. §. ſui autem.*
num. 4. infr. de hered qual & differ. Pinel. ad rubr C.
de bon matern part. 2. num. 40. & ſeq. Connan. lib. 10.
Comment. jur. civ. cap. 5. nu 7. Duaren. ad tit. ff. de li-
ber. & poſthum. cap. 3. §. moribus noſtris, &c Forcatul.
Necyomantia Dialog. 36. num. 5. Vaud. lib. 1. queſt 4.
Eschin. lib. 6. controverſ. jur cap. 31. D. Collega Bocer.
claſſ. 5. diſput. 22. th. 21. edit. 2. & in hoc tit. pag. 193.
num. 23 & ſeqq. Arum exercit. Iuſtin. 6. th. 8. Treutler.
vol. 2. diſp. 22. th. 5. lit. H. ibiq; Bachov. in ſuis not. p. 398
& ſeq. Hunnon. diſp. 6. controverſ. 5. Gilken. in tract. de
uſucap. p. 2. memb. 1. cap. 16. Matt. Stephani cont. 2. q. 37
Rob. diſp 9. th. 9 Berens diſp. 5. ad Inſtit. them. 1. quaſt. 9
& alii, ab iſtis allegati.

Tertiò ad uſucapionem requiritur *tempus legiti-* 129
mum. Et olim quidem lege XII. tabb. in uſucapione rei
mobilis, anni ſpacium, rei verò immobilis biennium,
in ſolo duntaxat Italico (Siquidem prædia provincia-
lia, cùm fuerint publica Populi Romani, nec uſuca-
pione; nec alio modo transferre atque alienari pote-
rant) fuit præſcriptum, *ut liquet ex hoc principio.* At
jure novo, auctis jam paſſim divitiis, ne domini matu-
riùs, quàm par eſſet, rebus ſuis defraudarentur, in u-
ſucapione rei mobilis triennium, immobilis decenni-
um inter præſentes, & vicennium inter abſentes, tam
in Italico, quàm provinciali ſolo, à Iuſtiniano fuit con-
ſtitutum, *l. unic. C. de uſucap. transform l fin. C. de præ-*
ſcript. longi temporis & hoc principio noſtro. Præſentes 130
autem & abſentes jus civile ex eadem provincia æſti-
mat, non ex eadem civitate; *legib. modo allegatis. Con-*
nan. lib. 3. Commentar. jur. civ. cap. 14. num. 9. Cæte-
rùm hodie, turbatis provinciarum limitibus, præſen-
tes non incommodè dicuntur illi, qui ſub eadem ſunt
præfecturâ, vel qui eundem habent judicem, *quemad-*
modum tradit gloſſ & Dd. ad d. l final. C. de præſcript.
longi temporis. Budæus in l. ſi in aliam 7 ff de offic. pro-
conſ. D. Bocerus in hoc tit. pag. 197. num 53 & Faman.
diſput 12 th. 7. lit. b. Et hac ratione fieri poteſt, ut pro
abſentibus habeantur, qui domiciliis non multùm ſe-
parati ſunt, ut qui in confinio duarum provinciarum
ſive præfecturarum degunt: & è contrario pro præ-
ſentibus intelligantur, qui remota domicilia habent,
docente D. Obrechto diſput 26. th 270. & ſeqq. Sanè
ſi quis diverſis in præfecturis domicilium habeat: ibi
domicilium in omnibus pro præſentia habetur: cùm 131
præſentia æſtimetur ex domicilio, quod quis in præ-
fectura aliqua collocavit, *argum. dict. l. fin. Cod. de*
præſcript. longi temporis & notat hic Linius. Rurſus ſi
quis nullum habeat domicilium, ſoloque animo rei
alienæ retineat poſſeſſionem, ſuasvè res negligat: hic
dicendum eſt, eum ubique pro præſente haberi: quo-
niam certam & ſtabilem ſedem non obtinet, ſed
quaſi totius mundi incola eſt, *D. Obrecht diſput. 27.*
th. 138. Quid verò, ſi quis aliquot annis præſens ſit, &
quibusdam abſens? Tum exigimus, ut quantum ab-
fuit temporis, tantum completo decennio præſens
poſſideat ad implendam uſucapionem, *per notata Cu-* 132
jacii in Novell. 139. cap. 7. Treutler. vol. 2. diſput. 22.
th. 4. ad lit. H Hacq; de re plura cumulavit Franciſc.
Balbus in tract. de præſcriptionib. 1. part quarta prin-
cip. quaſt 2. 3. & 4. pag. mihi 185. & ſeqq. Ratio au-
tem differentiæ, cur abſentibus concedatur tempus
longius, quàm præſentibus, eſt perſpicua. Quia hi re-
bus ſui, adeſſe, easque à poſſeſſoribus revocare poſ-
ſunt citius: illi non item, *docente hic Rittershuſio*
pag. 205. Imò etiamſi contra abſentem impleta ſit u- 133
ſucapio: tamen ei reſtitutio in integrum datur ex
cauſa juſtæ abſentiæ, quà uſucapio: tamen ei reſti-
tutio in integrum datur ex cauſa juſtæ abſentiæ, quà u-
ſucapio reſcinditur. *l. 1. Litem hi 24. l. nec non. 28. &*
paſſim ff. ex quib cauſ. majores, &c. Nemini quippe 134
officium ſuum, præſertim quo Reip. profuit, damno-
ſum eſſe debet *l. videl. 29. l. inter. 33 in fin. ff. eod. l. ſed ſi*
quis. 7. ff. teſtam. quemad, aperiant.

Iſtius

135 Istius porrò tẽporis jure determinati ratio ita initur, ut non à momento ad momentum, id est, ab hora ad horam, sed totus postremus dies computetur: adeòque qui hunc attigerit, is usucepisse reputetur, *l. in usucapionib. 6. & ibi Cujac. ff. de usurp. & usucap. l. pe-*
136 *nult. in princ. ff. de divers. temporalib. præscript.* Nec huic obstat *l. in omnibus 6. ff. de obligat. & act.* ubi Paulus respondit: in omnibus actionibus temporalibus, nisi novissimus dies totus compleatur, non finiri obligationem. *Nam* loquitur de actionibus personalibus (uti arguit vocabulum *obligationis*) hac lege cõstitutis: ut, si quis intra statutum tempus, putà intra annum vel biennium, &c. non egerit, ab agendo excludatur: & ideo postremus dies completus ut sit, nõ tantum cœptus necesse est. Siquidem verum est, eum agere intra annum, qui vel ultimi diei postremâ horâ agit, *arg. l. § quod diximus 9. ff. de successor. edict. & l.*
137 *majores ff. de jure immunit.* Ast in actionibus realibus, id est, quæ vendicandæ rei suæ dantur, contrarium observatur. In iis enim postremus dies aliquâ sui parte cœptus pro impleto existimatur, *d. l. penult. ff. de divers. temp. præscript.* Hujusque ratio est: quia constituitur priori domino in rem actio sub conditione, non si ipse egerit intra decem aut triginta annos, quibus res ab alio possidetur: sed si alius possessor non possederit tot annos: contraque priori domino placet finiri actionem in rem sub conditione, non si ipse inter eos annos non egerit: sed si possessor tot annos possederit seu impleverit tot annos. Hæc sanè verba priori domino actionem satis evidenter finiunt, cum usucapio ad novissimum postremi anni diem pervenit, etiamsi nondum dies sit finitus. Tunc etenim impletur tempus ad usucapionem constitutum: quandoquidem nihil quidquam amplius lex ad usucapionem exigit, *ut exquisitius id explicat Donellus lib. 5. Comment. de jure civ. cap. 19. D. Becer. in hoc tit. pag. 197. nu. 59. cum seq. & Connan. d. lib. 3. cap. 12. nu. 2. & 3. itemq; Hunn. in resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 4. quæst. 18. pag. 287. & seq.* Quamvis alii aliter dissentiant, *Zas. in d. l. penult. ff. de divers. temp. præscriptionib. Vigil. in § præterea. 1. nu. 5. infr. quibus non est permissi fac. testam. Bronchorst. cent. 4. ἐναντιοφανῶν. assertat 8. Duaren. ad tit. ff. de usurpat. & usucap. cap. 4. item de obligat. & act. cap. 8. & ad l. 3. §. 3. ff. de minorib. Ioan. Robert. l. 1. sententiar. jur. cap. 3. Gœdd. in l. 2. §. 1. ff. de verb. signif. num. 25. cum seqq. Merc. lib. 2. opinion. cap. 4. & Henr. Salmuth in not. ad lib. 1. rerum memorabilium Guidonis Pancirolli tit. 10. pag. 468. & seqq.*

138 Planè hodie res mobiles tam Ecclesiæ, quàm privatorum, usucapione triennii acquiruntur: idque tàm de jure canonico, quàm civili, *Auth. quas actiones, ibique gloss. in verbo, durantibus C. de SS. Eccles. can. jubemus 16. § quas actiones, caus. 16. quæst. 3. Speculat. in tit. de restit. in integr. §. 2. vers. ut autem &c. Angel. Aretin. in § res fisci. 9. infr. h. tit. nu. 9. Balb. in tract. de præscript. 1. part. 5. princ. in princ. nu. 10. pag. 330. hosque cum aliis etiam Covarruv. in c. possessor. part. 2. relect.*
139 *§. 2. nu. 5. ubi de communi testatur.* Quadriennii præscriptio locum sibi vindicat in rebus fiscalibus. Vacantium namq; , sibiq; denunciatorum bonorum persecutionem fiscus quatuor annorum silentio amittit: & contra ipse, si quam rem fortè alienam, vel communem, vel alii pigneratam, quasi caducam alienaverit; dominum, vel creditorem agentem in rem, vel hypothecariâ actione, quadriennii exceptione repellit, *§. ult. infr. hoc tit. l. 1. & 2. C de quadrien. præscript. & ibi in Paratit. l. Cujac. l. 1. §. divus 2. ff. de jure fisc. l. quia autem 6. §. certè si vacantia. 7. ff. si quis omissa. caus. testam. l. intra quatuor. 10. ubi gloss. ff. de divers. tempor. præscript.* Si verò res ob vectigal non solutum cecidit in commissum: tunc quinquennio opus erit, *l. 2. C. de vectigalib. & commissis.* Sed de rerum fiscalium præscriptione latiùs agunt *Schneidevvin. hic sub c. de speciebus præscriptionis nu. 39. & seqq. Balb. d. tract. de præscript. 2. part. 5. princ. quæst. 1. pag. 396. cum seqq. Covarruv. d. part. 2. §. 2. nu. 7. D. Obrecht. disput. 26. th. 193. cum seqq. & disp. 27. th. 104. & seqq. & nos in §. res fisci, 9. infr. hoc tit.* 140

Decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes, res immobiles tum corporales, tum incorporales, utputà servitutes omnes, præscribuntur *l. ult. C. de præscript. long. temp. et copiosè exposui in § ult. supr. de servit. præd. num. 5. et seqq.* Viginti item annorum decursu actiones criminales seu accusationes tolluntur, *l. querela 12. ibiq; Bald. Angel. et Gothofred. C. ad leg. Cornel. de fals. Gomez. tom. 3. var. resolut. jur. civ. cap. 1. num. 6. Gœddæus ad l aliud fraus 131. §. 1. nu. 10. ff. de verbor. signif. Ægid. Bossius in tit. de accusat. num. 32. et seq. Althus. lib. 2. dicæolog. cap. 6. num. 49. pag. 544. D. Marta tom. 3. digestorum novissimorum, tit. præscriptio. cap. 37. et seq. fol. 278.* Quod tamen non procedit in casibus, ubi jure communi minus spacium est præfixum: ut in actione injuriarum, criminaliter intentatâ, quæ ad instar civilis anno expirat, *l. si non convicij. 5. C. de injur. & explicabitur uberius in §. hæc actio 12. infr. de injur. num. 3. & seqq.* in actione de dolo, quæ biennio terminatur, *l. fin. C. de dol. mal.* in crimine adulterii, de quo post quinquennium accusari nemo potest, *l. mariti. 29. §. sex mensiũ. 5. et §§ seqq. ff. ad leg. Iulian. de adult. l. adulter 5 C. eod. Iul. Clar. li. 5. sent. §. fin. quæst. 51. nu. 4. Treutler. vol. 2. disp. 22. th. 4. ad lit. C ubi vide Bachov. in suis not. pag. 385. & graviter dissentientem Hunnium in suis resol. quæst. 21. p. 297. cum seqq. it. in resol. ad disp. 31. th. ult. quæst. 69. pag. 471. & seq.* ubi speciosis & non spernendis rationibus ostendit: accusationem facinorosorum 20. quidem annorum spacio præscribi; sic, ut post tantum tempus reus ampliùs accusari nequeat: sed crimen ipsum vicennali præscriptione non extingui, ut judex ex officio contra facinorosum amplius procedere non possit) & in similibus enumeratis à *Ludovico Carer. in tract. crim. § homicidium 6. num. 378 Balbo. d. tract. de præscript. 4. part. quarta princ. quæst. 2. num. 4. & seqq. pag. 239. & Schneidevvino d. cap. de speciebus præscriptionis. num. 47. & sequentib.* Cæterùm Electorem Saxoniæ Augustum illam quinquennalem præscriptionem in adulterio, in territorio suo sustulisse, liquet *ex part. 4. Constitut. 19.*

The right-margin numbers 141, 142 and 143 stand beside the lines beginning "Decennio inter præsentes", "fu actiones criminales" and "de dolo" respectively.

in fine. & testatur Ioachimus Scheplitz *in notis ad promptuar. tam juris civil. quam feudal Balthasari Klammeri. titul. 40. de usucap. & praescript. §. 8. num. 4.*

144 Triginta annorum spacio res immobiles, non solùm allodiales, sed & feudales praescribi, constat *ex c. unic. §. si quis per 30. annos. si de feud. defuncti contentio, & c. tit. 26. lib. 2. feud.* Ratio, cur praescriptione 30. demum annorum feudum acquiratur, nec anni decem vel viginti, quibus aliàs praescriptio de jure communi procedit, sufficiant, haec dari solet: quia rerum feudalium praescriptio durior est, & majoris praejudicii, quàm praescriptio rerum allodialium. Etenim per rerum feudalium praescriptionem vasallus domino ad multa obligatur, & vice versâ dominus vasallo ad multa obstringitur: ac proinde ad mutuam istam obligationem constituendam non sufficit tempus lõgum, sed longissimum desideratur, *Haneton. lib. 2. feudi. cap. 1. ad fin. Borcholt. in Commentar. in consuetud. feud. cap. 7. part. 3 nu. 5. pag. mihi 172. Rosenthal. tract. feud. cap. 6. conclus. 77. nu. 6. hosq; laudans D Bocer. in tract. de praescript. feud cap. 2. nu. 24 & class. 5. disp. 17. th 14 edit. 2.*

145 Cui non refragatur textus *in capitib. extraordinar. tit 87. lib. 2. feud.* ubi scriptum legimus, longi temporis praescriptione feudum acquiri. *Nam* textum illum ex jure Longobardico, quo tempus longum est annorum triginta, qui aliàs jure civili sunt tempus longissimum, interpretandum esse, censet Vultejus *lib. 1. de feud. cap. 9. nu. 5.* cui assentiri videtur Gothofred. *in notis suis ad dictum tit 87.* Deinde locus iste non absurdè exaudiri poterit de casu, quo quis praedium aliquod à non domino per investituram in feudum bonâ fide accepit. Qui ita in feudum accepit praedium: praescriptione longi temporis feudum in eo praedio acquirit, eâque adversus dominum illius praedii se tuetur, At textus *in d. tit. 26. §. si quis per 30. annos l. 2. feud.* loquitur de praescriptione, quâ feudum in veri domini praedio, sine ejus investiturâ, acquiritur. *Atq; si ex Iacobo de Ardizone in epit. feud. cap. 54. p. 55. hoc explicat clariss. D. Collega Bocer. class. 4. disp. 14. sub th. 44. edit. 1.*

146 Non quoque resistit, quòd ususfructus, cui feudum assimilatur, *arg. tit. 23. §. ult. ff a feud.* longi temporis praescriptione acquiri dicitur *d. l. ult. in fine. C. de praescript. long. temp.* Argumentum enim à simili non pro

147 cedere contra expressam juris dispositionem, eleganter docet Everhard. *à Midelburgo in locis argumentor. legali b. loco à simili. nu. 11.* Cùm igitur in jure feudali expressè dispositum sit, ut triginta annorum praescriptione feudum acquiratur; utique argumentum à praescriptione ususfructûs, ad praescriptionem feudi duci nequit. *Dn. Bocerus d. tract. de praescript. feud. cap. 8. nu. 21. & seqq.*

Similiter non obstant illa juris feudistici loca, in

148 quibus cautum reperitur: quòd, si quis probet, se praedium aliquod nomine feudi aliquo tempore, hoc est, uno anno minimùm tenuisse, domino praesente & non contradicente, ejusq; servitium quasi à vasallo recipiente: praedium illud ei in feudum adjudicetur; si se, vel patrem suum de eo feudo investitum fuisse juret, *tit. 26. § fin. lib. 1. feud. & tit. 33. in princ. vers. inde etiam dicitur, &c. lib 2. feud.* Quandoquidem hi, & similes textus non agunt de temporis spacio, quo feudum praescribitur; sed quod vasallo, cui dominus litem movet de feudo, negando scilicet se eum investivisse, conducit ad hoc, ut ei, si rem feudalem possideat, probare liceat per jusjurandum; se, vel patrem suum de feudo isto investitum fuisse. Itaque quod res vasallo in allegatis locis in feudum adjudicari traditur, id non contingit ex lapsu temporis: sed ex praestatione juramenti. Hic autem feudi acquisitionem ex lapsu temporis metimur, cujusmodi jure feudali nulla alia, quàm annorum triginta occurrit; *D. Vultej. d. lib. 1. de feudu cap. 9. nu. 4.*

Caeterum haec feudi praescriptio ut locum inveniat, ad eam tria praecipuè necessaria putantur. Primum est, 149 quòd vasallus fundum possederit per triginta annos, *d. tit. 26. § si quis per 30. annos. lib. 2. feud.* Et quidem triginta annos ad praescribendum feudum in re qualibet, sive privata sit, sive publica, & sive profana, sive ecclesiastica, sive item jus regale, sive non sit, sufficere probabilius videtur. Tum quia ubi textus generaliter loquitur, & non distinguit, nec nos distinguere de- 150 bemus, *arg. l. 3. in fin ff. de offic. praesid. l. 5 § 4 ff. de offic. praefecti urbi. l. de pretio. 8. ff. de Publ. in rem act.* Tum quia licèt praescribens in ejusce modi aliquâ re jus feudi acquirat: non tamen ipsam rem publicam & ecclesiasticam, vel ipsum jus regale acquirit: sed ea res Ecclesiae Reive publicae manet, ut & jus regale Principis, *Et ita docuit Nicolaus de Neapoli. in l fin. C. de feud. patrim. Frideric. Schenck Baro in d. cap. un. §. si quis per 30. annos. si de feud. defuncti contentio &c. nu. 4 Vultej. d lib. 1 de feud. cap. 9. nu 8. & D. Bocerus d. class. 5. disp. 17. th. 15. lit b. edit. 2. & d. tract. de praescript. feud. cap. 2 num. 27. & seqq.* Tametsi contrarium crebrioribus Doctorum calculis sit receptum; quòd nimirum feudum in rebus publicis & ecclesiasticis non nisi 40. annorum, & in jure regali, non nisi temporis immemorialis praescriptione acquiratur: eò quòd jure communi tantùm temporis ad istarum rerum praescriptionem exigatur, *auth. quas actiones. C. de sacrosanct. Eccles. Novell. 111 & Novell. 131. cap. 6. cap. super quibusdam. 26. § praeterea. ext. de verb. signif. Andr. de Isernia, Praeposit. Alvarett. Laudens. & alij in d. §. si quis per 30. annos, &c. Mynsinger. cent. 4. observ. 29. Bald. in cap. un. § fin de feud. dat. in vic. leg. commissor, Zasius in epit. feud. part. 6. nu. 31. Henr. à Rosenthal. in Synops. jur. feudal. cap. 6. conclus. 144. & tract. feud. cap. 7. conclus. 78. num. 7. Borcholt praed. cap. 7. part 3. num. 8. & alij, quos hi referunt & sequuntur.* Sed & triginta illos annos completos esse oportet: si- 151 quidem dictio, per, in *d. §. si quis per 30 annos, &c.* usurpata, temporis consummationem denotat, *arg. l. urbana familia 166. §. 1. ibiq; Gœdd. nu 3. ff. de verb. signif.* Ideoque ultimus annus coeptus non habendus fuerit pro completo, *arg. l. in omnibus. 6. ff. de obligat. & act. Praepositus & Schenck Baro num 1. in d. §. si quis per triginta, &c. Vultejus dict. cap. 9. nu. 10.* Quod porro de praescriptione feudi in rebus ec- 152

Lk 5. cle-

clesiasticis dictum est: de illis intelligi debet rebus, quæ
153 solitæ sunt dari à Prælatis in feudum. Alienatio quip-
pe & præscriptio à pari procedunt. *l. alienationis ver-
bum 28 ff. de verb. significat.* Sed alienari à Prælato
Ecclesiæ nec per feudi concessionem possunt res ec-
clesiasticæ, nisi in feudum dari solitæ sunt, *titul. 1. in
princ. ibi, si antiquitus consuetudo eorum fuerit, &c.
tit. 6. in fine principij. lib. 1 feudor. tit 35 in fine. libr. 2.
feud. D. Bocer. d. tract de præscript. feud. c. 2. numer. 33.
& seqq.*
154 Alterum, ad feudi præscriptionem necessarium, est:
quòd vasallus fundum tanquam feudum possederit, *d.
§ si quis per triginta. ibi, rem aliquam ut feudum pos-
sedit, ibiq; Baldus Alvarottus, Præpositus, & cæteri.*
Quia si fundus alio possideatur sive habeatur animo:
possessio ad effectum præscribendi feudi nihil prodest.
*Francis Balbus in tractat. de præscript. part. 4. quarta
princip. quæst 12. num. 1. pag. 264. Vultejus d c. 9. num.
12. Borcholt. d. c. 7. part. 3 num 6.* Vnde si possederit
quispiam fundum jure pignoris; ut maximè cætera
ad præscribendum feudum necessaria adfuerint; nihil
155 tamen possessio triginta annorum ipsi proficiet. Tum
quòd fundum possedit non animo habendi feudum,
sed animo habendi pignus: tum quòd nemo possessi-
onis suæ causam mutare potest, *l. 3. §. illud, 19. ff de ac-
quir. vel amitt possess. l non solùm. 33. §. 1 ff. de usurp. &
usucap l. 2. §. 1. ff. pro herede.* tum etiam quòd ne in feu-
dis quidem præscriptio sine bonâ fide, ex dispositione
juris canonici, in Camerâ Imperiali in doctrinâ præ-
scriptionum approbati, procedit. *c. ultim extr. de præ-
scriptionib. d tit. 87. in cc extraordinar. Mynsinger. cent.
4 obs 6. & fusiùs monstravimus suprà num. 79.* Atque
hanc tanquam communiorem sententiam amplectun-
tur etiam *Iacob. de Belviso, Schenck Baro, Martinus
Laudens. Nicol. de Neapolt, Petrus Ravennas & Præpo-
situs in d. § si quis per triginta annos. Rosenthal. in syn-
opsi juris feudal. c. 6. conclus. 142. lit. b. Kirchovius in
thesaur. commun. opin. lit. F. in verb feudi præscriptio.
D. Bocer. d. class. 4. disp 14. th. 45. lit. a. ed. 1. & nonnulli*
156 *alij.* Sanè possessio illa non solùm justa, bonaque fide
suffulta: sed & continua, sicque non interrupta esse
debet. Quemadmodum enim possessionis continuati-
onem jus commune exposcit, *l 3. l si is, qui. 15. l. possessio
20. l. nunquam. 31. § 1 l. non solùm. 33. §. qui pignori. 4.
ff. de usurpat. & usuc. l. 2 C. de præscript. long. tempor. c.
illud. 8. in fin. & c. auditis 15. de præscriptionib.* ita ean-
dem quoque jus feudisticum desiderat, sicuti innuit
particula illa, *per,* posita *in d. tit. 26 § si quis per 30. an-
nos. libr 2. feud. ubi Bald. num. 2. & Fridr. Schenck. nu-
mer 3. D. Bocer d. tract. de præscript. feud. c. 3. num 3 &*
157 *seq.* Et quemadmodum possessio ac tempus defuncti
jure communi prodest etiam ejus heredi, *§ diutina. 12.
infra. hoc tit. l. Pomponius 13. §. sed. & legatario. 10. ff.
de acquir. vel amitt possess l cùm miles. 30. in princ. ff.
ex quib. caus majores. &c. l. unic. post medium ibi, ut
continuetur ei possessio. C. de usuc. transformat.* ita eti-
am idem in feudi præscriptione obtinere creditur.
Quamvis enim vasallo mortuo, dum præfinitum tri-
ginta annorum tempus adhuc currit, investiturâ suc-
cessor opus habeat. *tit. 24. in princ & tit. 32. circa fi-
nem. libr. 2. f.* heres tamen ejus, qui præscriptionem
cœpit, per investituram, quam ut heres à domino ac-
cipit, feudum non acquirit; sed adhuc ad acquirendum
feudum ipsi opus est continuatione possessionis tri-
ginta annorum: quippe cùm ante completum præscri-
ptionis cursum, dominus eam interrumpere, jureque
suo prædium revocare posset, *ut disertè docet D. Col-
lega Bocerus d. disput. 14. th. 45. ad lit. b. edit. 1. & tract.
de præscript. feud. c. 3 num. 5 & seqq.*
Tertium præscriptionis feudi requisitum est: ut va- 158
sallus domino servitium exhibuerit, *d. tit. 26. §. si quis
per triginta. ibi, servitium domino exhibuerit. libr. 2. f.*
Et quoniam textus dicit *servitium,* & non *servitia:* re-
ctè inde Doctores communiter inferunt, quòd suffici-
at, semel intra 30. annos vasallum domino servitium
præstitisse: nec necesse sit, ut singulis id annis exhibue-
rit, *Andr de Isernia, Petr. Ravennas, Laudens. numer 1.
Aluarott. numer. 2. Schenck. Baro numer. 6 & Proposi-
tus in d. §. si quis per triginta. &c. Borcholt. d. c. 7. part
3. numer. 7. Roland. à Valle consil 3 num. 79. vol. 1. A-
lexand. consil. 70. volum. 3. Balbus d. tractat. de præ-
script. 4 part. quarta princ. quæst. 12. num. 1. pag. mihi.
265. Rosenthal. d. synopsi jur. feud. c. 6. conclus. 141. Vulte-
jus d. lib. 1. de feud. c. 9. num. 15 D. Obrecht. Disp. 26. th.
210. & seqq.*
Sicut porrò aliquis in fundo, quem per triginta an- 159
nos tanquam feudum possedit, jus feudi præscriptio-
ne acquirit: ita versâ vice si quis per annos triginta ali-
cuius fundi nomine, qui reverâ liber erat, non feudalis,
servitia feudalia à dominio fundi, eum pro feudali pos-
sidente, tanquam à vasallo receperit: is directum (*quod
aiunt*) fundi istius dominium præscribit, fundique
dominum sibi vasallum acquirit: idque ex naturâ cor-
relativorum. Quod enim in uno correlativorum sta- 160
tutum est, in altero quoque statui debet, *l ult. ibiq; Bar-
tol. Bald & Angel. C. de indict. vid. toll. l. 1. C. d. cupres-
sis. Euerhard. à Midelb. in locis argumentor. legalib. loc.
à correlat numer. 3.* Et hac ratione Doctores commu-
niter hanc doctrinam tuentur, *Matthæus de Afflictis,
Præpositus, Petr. Ravennas. Laudens. numer. 4. Alua-
rott. num. 5. in dict. tit. 26. §. si quis per 30. annos. lib. 2. f.
Speculat. de feud. §. 2. versic. secundò quæritur. Zasius
in Epit. feud. part. 6 numer. 32. Mynsinger. cent. 4. obs.
29. in fin. Clarus libr. 4. sent. §. feudum. q. 19. num. 1. &
q 43. num. 1. Duarenus de feud c. 8 num. 2. Borcholt. de
feud. c. 7. part. 3. num. 9. Rosenthal d synopsi feud. c 6.
concl. 148 & tract feud. c. 6. conclus. 77. num. 1. eosq; ci-
tans D. Bocer. d. tract. c. 2. numer. 40 d. class. 4 disp. 14.
th. 48. edit. 1 & class. 5. disp 17. th. 17. edit. 2. Vultejus d.
c. 9. num 16. & Mozzius de substantia feud. num. 31.*
Non obloquitur huic sententiæ *l. si certis annis. 28. C. de 161
pact.* ubi quod certis annis ex nudo pacto præstitum
dicitur, in posterum obligationem inducere ad præ-
standum idem negatur. Vnde sequi videtur: quòd, li-
cèt quis per annos 30. ab aliquo, ex ejus allodiali præ-
dio, ceu feudali, servitia acceperit: in posterum tamen
obligatum eundem non habeat ex eodem prædio, ad
servitia præstandum. Lex, *inquam,* illa nostræ senten-
tiæ non obloquitur. Proponitur enim ibi casus, quo
quis ex nudo pacto certis annis quid præstitit: quod

pactum jure communi ad actionem obligatorium non est, *l. juris gentium. 7. §. sed cùm nulla. 4 & §. seq. ibi, ne ex pacto actio nascatur. ff. de pact. l. si tibi. 27. C. de locato & conducto.* Hoc ergò cùm certum sit! certum est & illud, quòd diuturna præstatio, ex nudo pacto facta, perpetuam obligationem inducere haud possit, Etenim cùm præstatio isthæc sit facta ex nudo pacto, de quo constat certò; & facta sit opinione tantum cujusdam firmæ obligationis, quæ non est: certè contra voluntatem præstantis, obligationem perpetuam inducere non potuit. Qui verò proprium suum prædium possidet pro feudali, & propterea cuidam, quem dominium agnoscit, per annos 30. servitia præstat; cum nullum sciat titulum, quo prædium sit feudale: hoc utique animo pro feudali illud possidere, & servitia præstare præsumitur; quòd velit in futurum quoque, ut vasallus, teneri, & prædium suum feudale constituere, *D. Bocer. d. tract. de præscript. feuds. c. 2. numer. 41. & sequentibus.*

162 Sed utrùm dominus contra vasallum triginta annorum spacio libertatem præscribere valeat, est, quòd ambigas? Et receptum est; quòd, si dominus rei feudalis possessionem nactus, eam 30. annis pro allodiali & libera sine contradictione vasalli, seu agnati, tenuerit; utilis dominii cum proprietate consolidationem præscripsisse censeatur. Atque pro hac opinione tri-
163 plex potissimum militat ratio. I. Quia res quælibet ad naturam suam facilè redit, *can. ab exordio 2. & ibi glos. ad lit. L. distinct. 35. §. cùm in suo solo. 29. in fine. supr. de rer. divis. l. si unus. 27 §. pactus ne peteret. ibiq. Iason numer. 5. & sequentibus. ff. de pactis l. hac consultissima. 21. § si quis autem. 3. C. de testamentis, &c.*
164 II. Quia in simili ille, qui servitutem debet urbanam, prædii sui libertatem usucapere potest, *l. sequitur 4. §. ult. ff de usurpat. & usucap. l. hac autem jura. 6. ff. de*
165 *servitutibus prædior urbanor.* III. Quia usufructuarius, cui vasallus similis est, *arg. tit 23. § ultim. libr. 2. feudor.* longo tempore usumfructum acquirit, *l. ultim. in fin. C. de præscript. longi temp.* & acquisitum non utendo tempore eodem amittit, *l. placet. 25. & l. si ususfructus. 28. ff. quibus modis ususfruct. amitt. l. ultim. C. de servitut. & aquâ. & latè expositum ad §. finitur. 3. supr. de usufruct. numer. 22. & sequentibus.* Quare & vasallus, qui feudum longissimi temporis præscriptione acquirit, acquisitum non utendo, eo-
166 dem temporis cursu perdit. Nihil quippe tam naturale est, quàm eodem modo quodque dissolvere, quo colligatum est, *l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* & omnia, quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt, *l. omnia 100 ff. eod.* Et isthanc sententiam consentientibus suffragiis confirmant *Baldus, Præposit. Ravennat. Alvarottus numer 5. & Schenck. Baro numer 6. in fine. ad dict. tit. 26. ll si quis per 30. annos. lib. 2. f. Panormitan. in c. ad audientiam. 13. in fine, ext. de præscript Zasius dict. part. 6. num. 33. Mynsinger cent. 4. obs. 28. Borcholt. dict. c. 7. part. 3. numer. 11. Vultejus. dict. c 9. numer. 17. Rosenthal. d. Synops. jur feud. dict. c. 6. conclus 155. & dict. tract. feud. c. 6. conclus. 83. numer. 2, D. Bocerus d. class 4. disput 14. th. 49. edit. 1. & dict. class 5. disputat. 17. th. 18. edit. 2. & d. tractat. de præscript. feud c. 2 numer 48 & sequentibus. Ioan. Georg. Mayer. Gener meus dilectus, in Synops. Iurisprud. beneficiar. sect. 3. c ult. numer. 85. & seqq. pag. 76.* Huic 167
consequens est; quòd è contrario vasallus, qui per triginta annos, rem feudalem liberè, bonaque fide, nullà à domino petita investiturâ, possedit, libertatem & proprietatem rei istius feudalis contra dominium præscripsisse videatur. Siquidem & libertas servi, si mala fides non obstet, longo tempore præscribitur, *l. si, cum fideicommiss 16. §. Aristo. 3. ff qui, & à quibus manumissi liberi non fiunt. l. 1. & 2. C. de longi tempor. præscript. quæ pro libertate, &c. l. ultim. C. de his, qui à non domino manumissi sunt. Panormitanus in d c. ad audientiam. 13 colum. ultim. vers. sed juxta prædicta. ext. de præscript. Francisc. Balb. in tract. de præscript. 4. part. quartæ princ. quæst. 12. numer. 15. pag. mihi 272. Wurmser. in pract. observat. tit. de feu. obs. 15. versic. sic etiam contra dominum, &c. obs. 25. Borcholt. d. c. 7. num. 12. Duarenus de feud. d. c 8. D. Collega Bocer. dict. class. 8. disput. 14. th. 50. sub lit b. edit. 1.* ubi dissentientem adducit Henricum Rosenthal. *d. synops. feud. c. 6. conclus. 156 & 157.* ejusque rationes reprehendit. Enimverò ipse D. Bocerus, sibi parùm constans, noviter cum ipso Rosenthalio, *d. conclus. 157 & tractat feud. c. 6 conclus. 82. in addit. sub lit. A. & lit. T.* adeòque communi Dd. Schola non ineptè statuit; quòd à tempore demum possessionis domino interversæ, vasallus annis triginta contra ipsum, proprietatem prædii feudalis præscribat. *d. class. 5. disput. 17 th. 22. ed. 2, & d. tract. de præscript. feud. c. 2. numer. 70. & multis sequentibus. ubi explicatiùs hanc rem persequitur.* Adde D Mattam *d. tom. 3. digestor. novissimorum. tit. præscriptio. c. 44 & seq. fol. 279.*

Circa præscriptionem feudi non abs re & hoc in 168
quæstionem vocatur: an feudum, absque domini agnatorumque consensu per vasallum alienatum, à tertio bonæ fidei emptore triginta annis præscribatur? Hic discrepantes sunt Doctorum opiniones. Quidam enim existimant; bonæ fidei possessorem (qui videlicet putat, domini & agnatorum consensu feudum in se alienatum esse, triginta annorum cursu tam contra dominum ipsum, quam contra agnatos feudum istud præscribere: malæ verò fidei possessorem (qui nimirùm scit, vasallum hoc feudum citra domini agnatorumque consensum alienare haud posse) ad præscribendum desiderare tempus immemoriale, *Glossa in c. 1. § Prætereà. de capitulis Corradi. tit. 40. libr. 2 f. ibique Iacobus de Beluisio Nicol. de Neapolis, dus, Præpositus, Aluarottus, Petrus Ravennas & Cujacius, Schrader. in tract. feud. part. 5. c. 4 num 9. VVesenbec. de feud. c. 11. Tiraquell. libr. 1. retract. §. 1. gloss. 10. num. 9. Ferrariens in form. libell. ad revocat. feud. Wurmserus in dict. observat. pract. obs. 15. tit. de feud. Borcholt. dict. c 7 part 3. num. 13. hosq; cum aliis referens Rosenthal. dict synops. c 6. conclus. 150. & c. 9. conclus. 632 ad lit. A item tractat. feud. c. 9. membr. 2. conclus. 97. in addit. sub lit. H.* Alii ex adverso astruunt; triginta annorum præscriptionem domino, bona feudalia, per vasallum in extraneum aliquem alienata, vindicare volenti, nequaquam nocere, *Andr. de*

Isern

Isern. & Sebench. Baro in dict. §. praeterea. tit. 40 libr.2 feud. Iacob. de Ardizon. in summa sua. tit. quibus modis feud. acquirat. Francis Curt. junior in tract. feud. in 4. part. in ultima causa privat. numero 82. vers. prima ergo principalis, &c. Iulius Clarus libr. 4. sentent. §. feudum. quaest. 45 numero 2. Sonsbeccius. in Commentar. ad usum feudor. part. 12. numero. 150. cum multis seqq. & D. Bocer. dict. class. 4. disput. 14. th 46. ed 4. & dict. class. 5. disput. 17. th. 23. lit. b &c. item dict. tract. de praescript. feud. c. 2. numero. 99. & sequentibus. Atque haec sententia, quam & ego veritati planè ami-
169 cam esse existimo, robur suum recipit *ex dict. tit. 40. §. praeterea. & tit. 55 §. unde Imperator Lotharius. libr. 2. feud & tit. 83. in extraordinar. capitulis.* quibus in locis expressum est, feudorum alienationes nullius, ac proinde nec longissimi temporis praescriptione confirmari posse.

170 Cui non adversatur textus *in c. 1. § donare. vers. praescriptione autem. qualiter olim poterat feudum alienari. tit. 2. libr. 2 feud*, ubi habetur, quod praescriptione triginta annorum tam sciens, quàm ignorans submovebatur. *Nam* totus ille titulus historicam duntaxat relationem complectitur juris veteris, non ejus juris, quod Feudista per omnia observari voluit, uti perspicuè indicat inscriptio tituli, *qualiter olim poterat, &c.* & verba in ipso textu, *poterat olim vasallus, &c. hoc licebat ei, &c. culpa amittebat, &c. nullius curia poterat, &c.* & maximè verbum illud
171 *submovebatur.* Nec ad rem pertinet, quod regeritur: rem allodialem annis triginta etiam hodie, ut feudum, plenè praescribi; atque ideò videri rursum rem feudalem, ut allodialem, praescribi posse, *praedicto tit. 26. §. si quis per triginta. libr. 2. feud.* Quia haec longè diversa sunt, nec eadem utrinque militat ratio. Siquidem in nostro casu (ubi scilicet feudum praescribi videtur, ut fiat allodium) Reipublicae ingens inferetur praejudicium: propterea quòd ei periret servitium, à vasallo praestandum. Ast in casu *dicti § si quis per triginta.* (ubi allodium praescribitur, ut fiat feudum) non patitur Respublica damnum, sed potius percipit commodum: siquidem vasallus domino servitium praestare, sicque Reipublicae prodesse tenetur. Ratio namque, quae Imperatores movit, ut prohiberent, ne triginta annorum lapsu feuda praescriberentur, non parva fuit. Videbant quippe, Reipublicae magnum imminere detrimentum, nisi istud prohiberetur. Vasalli etenim distractis feudis, adeoque bonis exuti, seniorum servitia subterfugiebant: per quod Imperii vires valde attenuari constabat, dum proceres milites suos, hoc est, vasallos, ad expeditionem Principis traducere non poterant, *ut ostendit textus in c. 1. de prohib. feud. alien. per Lothar. tit. 52. & c. 1. de prohibit. feud. alienat. per Frider. tit. 55. libr. 2. f.*

172 Multò minùs adversatur glossa *in d. tit. 40 §. praeterea. lib. 2 feud.* ubi Doctores plerique autumant, glossam ordinariam in dubiis esse testem firmissimum. *Primùm* enim glossae isti opponimus aliam glossam contrariam, ex quà satis evidenter apparet, feudo nullum, ne quidem longissimi temporis obstare praescriptionem, *in c. 1. §. 1. vers. quid ergo. in verbis, per longa tempora. de investitur. de re aliena fact. tit. 8. libr. 2. feud.* & sic glossa una per alteram confunditur. Deinde facilè largimur, non esse firmiorem te- 173
stem, quàm glossam ordinariam, quando scilicet res anceps & dubia est: quoniam in dubiis & incertis, non item in claris & certis, locus esse solet conjecturis, *l. continuus. 137. §. cùm ita stipulatus. 2 in fine. ff. de verb obligat.* Cum ergo textus *in d. tit. 40. §. praeterea. & d. tit. 55. § unde Imperator. libr. 2 f. & in d. tit. 83. in ce. extraord.* pro confirmatione nostrae sententiae suprà in medium adducti clarissimè disponant, feudum ullo tempore praescribi non posse: conjecturandum hic aut divinandum minimè esse, quivis vel communi sensu praeditus intelligit. Neque enim à claris & indubitatis textûs verbis recedendum est, etiamsi mille glossae & Doctores contrarium teneant, *tradente pulchrè Sonsbeccio in d. Commentar. ad usum feud. part. 12. num. 162. & seq.*

Porrò autem triginta annorum curriculo actiones 174
tàm reales, quàm personales praescribi, extra dubitationis aleam positum est, *l sicut. 3. l. cùm notissimi. 7. C. de praescript. 30. vel 40. annorum. l. 1. § 1. C. de annali except. Althus. libr. 2. dicaeolog. cap. 6 numer 51. pag. 545.* De annuis pensionibus, sive reditibus, nùm illis prae- 175
scribi possit, mirificè disceptari solet: Sunt, qui existimant, in annuis reditibus sive praestationibus jus exigendi triginta annorum spacio in totum tolli, *Bulgarus & Rogerius, glossatores antiqui, horumque sectatores, Bartolus in l. comperit. 6. C. de praescript. 30. vel 40. annorum. Corneus consil. 142 numero 2. volum. 3. Schurff. consil. 10. per totum. cent. 1. Menoch. consil. 49. num. 20. Vasquius controversiarum illustr. libr. 2. c. 83. numer. 39 Masuer. in sua pract. tit. de praescript. 22. num 9 Schneidewin. hic sub Rubr. de specieb. usucap. num. 14. Zanger. de except. part. 3 cap. 10 numer. 188. edit. 2. Dominic. Cardinal. Tusch. tom. 6. practic. conclus. edit. 2. lit. P. concl. 545. Vincent. Caroc. tractat. de excuss. bon. part. 2 quaest. 44. num. 14. Nicol Boer. decis. 336 numer. ultim. Petr. Frider. Mindan lib. 2. de mandat. judic. cap. 74. num. 4. & 5. Bachovius in notis & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disput. 22. th. 3. lit. I vers. de annuis praestationibus. pag. 375. & seq.* Sunt quoque, qui putant? singulorum annorum singulas esse praescriptiones; adeoque tàm ex contractibus, quàm legatis praescribi triginta annorum lapsu pensiones praeteritas, non etiam futuras, *Martinus glossator, Salicetus & Fulgosius in d l. cùm notissimi. 7. §. in his etiam. 6. C. de praescript. 30. vel 40. annor. Guido Papa decis. 406. cum seqq. Mynsing. cent. 3. obs. 13. Gail. libr. 2. obs. 73. num. 1. Brouchorst. cent. 4. ἐναντιοφανῶν. assert. 5. Borcholt. in Commentar. de usur. c. 4. nu 34. cum seqq. Matthias Stephani cent 2. quaest 35 Hoenon. disput 6. ad Instit. controvers. 15 Fachineus lib 8. controversiar. jur. c. 99. Matth. Coler. ad c. auditis. 15. ext de praescript. nu. 12. & seqq. Pet. Surd. decis 24. n. 12. Andr. Knichen. de vestitu paction. part. 2 c 3. n. 81. Anton. Tessaur. decis. Pedem. 114. num. 1. & ult. Berlichius part. 2 conclusion practicabil. conclus 4. num. 10. & seqq. pagin. 96. cum seqq. Wurmbser. in pract. observat. lib. 1. tit. 45. de praescript.*

script. c. 5. & Nigerdinus lib. 2. disp. 3. th. 2. quæst. 4. Sunt
rursus, qui annuas præstationes ex contractibus, ab i-
is, quæ descendunt ex legatis, distingvunt; arbitrantes,
in legatis triginta annorum decursu præterlapsas tan-
tum pensiones præscribi, in contractibus verò unam
duntaxat præscriptionem, etiam quoad futuras pen-
siones, sufficere: *Ioannes glossographus, Bald. & Ac-
curs. in d. l. cùm notissimi. 7. § in his etiam.* C. *de præ-
script. 30. vel. 40. annor. ibiq; Azo in sua summa. num.
6. Iason. in l. de pupillo. 5 §. si in pluribus. 16. ff. de novi. o-
per. nunciat. numer. 3 cum seq Chassan in consuetudin.
Burgund rubr. 9. vers. par quelque laps. de temp. 5. nu.
5. cum seq. Franciscus Balbus in tractat. de præscript.
part. 4 quarta princ in 4 quæst princ num 2. & 3 pag.
248. & alq.* Quid igitur in hac opinionum fluctuati-
one ac veritate statuendum? quorum potissimùm In-
terpretum vestigiis insistendum? Et maitini, cumque
sequentium sententiam, paulò antè relatam, multisque
præjudiciis Cameralibus comprobatam, & receptiorē
& veriorem esse reor, *per textum apertum, in d. l. cùm
notissimi. 7. §. 6. C de præscript. 30. vel. 40 annor.* ubi à
Iustino Imperatore in hæc verba rescriptum est: *In his
promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ
dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod
singulare tempus continent, tempora memoratarum
præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab
initio cujusque anni, vel mensis, vel alterius singularis
temporis computari manifestum est.* Ex istis verbis
176 (*promissionibus, vel legatis*) quovis electro clarius pa-
tet; nullam hic cum Glossatore Ioanne, ejusque asse-
clis, differentiam inter stipulationes & legata esse con-
stituendam. Sive enim ex *promissionibus*, hoc est, ex
stipulationibus, sive ex *legatis*, per singulos annos vel
menses quid debeatur, tempora præscriptionum non
ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque
177 anni vel mensis computantur. Et hæc verba (*tempora
ab initio cujusq; anni vel mensis computantur*) haud
obscure significant: cùm quid annuum vel menstru-
um debetur, singulos annos vel menses habere pro-
priam præscriptionem, sive (*uti vulgò dici solet*) tot
esse præscriptiones, quot sunt anni. Ratio autem, cur
singuli anni propriam habeant præscriptionem, hæc
redditur: quia singulis annis nova nascitur actio, cùm
singulis annis, quod promissum est, præstandum sit: &
quot sunt præstationes, tot censentur actiones. Ideo-
que præscriptio contra actionem singulis annis natam
currit, si quo anno pensio, quæ inferri debuit, non
præstetur. At pro futuris annis neutiquam currit
præscriptio; cùm pro annis futuris actio nondum na-
ta sit, quâ futurorum annorum pensio exigi petique
possit. Et sanè omnino dicendum est, actione non na-
ta præscriptionem cessare: quoniam quod nondum
178 est, præscribi non potest. Cur ita? quia non entis nullæ
qualitates esse dicuntur, *arg. l. 2 ff de usufruct. l. si ser-
vum. 4 §. 1. ff. de actionib. empt l. locatio. 4. ff locati. l. a-
deò 7. § quòd si toto. 5. ff. de acquir. rer. domin. l. decem.
179 116. ff. de verb. obligat.* Eodem non parùm confert *l.
si ususfructus. 28. ff quib. mod ususfr. amitt.* ubi Pau-
lus respondit: si ususfructus alternis annis legetur: non
posse hujuscemodi legatum annuum non utendo a-
mitti: quia plura sunt legata: hoc est, quia annus quili-
bet suum usumfructum inchoat, & in legatis annuis
tot sunt legata, quot anni, & sic totidem actiones at-
que præscriptiones: nec una præscriptio sufficit pro o-
mnibus annis. Facit quoque huc *l. si Stichum. 16 §. 1. ff.
de verb. obligat. & l. 1. C. quando dies legati vel fidei-
commissi cedit.* ubi traditur, quòd in annuis legatis ab 180
initio cujusque anni competit primùm exigendi facul-
tas. Ergò pro annis sequentibus ante diem obligatio-
nis non incipit currere præscriptio: quia quòd non-
dum existit, sed incerta velut conditione suspensum
hæret, præscribi nequit: & actori non nisi ab eo tem-
pore, quo agere, & debitorem ad solvendum compel-
lere potuit, præscriptio obstat, *l si filius familias. 11. ff.
de tutela, & rationibus distrah. dict. l. cùm notissimi. 7.
§. illud autem. 4 Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.
& l 1. in fine Cod de annali except.*

Nec repugnat huic sententiæ *l. eos, qui. 26. in princ.* 181
C de usur. ubi notatur, debitorem triginta annorum
præscriptione à sorte liberatum, ab usuris quoque li-
berari *Nam* decisio nostra in sorte & principali debito
obtinet: non item in usuris, fructibus, & cæteris ac-
cessionibus, de quibus lex illa disertè loquitur. Cùm
enim usurarum obligatio sit accessio seu sequela sortis
sive principalis obligationis, *arg l. frumenti. 12. C. eod.
tit.* consequens est, quod principali obligatione sortis
per triginta annorum præscriptionem sublata, usura-
rum etiam obligatio accessoria tollatur, *l. nihil dolo.
129 §. 1 & l. cum principalis. 178 ff. de reg. jur.* Secus
est in reditibus annuis. His etenim intra triginta annos
non solutis; præteriti tantùm temporis reditus, quo-
rum respectu triginta anni præterlapsi sunt, peti & exi-
gi non possunt: sed sequentium annorum reditus re-
ctè petuntur: siquidem hi annui reditus, tanquam prin-
cipale debitum, per se subsistunt Sed vide illud omni-
um optimè explanantem Iohannem Borcholt. *d. Com-
mentar. de usur. cap. 4. num. 38. & sequentibus.* item
Hunnium *in resolut ad Treutler. volum. 2. disput. 22.
th. 3. quæst. 16. pag. 281. & seqq. ubi plura argumenta
contraria diluit.* Illud hic addendum est: si obligatus 182
quispiam solvc annuum censum, vel præstationem in
certo genere monetæ vel frugum, ultra longissimum
tempus in alio, & quidem minoris valoris genere mo-
netæ, vel frugum solverit, quod contra primam obli-
gationem sit præscriptum: adeòque creditor postea in
majori monetâ vel alio genere frugum, solutionem ex-
igere non possit, *per textum expressum in c. olim cau-
sam. 20. ext de censib.* Et ita (*contra Gailium d. lib. 2.
obs. 73 num 2. & Mynsingerum d. cent. 3. obs. 13 sub fin.
vers ex prædictis colligitur, &c.*) concludunt *Hieron.
Schurff. consil. 10. num. 1. & seqq. cent. 1. Renerus Bude-
lius in tract. de monet. lib. 2. cap. 24. numer. 12. & seqq.
Martin. Garrat. Laudens. d. tract num. 31. in med. Al-
bert. Brun. tract eod. limitat. 4. num. 1. & seqq. Monoch.
consil. 338. num. 21. lib. 2. Dominic. Card. Tuschus tom 6.
practicar. conclusion lit. P. conclus. 545. num. 9. et tom.
7. lit. S. conclus. 338. nu. 1. cum seqq. Iacob. Thoming. de-
cis. 33 aliiq; quos refert et sequitur Berlichius d. part. 2.
conclusion practicabil. conclusion. 5. num. 5 et seq. pagin.
109.*

Simi-

183 Similiter vehemens apud Doctores pugna est: utrùm debitor post triginta annos pignus luere, hoc est, pecuniam debitam solvere, & pignus actione pignoratitiâ repetere possit: an verò à jure luendi pignoris, per triginta annorum præscriptionem submoveatur? Verùm (quicquid in contrarium afferant *Bulgarus, priscus ille Interpres, Odofredus, & Accursius in l. pignori. 13. in verbo, alieno. ff. de usurpat & usucap. Angelus consil. 55. incip. ex pacto. & in §. actionum. 28. numer. 54 infr. de actionibus. Bachovius in Not. ad Treutler. disput. 1. volum. 2. th. ultim. lit. H. item disputat. 22. th. 3. lit. l. vers sic. juri reluendi. pagin. 372. cum seq. Dominicus Cardin. Tuschus tom. 6. conclusion. practicab. conclus. 593. incip. creditor hypothecarius. numer. 1. & sequentibus per tot. & nonnulli alij*) probabilior Rogerii & Martini, veterum glossatorum, traditio est, existimantium: juri luendi pignoris triginta annorum curriculo præscribi non posse: idque maximè propter subsequentes rationes. I. Quia jus luendi pignoris non tam jus est, quàm facultas quædam in mero debitoris arbitrio posita, quâ debitor, quandocunque vult, uti
184 potest. Quæ autem meræ facultatis sunt, nullo unquam tempore præscribi queunt, *l. viam publicam. 2. ff. de viâ public. l. Proculus. 26 ff. de dam infect. l. 1. §. denique Marcellus. 12. & l si in meo. 21 ff. de aquâ. & aquæ pluv. arc. latè Wesenbec. consil. 2. num. 94 Anton. Gabriel. Reman. lib. 5. commun. conclus. tit. de præscr. conclus. 10. Hunnius in resolut. ad Treutler. volum. 2. disput. 22 th. 3. lit. I. quæst. 15. pag. 279 & inibi Bachovius. in suis not. & animadvers. pag. 371. & sequenti.* II. Quia ad præscriptionem non solùm justus titulus, sed & bona fides requiritur, *ut clarescit ex hoc principio, & ubertim probatum suprà num. 61. & 99.* Atqui creditor neque titulum justum vel habilem ad usucapiendum habet: cùm pignoris titulus non sit dominii translativus, *l. sciendum. 15 §. creditor. 2. ff. qui satisdat. cogantur. l. rescriptum. 12. in princ. ff. de distract. pignor.* neque ulla bona fides possidentis pignus esse potest: cùm creditor, se rem alienam possidere, non ignoret. Cùm igitur creditor pignus non præscribat? jus offerendi ad liberandum pignus debitori perpetuò
185 competit. III. Quia alieno nomine possidens non præscribit, *l. malè agitur. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 1. C. communia de usucapionibus.* Sed creditor, qui pignus accepit, alieno nomine possidet, *d. l. pignori. 13 in princ. ff. de usurpat. & usucap.* hoc est, non sibi possidet pignus, sed debitori suo: nec po-
186 test sibi ipsi creditor causam possessionis mutare: cùm tritissima regula juris sit: neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse. *l 3. §. illud 19. l. quod meo. 18. & l qui bona. 19. §. 1 ff. de acquir. vel. amitt. poss. l. non solùm 33. §. 1 ff. de usurp. & usucap. l. ultim. ff. si pars*
187 *heredit. petat. & dictum suprà nu. 121. & 155.* IV. Quia pignus plerunque pluris est, quàm debitum: & si creditor pignus præscriberet, plus consequeretur, quàm sibi deberetur. Hoc autem planè absurdum & iniquum esset. Atque ob hanc rationem receptum est, ut in pignoribus lex sive pactio commissoria (quâ scilicet convenit, ut ad diem statutum pecuniâ non solutâ creditor pignoris dominus efficiatur) locum sibi vindicare nullo modo possit, *l. ultim. C. de pactis pignor. & exposuimus ad §. emptio. 4. num. 7. infr. de empt. & vendit.* V. Quia fructus pignoris computantur in sortem, 188
l. Titia. 48. ff de solutionibus. l. 2. & 3. C. de pignorat. act. At debito per fructuum perceptionem extenuato, fructus reliqui, extenuatam jam summam excedentes, efficiuntur furtivi: ac proinde præscribi nequeunt, *l si quis uxori. 52. §. cum creditorem. 7 ff. de furt. §. furtiva. 2. infr. hoc tit.* VI. Quia actio non 189
potest tolli præscriptione, antequam nata sit. *l. 1. §. ultim. ibi, nisi ex quo actionem movere potuerint. C. annuali except.* Non entis siquidem nullas qualitates esse, in propatulo est, *l locatio. 4 ff locati. l. decem. 116. ff. de verb. oblig. & similibus allegatis supra numero. 178.* Atqui verò pignoratitia actio non nasci- 190
tur tempore contractûs, aut conventionis de pignore constituendo: sed tum demum, cùm debitor pignus repignoravit, id est, creditori pecuniam debitam solvit, vel satisfecit, *l. si rem aliquam. 9. §. omnis. 3. l. ultim. in fine principii ff. de pignorat. act. & l. pignoris. 11. C. d. tit.* Quare creditor pignoratitiæ actioni non priùs præscribere poterit, quàm jam nata fuerit, hoc est, ubi debitor pecuniam debitam creditori solverit, vel aliter satisfecerit. Nec huic argumento nocet, quod à nonnullis ex dissentientibus regeritur. natam quidem esse hanc actionem pignoratitiam statim, atque pignus contractum est; dici autem nasci soluta pecuniâ ratione effectûs: quòd tum possit efficaciter intentari, argumento simili in actione ex empto: quæ statim, ubi de re & pretio consensum, nata est; & tamen, nondum oblato pretio, emptori denegatur. *l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionibus empt. & vend.* Nam respondetur primo: diversam esse causam pignoris; cujus obligatio mere est accessoria, & casum dissoluti debiti principalis respicit: ac proinde non mirum, si eo existente demùm incipiat existere, & actio inde nasci. Actio verò ex empto ex principali obligatione, quæ nudo consensu constat, oritur. Ergo statim nata est: sed ejus effectus, usque dum de pretio fides habita est, differtur: quod speciale censetur in emptione, *argum. §. vendita. 41. supr. de rer. divis.* Deinde brevissimè respondetur: quod paria sint; actionem nondum esse, & esse quidem natam, sed non cum effectu agendi, *arg. d. l. 1. C. de annali exceptione, &c. Georg Frantzkius exercitat jurid. 5. quæst. 6. numer. 6. & sequentibus paginis 128.* VII. Quia præscriptio 30. annorum propter negligentiam non petentium introducta est, *arg. l sequitur. 4 §. si viam. 27 ff. de usurpat. & usucap. l. alienationis. 28. ff. de verb. signif. l. 1 & 2. C. de servitutib. & aq.* At negligentia allegari non potest, jure petendi non competente debitori: maximè cùm ipse creditor debitorem urgere possit ad solutionem remediis competentibus & nolentem distractione pignoris cogere, *juxta l. fin. C de jure dominii impetrando.* Ergo potius est, & æquius? ut puniatur negligentia creditoris non exigentis, quàm debitoris, propter inopiam fortè, & similia impedimenta, pignus non repetentis: præsertim cùm aliàs nemo sine interpellatione alteri offerre teneatur, *argum. l. si ex legati 23. ibi, si aut interpellatus non dedisti, cum l. seq ff.*

de verb, obligat. ibiqueglosf. & Bartol. numer. 12. Gilken. in tractat. de praescript. part. 2. memb. 2 cap. 3. numer. 2.

190 Huic præmissis rationibus firmatæ sententiæ nihil quidquam resistit, quòd debitor intra temporis longissimi spacium potuisset pignus luere, & sic pignoratitiam actionem sibi citiùs gignere. Id ergò cum non fecerit, cùm facilè, sineque magno negocio facere potuerit: meritò ipsi præscriptio obstabit. Qui enim potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur, *auctore Paulo in l. qui potest. 174. ff. de reg. jur.*. Hoc, *inquam*, argumentum nihil resistit: quia primò non universale est. Multa quippe contingere possunt, ut non ita facilis sit solvendi facultas: ut meritò hoc humanis necessitatibus indultum videri debeat, *arg. l. nepos. 125. ff de verb. significat.* Deinde argumentum istud malè concludere, ex simili colligi-
191 tur. Nam & filiusfamilias à patre facilè impetrare potest, ut sibi agendi potestatem de bonis adventitiis faciat: & tamen si filiusfamilias hoc non fecerit, non propterea ei agere volenti præscriptio nocebit, *l. 1. §. ultim. C. de annali except.* Ergò multò minùs debitori obesse debet, quòd intra triginta annos pecuniam non solverit: cùm paratior plerunque agendi, quàm solvendi facultas esse soleat.

192 Nihil item negotii facessit *l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi dum Anastasius Imper. rescripsit, omne jus privatum & publicum, in quacunque causa, vel quacunque persona, quadraginta annorum jugi silentio extingui: inde sequi videtur, quòd & jus reluendi pignoris tanto tempore extinguatur; cùm
193 is, qui dicit omne, nihil excludat, *l. omnia. 7. ubi Decius. ff. de rebus credit. si cert. pet. Curt. jun. cons. 26. num 8. Cravett. cons. 190. numer. 1. Menoch. cons. 20. numer. 17.* Etenim illic appellatione juris non continentur ea, quæ sunt meræ facultatis: sed tantùm significantur actiones: id quod apparet non solùm ex præcedentibus *dicta l 4.* verbis, in quibus actionis fit mentio: sed etiam ex sequenti verbo, *moveatur*. Quod verbum proprium est actionum: quæ dicuntur moveri, cùm intentantur, & in judicio proponuntur, *l. sicut. 3. vers quæ ergo antea non motæ sunt actiones. C. de præ-*
194 *scrips. 30. vel 40. annorum, cum similibus.* Ast in præsenti quæstione actio pigneratitia nondum nata est, & consequenter præscribi nequit. Privatio namque, qualis est præscriptio, habitum præsupponit, *prædictâ l. decem. 116. ibiq;* Bartol. *& Dd. ff de verbor. obligat. l. manumissiones. 4. ff. de justit. & jur. Everhard. à Midelburg. in locis argumentor. legalib. loco à privatione ad habitum, &c.*

195 Adhæc non refragatur *d. l. cùm notissimi. 7. §. eodem jure. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.* ubi statuitur, quòd juri offerendi longissimo tempore præscribatur. *Quandoquidem* est jus quoddam offerendi quod competit per modum juris; putà secundus creditor habet jus offerendi primo, & confirmandi sibi causam pignoris, *l. 2. 3. & 5. ff. de distract. pignor. l. potior. 11. § fin. ff. qui potiores in pignore vel hypoth. hab. l. prior. quidem. 5. C. eod.* Et dubium non est ullum, quin secundus iste creditor præscriptione longissimi temporis submoveatur. Hujusque ratio est: quia jus illud offerendi est accessorium quiddam ad ipsam actionem. Ut igitur actioni hypothecariæ longissimo tempore præscribitur: ita & eodem tempore isti juri ut præscribatur, necesse est, *d. l. cùm notissimi. 7. § 3. C. de præscript. 30. vel 40 annorum.* Quoddam verò est jus offerendi, quod competit per modum cujusdam facultatis; ut putà debitor potest, quandocunque vult, offerre debitum creditori, & pignus luere. Atque hæc facultas, in simplici meroque debitoris arbitrio consistens, nullo unquam tempore præscribi potest: sicuti nec alia facultas, putà eundi per viam publicam: quia licet per mille annos nón iveris, semper tamen ire poteris, *præfata l. viam publicam. 2. ubi Dd. ff. de viâ publicâ.*

Hoc ampliùs non obstant *l. nec creditores. 10. & l.* 196
ultim. C. de pignerat act. ubi cùm dicatur, actionem pigneratitiam debitori competentem non perimi ullo longi temporis spacio: ex eo videtur dicendum, quòd præscriptione longissimi temporis perimatur. *Nam* leges istæ de actione pignoratitiâ jam natâ, quando videlicet pecunia debita creditori soluta est, loquuntur: & eam longo tempore, id est, decem vel viginti annis tolli negant. Interim verò haud inficias eunt; quin si debitor post solutam pecuniam, sicque natam actionem pignoratitiam, intra 30. vel 40. annos pignoratitia non experiatur, posteà pignoratitiâ agere & pignus repetere non possit: propterea quòd jus agendi longissimi temporis præscriptione sit consumptum. Ex his ita expositis verissima Rogerii. Martinique relinquitur sententia: jus videlicet luendi pignoris 30. annorum præscriptione tolli nequaquam posse. Atque illam sequuntur & defendunt *Cynus in d. l. cùm notissimi. 7. §. sed cùm illud. num. 6. in fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor. idem Cynus in d l. nec creditores. 10 num. 2. C. de pignerat. act. Bartol. & Cujacius in d. l. pignori. 13. ff. de usurpat. & usucap. Henningus Gôden cons 109. nu. 232. cum seqq. Borcholt. de Commentar. de usur. c. 6. num 10. & seqq. Bronchorst. cent. 4 ἐναντιοφανῶν assert. 4. Wesenbec. prædicto consil. 2. num. 45. & seqq. Zasius in § actionum. 28. nu. 66. infr. de actionib. D. Obrecht. disp. 27. th. 253. cum seqq. Schrader. tom. 2. Consil. 32. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 41. ff. quæst. 10. in fine. p. 152. Frantzkius d. exercitat. 5. q. 6. pag. 117. cum seqq Trentler. volum. 2. disp. 22 th. 3. lit. I. Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. c. 10. num. 1 90. & sequentibus Virgil. Pingitzer illust. quæst. Saxon. 41. Hilliger. in Donello enucleat. libr. 5. cap. ult. lit. K Robertus disp. 9. coronid. 1. Arumæus Exercit Iustin. 6. th. 9. Wegner. disput. 6. th. 3. ad lit. C. in fin. Gerhard. Decad 6 quæst. 3. circa fin. Ioan. Grivellus decis. Senatus Dolani 21. numer. 6. cum seqq. pag. 62. Hænon. disp. 6. controvers. 13. Mynsinger. cent. 1. obs 16. & Gail lib 2. obs. 18 num. 5. & seqq.* ubi hanc partem negativam, tanquam veriorem, æquiorem, melioribusque rationibus suffultam, Cameram Imperialem sequi testatur. Atque eandem sententiam pluribus & rationibus & auctoritatibus noviter confirmat Matthias Berlichius *part. 2. conclusion. practicab. conc. 3. nu. 6. & seqq.*

Ejusdem farinæ controversia est; utrùm pacto de re- 197
no-

trovendendo longiſſimi temporis ſpacio præſcribabatur, cùm ita conceptum eſt, ut venditori ſemper, & quandocunque velit, rem venditam rurſus emere liceat? Et ajenti opinationi quàm plurimi ſubſcripſerunt, *Joannes Faber in l cùm notiſſimi.7.num.14. C.de præſcript.30.vel 40.annorum. Signorolus conſil.139. Angel.conſil.55. Ancharan conſil.131.colum.2. Baldus conſil 330.lib.1.num.3. Alexand.conſil.228.lib.6. col. ult. Anton.Rubeus conſ 3.num.7, Socin. junior conſil. 145. lib.1.num.36. Roland.à Valle conſil.21 num 43. lib.2. Celſus Hugo conſil.61.num 4 & 5 Iaſon in l ſi mater 3. num.5.C.de inſtitutionib. & ſubſtit. Franciſc. Balb. in tract. de præſcript.4.part.quinta principal quæſt.3.pag. mihi. 439.Carol. Ruin.conſ.167.num 15 & ſeq. lib.1.& conſil.150.per totum.lib.4. Ludov. Gozad. & Cagnolus in l.2.C.de pact.inter emptor. & vend. Covarruv. lib.1.variar.reſol.c.9 Iacob.Gouteius in Comment. ad l.2.C.de reſcind vend. Beerius deciſ.182.Ioan.Cephalus lib.1.conſil.43.num.12.VVeſenb.in Paratit.ff.de reſcind. vendit.num.6. Bachovius in ſuis Not.ad Treutler.volum.1.diſp.28 th.10 lit.D.pag.1088 Tiraquellus in tractat.de retraict.conventionel § 1.gloſſ.2 num. 7.& 28. Anton.Gabriel.Roman. libr. 5. commun, concluſ.tit.de præſcrips concluſ.6.Menoch cons.143.num.23. & cons 201.num.85 aliiq; ab his congeſti.* Sed contrariam ſententiam, ceu veritati magis conſentaneam, amplexi ſunt *Fabianus de Monte S Sabini in tractat. de empt. & vend.in 3.quæſt 7.quæſtionis principal. Franciſ.Zoannettus ad d.l.2.C.de pact. inter empt. & vend. num. 35.Capoll cautel.68 in fin & cautel.75. Fulgoſius conſil.123. Andr.Secul.conſ 51.lib.1 & cons.22 lib.4.Ioan. Crottus in l.nemo poteſt. 55. ff. de legat.1. Chaſſanæus cons 11.& in conſuetud. Burgund.tit. de rentes. vendues.§ 1.in gloſſ.1.col.2. verſ. limita hanc. &c. Alciat. in rubric.de præſcript.num.64. Oſaſcus deciſ. Pedamont. 115. Barbat.conſil.51.num.9.libr.1.& cons.24 lib.4.Fachineus libr.2.controvers.iur.c 13. Borcholt. in Commentar. de uſur.c.6 num.18 Gomez.tom.2.reſolut.c.2. num.28.Treutler.d. volum.1.diſp.28.th.10 lit. d. Roberus diſp.9.coronid.2. Hœnonius diſp. 6. controverſ. 14. Hieronymus Laurent deciſ.129.Gratian tom.1.cap 21. part.1. Teſſaur.quæſt forens.lib 2.quæſt 72.Knipſchildt exercitat. Acad. 8.quæſt.11 pag.299.cum ſeq Gerhard. dec.6.q.3.Oldman.in notis ad diſput. 21. Giphanij.num. 26.Vngepaur exercit Inſtin.7.quæſt. 5. ad fin. pag.296. edit.ult. Mynſinger.cent 1.obſ 16.& Reſponſ 31.num.12*

198 *& ſeqq.* ubi ait, hanc ſententiam in ſupremâ Curiâ ſæpius fuiſſe obſervatam. Idque rectè ſanè, nec abſque evidentibus rationibus juris. Primò enim ei favet textus *in l.quod ſi nolit 31.§.ſi quid ita venierit 22.verſ ſi verò convenerit.ff.de ædilic.edict*, ubi licèt actio redhibitoria ſit bimeſtris: ſi tamen convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat; hanc conventio-

199 nem valere, Vlpianus reſpondit. Et meritò ita reſpondit: quia cùm verba contrahentium apta ſunt ad ſignificandum temporis infinitatem, ut hæc; *ſemper, quandocunq;, in perpetuum quotieſcunq;, toties quoties, & ſimilia*; tunc infinitas toleratur & admittitur, *arg.l.ſi ita ſtipulatus 55.ubi Bartol.ff.de fideiuſſorib.Idem Bartol. Alberic.de Roſat.& Dynus in l.quæ bona.13.§.ult.ff de dam.infect.* Et facit etiam textus *in l.1.§.1.ibi, totiens, quotiens ff.ſi familia furt.feciſ.dicet.l.ſi duo.34.§. fin ff.de receptis,qui arbitrium,&c.§.in primis.3.infr. tit.de eo,cui libertat.cauſ.bona addic.& l.in annalibus 22.C. de legatis.*

Secundò huic ſententiæ ſuffragatur *l.2.C.de pact.inter emptor. & vendit.* ubi Alexander Imp. reſcripſit in hæc verba: *Si fundum parentes tui eâ lege vendiderunt: ut, ſive ipſi, ſive heredes eorum emptori precium quandocunq;, vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, teq; parato ſatisfacere conditioni dictæ, heres emptoris non paret: ut cõtractus fides ſervetur, actio præſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, &c.* Ex quibus verbis perquàm luculenter conſtat: quòd, ſi in pacto de retrovendendo adjiciatur hæc clauſula; *ut quandocunq; venditor, vel ejus heredes velint, pretium offerre, & fundum recipere poſſint*: hoc pactum omninò ſit ſervandum, adeòq; in perpetuum, non obſtante triginta annorum præſcriptione, venditori ejusvè heredibus jus redimendi competat. Siquidem verba, *ſemper, quandocunq;, &c.* deſignare temporis infinitatem, jam ante oſtenſum eſt, *ex l.ſi ita ſtipulatus.55.ff.de fideiuſſorib.& ſimilibus prællegatis.* Nec movet quicquã, quòd iſthæc verba, tempus perpetuum ſignificantia, ſint reſtringenda ad ſpacium triginta annorum, *arg l.in rebus* 201

30.§.1.C.de jure dot ubi actioni de dote triginta annorum metâ præſcribi dicitur: quamvis alibi expreſſum ſit, cauſam dotis ſemper, & ubique eſſe præcipuam, *l.1. ff.ſoluto matrim.item arg l minor 39 § qui ſtatuliberũ 4 ff.de evictionib.* ubi traditur, evictionis nomine ali- 202

quem perpetuò obligari: & tamen iſti actioni præſcribi 30 annis, certum eſt. Actiones quippe, quibus 30. vel 40.annis præſcribitur, perpetuæ vocantur, *arg. l.Prætor 20.§ interdictum.6 ff.de oper. non nunciat. & infr. tit.de perpet.& temporalib actionib.* Illud, *inquam*, nihil movet: quoniam verum eſt, locumque habet in diſpoſitione legis, non autem diſpoſitione hominis. Nam cùm una lex dicat, actionem eſſe perpetuam, vel jus in perpetuum competere; altera verò lex dicat, omnem actionem ſpacio 30 annorum extingui: ne repugnantia & contrarietas legum ſequatur, neceſſe eſt, hoc modo interpretari tempus perpetuum, ut non excedat triginta annos. Quæ ratio in diſpoſitione hominis, de qua nobis quæſtio eſt, planè ceſſat. *Sed videatur Cynus in l. ult.C.de judic.& Imola cõs.25.incip.in caſu præmiſſo.in princ.* ubi inquit, infinitatem tolerari, quando ex partium conventione procedit. *itẽq; D. Collega Beſ.in d.th. tract.lit.1.n 5 p 433 & ſeq.nec non vol.2. cons.35.nu. 72.& ſeqq.fol.364*

Tertiò opinionem noſtram & hæc ratio confirmat: 203 Quia is, qui in malâ fide eſt conſtitutus nullo unquam tempore præſcribere poteſt, *cap. ultim. ext. de præſcript. & fuſiùs expoſitum ſuprà numero. 79.* Atqui emptor: qui promiſit revendere ſemper & quandocunque, cùm ſciat, ſe ad id eſſe obligatum, eſt in malâ fide conſtitutus, *argum.tanſi virgo. 5.cauſ.34. qu. 2.* Ergo nullo unquam tempore præſcribere poteſt. Nec 204

rationem hanc hebetat, ſi regeratur, malam fidem hoc in caſu emptori non obſtare: propterea quòd venditor renunciare videatur juri redimendi, quod habet, dũ illud

non exercet, & præterlabi patitur tempus longissimum, quo omnis actio tollitur, *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Etenim neutiquam sequitur: venditor tempus longissimum labi permittit, nec rem venditam redemit. Ergo juri redimendi renunciare censetur. Tum quia justissimum potest intervenire impedimentum, quò minùs venditor rem venditam redimere valeat: tum quia non ignorat, emptorem, cùm in malâ fide sit, præscribere non posse: sicque malam emptoris fidem efficere, ut ille omni tempore actionem & jus suum exercere queat. Quamvis enim tanti temporis spacio omnis actio perimatur: id tamen haud obtinet, ubi mala fides, quæ præscriptionem impedit, subest, *d. c. ult. de præscrips. & c. possessor malæ fidei. 2 de reg. jur. in 6.*

205 Quartò huc confert, quòd nullum vel minimum verbum in contractibus debeat putari ociosè appositum *arg. l. si stipulatus 4. in princ. ff. de usur. l. si quando. 109. in pr. ff. de legat 1. c. si Papa 10. circa medium. de privileg. 6. Bald. in rubr. Cod. de contrahend. empt. quæst. 9.* Sed hæc verba, *quandocunque, quotiescunque, semper, omni tempore, in perpetuum*, &c. in pacto retrovenditionis apposita, essent omninò ociosa, inutilia & inefficacia, si non operarentur, ne huic pacto tempore triginta annorum præscriberetur: siquidem & sine illis isti pacto non nisi eodem spacio præscribi posset, *juxta Barbat. d. consil. 51 libr. 1. & d. cons. 22. lib. 4 & Igneum in l. in cognitione. 13 ff de Senat us. Silan.* Et si pacto certum tempus, putà 20. 30. vel 40. annorum fuisset expressum: utique ante illud nulla prorsus præscriptio curreret: quidni igitur etiam, si infinitum tempus expressum fuerit, nullo unquam tempore curreret? *prædicta l. quòd si nolit 31. §. si quid ita venierit. 22. ff. de adil. edict.*

206 Quintò accedit, quod pactum hujusmodi de retrovendendo collatum est in liberam voluntatem & potestatem ipsius venditoris, ut scilicet rem venditam redimere quandocunque possit. Facultati autem adimplendæ conditionis potestativæ nullo unquam tempore præscribi, liquet *ex l. suus quoque. 4 ultim. ff. de heredib. instituend.* ubi filiusfamilias sub conditione potestativâ institutus heres, nullo tempore dicitur esse præteritus: cùm hanc conditionem semper, dum vivit, possit adimplere. Ex quo colligere promptum est; quòd facultati adimplendi talem conditionem non præscribatur: aliàs posset contingere, quòd filiusfamilias inveniret se aliquando præteritum, cùm usque ad annos centum vivere posset, *l. an usufructus. 56. in fine ff. de usufructu.*

207 Postremò nostram assertionem corroborat ratio, isthuic haud absimilis, suprà *num.* 184. allata: quòd nimirum res meræ facultatis nullâ penitus præscriptione tolluntur, *l. viam publicam. 2. ff de via publica.* Iam verò jus offerendi pretium, ad rem venditam quandocunque redimendam, videtur esse res meræ facultatis: cùm in mero & absoluto venditoris arbitrio consistat. Ergo nullâ penitus præscriptione tollitur. *Hanc* rationem non infringit, quòd hæc actio, quâ quispiam oblato pretio, ex pacto retrovenditionis petit sibi rem venditam restitui, non sit res meræ facultatis: cùm non in absolutâ facti potestate, sed obligationis jure sit posita, sitque jus ex contractu alteri ab altero debitum. Ea namque demum meræ faculta- 208 tis existimantur, quæ jure dominii nobis competunt; nec ab alio debentur, sed propriis dominiis insunt. Hæc quia unà cum dominio voluntate domini possidentur, & ab absoluta domini voluntate dependent, nunquam præscribuntur, *Wesenbec. in Paratit. ff. de rescind. vendit. num. 6. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 62. edition. 2.* Hoc, *inquam*, rationem prædictam non infringit: quoniam respondetur, pactum seu obligationem esse in dominio venditoris, & sic habere dominium quoddam juris: cui, quia plenum ejus dominium venditor habet, præscribi nequit: ac proinde nec rei, cui jus illud redimendi inhæret. *Similiter* eandem rationem haud imminuit, quòd ex tantum res meræ facultatis præscribantur, quæ absolutè tales sunt, non quæ relativè. Servitutes quippe, & 209 similia ab aliis debita, quanquam meræ facultatis sunt; tamen per non usum præscribuntur, *l. sicut. 13. & l. seq. C. de servitutib. & aq.* Hoc, *dico*, rationem eandem haud imminuit. Tum quia servitutes præscribuntur propter negligentiam non utentis: non verò præscribuntur, si ille, cui sunt constitutæ, ob necessitatem iis uti nequeat, *l. unus ex sociis 34. in fin. cum l. sequent. 35. ff. de servitut. præd. rustic.* Atqui ob necessitatem plerunque venditor non potest redimere rem venditam, deficiente forsan pecuniâ, aliove obstante impedimento. Tum quia servitutes res esse meræ facultatis, negatur: siquidem hic earum finis est, ut iis utamur fruamur: quo fine cessante, meritò tanquam res non meræ facultatis, præscriptione amittuntur, *d. l. sicut. 13 & l. seq. C de servit & aq.* Tum etiam quia servitutes tum demum præscribuntur, si bona fides adsit. *l. unic. C. de usucap. transform. & expositum in §. ult. numer. 16 supr de servitutibus prædior.* At nostro hoc casu bona fides, quæ substantiale præscriptionis requisitum est, deficit. Ergo & præscriptio effectum sortiri nequit. *Ita docuit Philip. Hænonius. d. disput 6. ad Institut. sub controvers. 14.* Neque hanc 210 conclusionem enervat, quòd ubi ratio præscriptionis obtinet, ibi & meritò præscriptio locum habere debeat: in proposito autem themate ratio præscriptionis obtineat: ne scilicet possessores semper metuere repetitionem rei cogantur, & incerta rerum dominia reddantur, *l. 1. ff. de usurpat. & usucap.* Nam huic argumento tum relinquitur locus, si res per se ad usucapiendum sit idonea, atque usucapionis requisita, putà bona fides, justus titulus, &c. non deficiant, *Hænon. d. controvers. 14. in fine.*

Tandem quanto tempore jus adeundi hæreditatem 211 circumscribatur, in disceptationem venit? Et (non attentâ contrariâ opinatione *Saliceti in l. licet. 8. C. de jure deliberandi*) intra metas triginta annorum jus illud consistere, rectè vulgò receptum est. Tum 212 quòd istud jus (sic enim disertè dicitur *in l. si. mater. 3. ibi, jus adeundæ hereditatis. C. de institutionibus. & subst.*) personale sit, & omnia jura personalia tanto tempore tollantur, *l. sicut. 3. & l. seq. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Tum quòd jus adeundi, & ex aditione

tione quæſitum, ſit tanquam habitus, & actus, Ius namque adeundi conſideratur ut habitus, & potentia, quæ deducitur ad actum, per aditionem. Atqui aut ipſum, ex aditione quæſitum, eo ſpatio 30. annorum tollitur *d.l.ſicut.3 & l.ſeq.C.eod.* Ergo & jus ad-
213 eundi : cùm infirmiora ſint, quæ in potentia, quàm, quæ in actu exiſtunt, *argum.l.in bello.12. §.ſi quis ſervum.7.ff.de captiv. & postlim. reverſ. & cap. 1. §. perrò: qualiter olim peter. feud. alien. titulo 9. libro 2.feudor.*

Adminiculũ quoque probet huic ſententiæ textus *in d.l.licèt.8.C.de jure deliberand.* ubi jus immiſcendi, ſicque etiam jus adeundi, longi temporis ſpacio non extingui traditur. Ergo à contrario ſenſu, per lapſum temporis longiſſimi, ſive 30. annorum extin-
214 guetur. Sed & pro hac opinione facit, quòd in juribus incorporalibus ex ſola negligentiâ ejus, qui jus ſibi competens non exercuit, præſcriptio cauſetur, *arg. l.ſequitur 4 §.ſi viam.27 ff.de uſurpat.& uſucap. l.1. & 2.C.de ſervitutib & aq. l.corruptionem.16 C.de uſufruct.& habitat.* Atque ita ſentiunt *Accurſ.in l.3. ff.de acquir. vel amitt.hereditat. Bartol.in l.1.num 4. C.de condict.ex lege. Decius num.8.& Curt.num.25. in l.unic.C.quando non petentium partes,&c. Felinus in cap.de quarta.4 num.22.ext.de præſcript. Alexander, Corneus, Iaſon, Cynus, Petrus de Bel. Pertit. Alberic. de Roſate, Iacobin. de Sanct. Georg & alij communiter in dict.l licèt.8.C.de jure deliberand. Franciſc.Balb.in tractat.de præſcriptionibus.4 part.quarta princ.quæſt.19.pag.mihi.287. Gomez.tom.1.var.reſolut.cap.9.num.27. Duarenus ad tit.ff.de acquir.vel amitt.hereditat.cap.2. Soarez.in theſauro recept. ſentent.lit.H.num.13.Treutler. volum.2. diſput.12.th.5. addit. E. ibique eleganter Reinhard.Bachovius Echtius in ſuis notis. Vngepaur.Exercitat.Iuſtin.7.quæſt. 4. in negot. pagin. 291. edit.poſtrid. & Coraſius libro 6. miſcellan. jur. civ. cap.21. ubi contraria refellit.*

215 Præſcriptione quadraginta annorum perimuntur actiones, quæ Eccleſiis & piis locis, in rebus immobilibus, corporalibus & incorporalibus competunt, *authent. quas actiones. C. de ſacroſanct. Eccleſ, cap. de quarta.4.cap.ad aures 6. & cap. illud 8. ext. de præſcript.can. neque decennij 3.cauſ 16. quæſt.4. Heigius part.1.quæſt.16.num.46. Balb in tract. de præſcript. 1. part.quinta principal.in princ.pag mihi 324. Covarruv.in cap poſſeſſor.part.2 relect § 2.num.3.de reg.jur. in 6. Schneidewin.hic ad rubr. de ſpeciebus præſcription. num. 17.cum ſeqq. Dominic. Cardin. Tuſch. tom.6.practic.concluſion liter.P.concluſ 556. & ſeqq. Berlichius part 2. concluſion practic.concluſ.7 nu.2. ubi plures citat.* Omnes item actiones, quæ 30. annorum curriculo non extinguuntur, ut actio hypothecaria, *l.cùm notiſſimi.7.§.1.C.de præſcript.30. vel 40. annorum*, & quæ per litis conteſtationem perpetuatæ ſunt, *l.final.C.d. tit.l.1.§ 1.in fin C.de annali excep* ſpacio 40. annorum excluduntur, *l.omnes 4.C.de præ-*
216 *ſcript.30. vel 40. annor.* Et quidem hypothecaria actio (quæ datur creditori ad hypothecam perſequendam) ita demum 40. annis tollitur, ſi adverſus debitorem ipſum, ejuſvè heredem moveatur, *d.l.cùm notiſſimi.7.§.1.C.eod. Althuſ.lib.2.dicaolog.cap.6.num. 52.pag.545.* Secus eſt, ſi à tertio ſive extraneo poſſeſſore res vindicetur. Tum enim ſi is bonâ fide poſſideat, removetur creditor præſcriptione 10. aut 20. annorum. *l 1.& 2.C.ſi adverſ.credit. præſcript. opponat. l ſi à creditore.7.& l.ult.C.de obligat.& act.* ſin mala fide, tricennali præſcriptione actio excluditur, *l ſicut.3 & d.l.cùm notiſſimi.7 in princ.C.de præſcript.30. vel 40 annor. Donell.lib.5.Commentar.de jur.civ.cap.ult. pag.414.num.30.& ſeq. Zanger. in tract.de exceptionib.part.3.cap.8.nu.67.edit. D.Obrecht.diſput.17. th. 230.& ſeqq. D.Bocerus in hoc princ.num.49. & ſeqq.* Adde Fernand. Vaſquium *lib.2.illuſt.controverſ.cap.6 nu 4.cum ſeqq.p.487.& ſubſeqq.*

Centum annorum præſcriptionem res Eccleſiæ 217
Romanæ, Civitatum, ac Principis, & in redemptionem captivorum relictas, recipere, plerique tradiderunt, *l.ut inter 23.junctâ authent quas actiones. ibiq; Bartolus & Iaſon. C. de SS.Eccleſ. Novellar.9.cap.ad audientiam 13.circa finem cap.cùm nobis 14.& cap.ſi diligenti.17.ad fin.ext.de præſcript. Balb.in tract.de præſcript.1.part.quinta principal.in princip.num.16. cum ſeqq.pag.333. Covarruv. in cap.poſſeſſor.2 part 2.relect.§.2.num.6.& 9.de reg.jur.in 6.Treutler.volum.2 diſput.22.th.4.ad liter.M.* Cæterùm doctiſſimi quidam Iureconſulti, ad iſtam rerum Eccleſiæ Romanæ præſcriptionem annos quadraginta jure civili ſufficere, haud temerè affirmant, *per Novell.111.& Novell. 131.cap.6.Cujac.lib.5.obſerv.cap.5.Donell.lib.5.Commentar.de jur.civ.cap 31. Rittershuſ.lib.4 differ.jur. civ.can.cap.14. D.Bocerus claſſ.3. diſput.22.theſ.54. liter.b.edit.2.Vultej. hic nu.20 & D.Obrecht.diſp.27. theſ.261.& ſeqq.* Adde eâde re explicatiùs tractantem Berlich. *d part.2.concluſion.practic.concluſ.8,num.1. & aliquot ſeqq.pag.125 & ſeqq.* item Hunoius *in reſolut.ad Treutler.d.volum.2.diſput.22.th.4. quæſt.24. cum ſeqq pag.303 & ſeqq.* ibidem Bachovium *in ſuis notis ad liter.L. & M pag.389. & ſeq* nec non Davideum Doringium *in biblioth. Iuriſconſult. tom.1. in verb actio.nu.399 f.249.*

Denique regalia, Principique reſervata præſcriptio- 218
nem immemorialem (quæ à centenaria quomodo differat, copioſè explicat Didacus Covarruv. *in d.cap. poſſeſſor.de reg.jur.in 6. part.2. relect. §.3. num 6. & Farinac.in tract.crimin.lib.2.tit.5.quæſt.47.num.119. & ſeq.* Tametſi moribus noſtris diſcrimen nullum inter utramque obſervari videatur) requirere, Doctores votis conſpirantibus concludunt, *per textum expreſſum in cap.ſuper quibusdam 26.§.præterea. ext. de verb ſignif.* Reichs Abſchied zu Augſpurg *de Anno 1548.pag.10. §.* vnd ſol vnſer. *& §.* wann auch ein Außgezogener. *ibi,* daß er je in Menſchen Gedächtnuß. *& pag. ſeq. §.* wo aber innerhalb Menſchen Gedenckenne. *Bartolus in l. ſi publicanus 4. §.ult. num.1.ff.de publican. Speculat. tit.de cauſ.poſſeſſ.& proprietatis. §. quid verò. verſ. quid de colligentibus pedagia, &c. Salicetus in l vectigalia. 2. C. vectigalia nova inſtitui non poſſe, Panormitanus in cap. cùm non liceat.12. ext. de præſcript. Baldus conſ 46,*

velum.1. Alexander conf.6. velum.1. Gœden conf.3. num.24. & in conf.32.num.8. Reland à Valle conf.3. numer.82. libr.1. Cravett.conf.54.num.8 & de antiquitat.temp parte.4. absolutis nu.13.pag.190.& seq. Decianus conf.24.num.1ta volum.1. Balbus in tract. de praescript.2.part.5.part. princ. quaest.4 pag.415. Mynsinger.cent.5.observ.29.num.11.& seqq. Gailus lib.1. observ.21.num.15 & lib.2.de pace publico cap.6.nu.11. Borcholt in explicat.cap.unic.quae sunt regalia.nu.15. & seqq. D Bocerus in tract. de regalib. cap.4.nu.45. Vulteius libr.1 de feud.cap.9 num.21. Rosenthal.in synopsi jur.feud.cap.5.conclus.14. Ioannes Schoner.lib.1. disput.feud.disput.4 thes.15. Zauger. in tract.de exception.part 3.cap.10. num.183.edit 2. Berlichius dict. part.2. conclus.8. num 14. pag.131. aliique plures per hec citati.

220 Neque huic receptissimae conclusioni adversatur textus *in l comperit.6. C.de praescript.30.vel 40.annor.in d.cap.cùm non liceat 12 &c. cùm ex officij.16. ext.de praescript.& in cap. venerabili.54.ext. de censibus*, quibus in locis notatur, quòd solutioni census, & juri imperiali, quod Imperator sibi reservat in signum recognitionis dominii universalis, nullo tempore praescribatur. *Nam* ea, quae summo duntaxat

221 Principi competunt, duplicis censentur conditionis. Quaedam reservata sunt Principi in signum subjectionis & superioritatis; ut tributum, & census: atque haec nullius temporis praescriptioni subjacent, *per jura mede adducta*. Quaedam verò reservata sunt Principi in signum singularis privilegii; ut legitimare spurios, creare tabelliones, erigere vectigalia, exigere vectigalia,& pedagia,&c. atque in his,& similibus regalibus praescriptio temporis immemorialis locum habet, *d.cap. super quibusdam. 26. § praeterea. ext.de verbor.signific.* Et ita, *post Balbum in d.tract. de praescript part.2.quinta princ quaest.1. num.1.pag 397 & pag.400.item quaest.2.& quaest 4 num.1.pag.415 Nicolaum Boerium decis.264 num.19. & Modestinum Pistoris cons.4.nu.28.vol.1.* benè distinguit D Collega Bocerus *in d tract. de regalib.cap.4.nu.47.* itemque Althusius *d.lib.2. dicaeolog. cap.6. num.58 & 61. pag.546.* Adde Casparum Klockium *tractat. nemice polit. de contract. tutioris. cap.16. num.17. & seqq. folio 352.*

222 Licet autem ad hanc regalium praescriptionem scientiam & patientiam Imperatoris esse necessariam, opinetur Bartolus, ejusque asseclae *in d.l.si publicanus 4.§. ult. ff. de publican.* contraria tamen sententia & verior est, & receptior: eò quòd ista haec praescriptio per se vim privilegii, ex certa scientia concessi, obti-

223 neat, *d.cap super quibusdam.26. § praeterea. ext de verb.signific. l 3.§.ductus aquae. 4 ff. de aqua quotid. & estiv. Alexand conf.6.lib 1.Reland à Valle conf 91. num.15.velum.2. Vulteius d.libr 1.de feud.cap 9.nu 1. Rosenthal.d.cap.5 conclus.15. Borcholt in d cap unic. quae sunt regalia.num.16.& seq ubi hanc in rem plura*

224 *coacervat.* Nec obsistit quicquam *l.2. ibi, eo sciente. C.de servit.& aq.* ubi scientia requiri videtur. *Lex* enim ista de longi temporis praescriptione accipienda est, nequaquam verò de ea, cujus origo memoriam hominis excedit, *tradente D.Bocero d.tract. de regalib.cap.4.num.48.* Praeterea in lege illa scientiae ideo mentio facta videtur: quia is, qui se praescripsisse contendebat, ipse dixerit, se sciente domino usum esse servitute: sicut novum non est, ut Imperatores suis saepè rescriptis eas etiam, oblato sibi libello, insertas repetant facti circumstantias, quae adjutis definitionem nullo modo necessariae putantur.

Quaestio hic oritur non levis: si Dux, Comes, Baro, 225 aut Civitas Imperialis regalia, vel ex concessione Principis, vel praescriptione temporis immemorialis possideat, & tertius aliquid contra horum quempiam ea regalia (quae Doctores formata vocitant) praescribere velit, num similiter temporis immemorialis praescriptione opus habeat: an praescriptio temporis longissimi, annorum putà 30.vel 40. sufficiat: Et quidem eo quoque casu tempus, cujus initii non extat memoria, desiderari, sequentibus non contemnendis rationibus ostendit D. Collega Bocerus *d. num.54.* Tum quod regulariter ea, quae non nisi ex speciali Im- 226 peratoris concessione & privilegio alicui competunt, immemorialis solummodo temporis praescriptione acquiruntur. *d.l.3.§.ductus aquae ff.de aq.quotid. & aestivâ.* Tum quòd in istiusmodi praescribendis juribus requiritur praescriptio, quae concessione Principis specialiter factae aequipolleat, qualis est praescriptio temporis immemorialis, *d.cap.super quibusdam 26. §. praeterea ext. de verbor.signific.& d.l.3 § ductus aquae 4.ff de aqua quotid. & estiv.* Tum etiam quòd is cui ab Imperatore regalia sunt concessa, alii eaquam ea vicissim concedere nequit; ut, *post Bartolum & Imolam in l.in dictis 8.ff. de aqua, & aquae pluv. arcend. Socinum conf.7. velum 3. Bertachinum in tract. de gabell part.1.quaest.14. & Ægid Bossium in tit. de regalibus num* 25. sentit Antonius Peregrinus *lib.1. de jure fisci tit.2.num 101.* Proindéque nec praescriptio- 227 nis titulo regalia transire poterunt ab illo, cui ab Imperatore ea fuerunt concessa: quippe cùm concessio & praescriptio ejusdem sint conditionis, naturae ac potestatis, *l alienationis verbum.28. ff. de verb.signific. d.l.3.§ ductus aquae.4 ff.de aqua quotid.& estiv. d. cap.super quibusdam 26.§ praeterea ext.de verb signific.* Et quamvis regalia semel alii alicui ab Imperatore sint concessa; id tamen eorum naturam non mutat, *argum.l.cùm precariò.12.in princ.ff de precario.& l. more 5.ff.de jurisdict.* Sed haec sententia licèt à verita- 228 te rhetoricanon sit aliena: adeoque in Scholis disputando sustineri possit: attamen cùm contraria opinio, quae praescriptionem 30.vel 40 annorũ proposito in themate sufficere suadet, communiter sit recepta, ab ea in praxi recedere periculosum fuerit, *vel ipso D Bocero teste, loco praallegato*: praesertim cùm ea traditio videatur verior, quae à majori Doctorum 229 parte approbatur, *argum. l.minimè.23.ff.de legib. l. rescriptum.10.§ ult. ibi,& alij plerique ff.de pact l.1.in princ.sanè crebrior apud veteres opinio est. ff.de offic. quaestor. l.athletas 4.in princ. ibi. & generaliter omnes opinantur. ff. de his, qui not.infam l quaesitum.12. § sed si fundus.27.ff.de instruct. vel instrum.legat.* & 230 communis opinio vim consuetudinis obtinere dicatur,

tur,juxta Baldum in cap.ne innitaris.5.ext.de conſtitutionib. & Menochium in tract. de præſumptionibus. lib,2.præſumpt.71. num.3. Iſtam ante tenent opinionem *Bartolus in d. l ſi publicanus.4. §. ult. num.1.in fin ff de publican. & vectigalib. Felin.in cap.cum nobis 14.ext.de præſcript. Baldus conſ.370.num.1. circa fin lib.3.Cravett in tract.de antiquit. tempor. part.4. §.abſolutis differentiis num 13 Borcholt.in d.cap.unic. quæ ſunt regalia nu 19. Vultejus d.lib.1.de feud.cap.9. nu 21 & Roſenthal.de ſynop.jur.feud.cap.5.concluſ.16.*

231 Illud quoq; circa præſcriptionem regalium ſilentio nō involvendum extendenda quidam arbitrantur : quòd ea ſtrictè ſint accipienda ; nec de una ſpecie ad aliam *Henricus à Roſenthal d.cap.5 concluſ.17. Vultejus d. cap 9 num 21.in fine. & D. Bocerus in tract.de regalib cap 4,num 56*

232 Quonam tempore juriſdictio præſcribitur, variè agitata,magnique momenti quæſtio eſt ? Verùm cùm juriſdictionis, meri & mixti Imperii quaſi poſſeſſio habeat cauſam continuam: quippe cùm à perſona intra territorium in ſubditos , non verò ab ipſo territorio exerceatur : ſicque à perſona animo , ſine intermiſſione aliquâ,adeoque continuò,ſervitutum exemplo retineatur,*argum.l.poſſideri.3. §.in amittenda.6. & § ſaltus 11.l.clam poſſidere.6.§.1.l ſi id,quod 25. §. fin.ff.de acquir. vel amitt. poſſeſſ. Bartolus in l juſto. 44.§.non mutat.3.num.4. ff. de uſurpat,& uſucap. Baldus conſ 439 num.4.volum.3. Covarruv.in cap. poſſeſſor.malæ fidei.2 part.relect.§.3.num.3 de reg.jur. in 6. Hucque referenda ſunt , quæ notavimus ſuprà in §.ult tit. de ſervitut.prædior. num.6. & ſeq* firmiter inde, & conſtanter concluditur,juriſdictionis præſcriptioni tempus longum; quo reliqua jura incorporalia acquiruntur, ſufficere, *l.ult.in fin.C.de præſcript. longi temporis l.viros.8 in fin. ibi,longo tempore. C. de diverſ. officiis & apparitorib judic,l.ult. ibi, vel ex*
233 *longa conſuetudine. C. de emancipat. liberor.* Idque crebriùs placuiſſe,apparet ex notatis Franciſci Balbi *in tract.de præſcript.1.part.5. principal. quæſt.3 num 4. & ſeq.pag.410.* Cæterùm hoc tempus eo caſu minimè ſufficit,quo adverſus ipſius Principis juriſdictionem præſcribitur. Tunc enim quaſi poſſeſſionem tanti temporis, cujus initii exiſtit memoria, requiri verius eſt,*argum.cap.1.de præſcriptionib.in 6 d.cap.ſuper quibuſdam.26. §.præterea. de verbor ſignific & Novell.9.* cùm pro Principe (cujus voluntate juris-
234 dictio,quæ tota ejus eſt, in alium transfertur, *argum, l.1.ff.de conſtitutionib.Princip.)* juris præſumptio ſit , ad ipſum ſpectare juriſdictionem : præſcribenti verò eadem adverſetur,*d.cap.1.de præſcript.in 6.* ac maximè Principi hoc competat privilegium , ut contra ipſum ejuſmodi tantùm temporis præſcriptio pondus habeat, *Covarruv.ad d.cap.poſſeſſor. 2. part. relect.§.2. num.9: verſ.ſecundo illud.& § 3.num.3.de reg .ur.in 6. Longovall in repetit. l.imperium 3. part.4. artic.2. num.44.cum ſeqq.ff.de juriſdict. Paurmeiſter. lib.1. de juriſdict.imperij Roman.cap.21.num.38.edit.1. ubi plures,diverſas in partes abeuntes,citat. Quibus addatur D. Beſoldus in delibat.jur.ex libr.2. ff. num.3 pag.166, Arumæus diſput.2.ad leges præcip. Pandect. th.2.fol.1.& Thom.Michael de juriſdict.th.20.* Quòd ſi tamen ejuſmodi præſcribens titulum allegare valeat : tempus quadraginta annorum ſufficere , rectè ſtatuitur : ſiquidem titulus tunc efficit, ne juris contraria præſumptio tantopere obſtare ampliùs præſcribenti poſſit,*argum.d cap.1. de præſcript.in 6. cap. de quarta.4. cap. ad aures 6.& c. illud 8.ext.de præſcriptionibus.l ult. C. de fundis patrimonialibus. &c.*

Planè de quaſi poſſeſſione , qua præſcriptio juriſdi- 235
ctionis , ſicut & aliarum rerum incorporalium nititur, hoc notandum eſt : eam uſu juriſdictionis (uſus quippe nihil aliud eſt, quàm poſſeſſio rerum incorporalium, *l.ult.ff de ſervitutibus l quæſtio 115. §. poſſeſſio 1.ff.de verbor.ſignific.*) puta exercitio earum rerum , quæ poteſtate juriſdictionis fiunt , & quidem unico actu induci. *argum.cap.cùm Eccleſia Sutrina. 3. ibique Panormitanus. num.23.& Ripa. numer.52.cum ſeqq ext.de cauſ.poſſeſſ & proprietat. Tiraquell.in tract.de jure primogenior. quæſt.39. num.2. & 3. Ferrarius in ſua practic.in forma libelli actionis confeſſoria gloſſ.7.num 14. Hieronymus de Monte in tract.de finibus regund.cap.78. num.1. Menoch lib.2. de arbitrar jud. cent.2. caſ.160.num.2. & conſ 402. nu 41.Mynſinger.reſponſ.16.num.31.Weſenbec.conſ.18. nu.18. D.Bocer.in tract.de juriſdict.cap.8.nu.107. qui omnes alios allegant.*

Etſi verò plerique exiſtimant , in hac juriſdictio- 236
ne uſucapione intervenire debere ſcientiam & patientiam ejus , contra quem præſcribitur; *l.quotiens 15. §.ult.& l quotiens via. 20. ſive ult. ibique Coſtalius ff.de ſervitutibus l.2. C.de ſervitutib.& aq. l. ſi à te emero.16. ff ſi ſervitus vindicet.* quòd patientia ſit 237
loco traditionis, *argum.l ſi ego.11 §.1. ff.de Public.in rem action.& l.1.§.ult.ff.de ſervitutib prædior.ruſtic.* patientia autem ſine ſcientia non videatur poſſe intervenire : cùm ignorans propriè pati non dicatur, *argum.l.1 §.ſcientiam 3 ff.de tributor.act & l qui patitur 18.ff.mandati. Covarruv in d.cap.poſſeſſor.2. part.2.relect.in initio.num 8.de reg jur.in 6. Coraſius ad l ſervitutes 14.num.29.cum ſeqq. & ad dict l. ult. num.11. & ſeqq. ff de ſervitutib. Weſenbecius conſ.5. num.15. Menoch.de arbitr.judic.quæſtionib.dict.lib.2. cent.2 caſ.101 num 3 & ſeqq. Gailus libr.2.obſerv.66 num.5.& 6. Modeſtin.Piſtoris conſ 51. num.10. volum.1. ibique referens D Bocerus d.tract. de juriſdict.cap.8. num.102.* Quibus addantur & ii , quos citat & ſequitur Paurmeiſter. *dict. libr, 1. de juriſdict. cap 22. num.12. & ſeqq. edit 1:* attamen ſcientiam non requiri; ſed ſolum uſum non impeditum , ſicque ejuſmodi ſaltem patientiam , quæ vicem traditionis obtinet.ſufficere , veritati magis conſonum videtur,*per l.ult. in fine C. de præſcript. longi temporis l.1.§ 2.ubi Bartolus ff.de itinere actuq; privat. l. & ſi forte 6 §.1.ff. ſi ſervitutes vindicet. d.l. ult. ff.de ſervitutib.latè Longovall.in repetitione d l. imperium.3. part.4.artic.3. num.1: & ſeqq. ff. de juriſdict.* Sanè ſummatim hoc dici poterit : ſi juriſdictio longo præſcribatur tempore , cùm tunc titulus , ex quo traditio ſeu acquiſitio quaſi poſſeſſionis ſequitur, deſiderari putetur : ut , *poſt Franciſcum Purpuratum*

conſ.

conf. 378. num. 7. pluribus evincere conatur *Tobias Paurmeister. d. lib. 1 de jurudict. cap. 21 num. 21. & aliquot subseqq.* non requiri scientiam, & patientiam propriam illam, quæ scientis esse dicitur: si verò immemoriale tempus exigatur, tunc patientiam illam, ex scientia descendentem, multò minùs esse necessariam: quoniam tanti possessio temporis habet vim privilegii, justique tituli. *d. l. 3 §. ductus aquæ. 4. ff. de aq. quotid. & æstiv. & cap. super quibusdam 26. §. præterea.*

238 *ext de verb signif.* Quanquam autem Longovallius *d. part. 4. art 3. num. 17. & seqq.* non usque adeo absurdè sentire videtur, titulum ad jurisdictionis usucapionem haud esse necessarium, *per l. si quis diuturno. 10 ff. si servitut. vindicet.* respondens *ad d. l. final. C. de præscript. longi temporis & ad d. l. si ego. 11. §. 1. ff. de Public. in rem action.* tamen si is etiam maximè necessarius judicaretur, sicq; præscriptione longissimi tem-

239 poris, eo deficiente, opus esset: scientia tunc ideò præsumeretur, quòd actus jurisdictionis publicè geri, atque in aliorum notitiam pervenire soleant, *arg. cap. illud dominus 5 ext. de clerico excommunicatio, &c.* Patientia porrò generaliter illa ad hanc præscriptionem necessaria est, quæ ex solo eo consistit, quòd nullum sit impedimentum ei, qui alienâ utitur jurisdictione, factum, *d. l. si quis diuturno. 26. in fine princ. ff. si servit. vind. d. l. 1. in fin. ff. de servitutib. & aq.* Violen-

240 tus siquidem alienæ jurisdictionis usus, sive ab alio prohibitus, nihil prodest, *l. 2 ibi, usus tibi interdictus. C. eod titulo* cùm quasi possessio per actum etiam unicum dispatientiæ (ut loquuntur) rumpatur; *docente, post alios, Wesenbecio consf. 18 num. 19.* Ex quibus intelligere promptum est: huic præscriptioni exceptionem ignorantiæ non facilè posse adferre impedimentum.

241 Nec adversatur huic opinioni *præd. l. 2. ibi, eo sciente. C. de servitutib. et aq.* quæ scientiam adversarii efflagitare videtur. *Primùm* enim ibi Antonius Imp. rescripsit ad certam facti speciem, à Martiali quodam sibi propositam, in qua scientiæ domini quasi obiter mentio facta fuit: quæ circumstantia, ab Imperatore in suo rescripto reperta, ad juris decisionem nihil per-

242 tinet, *ut expositum suprà num. 224.* Deinde & hoc dici potest: quòd *d. l. 2.* obscurior, aut firmere ex ulteriore *l. finali, in fine. C. de præscript. longi tempor.* interpretationem debeat: aut certè admittendum sit, constitutione novissimâ illa *d. l. fin.* correctum esse jus, de quo in *d. l. 2.* tractatur. Nam quò minùs eredi possit, Iustinianum Imp *in d. l. final circa finem.* versiculum istum. *Eodem observando, etc.* tantùm ad tempus definitum (*secundùm quorundam sententiam*) retulisse: ex pluribus, quæ obstant, hoc unum duntaxat hunc sumo, scilicet nimis esse absurdum, dictum versiculum, *Eodem observando*, ad reliqua, de quibus *in d. l. fin. il.* disponitur, & non etiam ad proximè præcedentia, in quibus de scientia & ignorantia agitur, referre. Præterea si is, qui titulo munitus est, contra ignorantem præscribit, *ut tradunt Paulus Castrens. et Albericus de Rosate in d. l. 2. C. de servi. et aq. Covarruv. in d. cap. possessor. 2. part. 2. relect. in initio. nu. 8. vers. secundò, etc. de reg. jur. in 6. Capell. in tract. de servit. urban. prædior. cap. 20. Corasius ad d. l. servitutes 14 num. 39. ff de servitutib. Wurmserus in practic. observ. tit. 27. observ. 3 num 9. Wesenbecius in Paratit. ff. de servitutib. num. 5. & consf. 5. num. 15. & alii:* dici non poterit, ex scientia quasi possessionem induci: cùm nulla sit sine possessione præscriptio, *l. fine. 25. ff. de usurpationib. & usucapionib.* Nec etiam potest doceri, dictam *l. 2. C. de servitutib. & aq. uisit.* loqui de eo, qui titulo caret: imò contrarium potiùs evincitur: cùm in ea expressè dicatur, servitutes exemplo rerum immobilium, in quibus titulus necessarius est, præscribi.

Si nihil resistit *prællag. l. si à te emere. 16 ff. si servi- 244
tut. vindicet.* ubi similiter scientia adversari requiri videtur, *Etenim* non difficulter negari potest: licet ibi non constaret, sciente domino emptorem stillicidium immisisse, eum ideo agere vel excipere non posse: ut ita scientiæ mentio ex abundanti solummodo, occasione facti Iurisconsulto Iuliano propositi, facta intelligatur.

Insignis admodùm & ardua, usuque frequentissi- 245
ma discutienda occurrit quæstio: si quis uno tantùm actu alicujus jurisdictionis, putà amputatione capitis legitimum temporis spacium usus sit, sicque istius pœnæ irrogationem præscripserit; annè merum imperium rotum quæsivisse præscriptione censeatur? Et quamvis multi egregii Iureconsulti id negent, *Bartolus in l. 1. §. si quis hoc interdicto 4. num. 1. ff. de itin. actuq. privato. Schurpfius consf. 86. num. 9. & seqq. cent. 2. Hieronymus de Monte in tract. de finibus regund. cap. 78. num. 9. & seqq. Corneus consf. 142 in princ & consf. 333 num. 46. volu. 1. D. Bocerus d. tract. de jurisdict. cap. 8. num. 108. & Wesenbecius consf. 55. num. 6.* crebriùs tamen, rectiusque placuisse reor: eum, qui in una specie sive gradu aliquam usurpavit jurisdictionem, omnes alias ejus jurisdictionis species sive gradus acquisivisse: sive eum, qui unam quampiam meri imperii pœnam irrogaverit, omnium aliarum ad merum imperium pertinentium pœnarum infligendarum potestatem sibi comparasse, *arg l. una est via 18. ff de servitutib. rusticor. prædior. & l si eo. 9. in fin. ff si servit. vindicet.* Qui enim pro parte utitur ejusmodi jure: is rotum illud usurpare reputatur, *l. 2. & l. si stillicidii 8. circa finem. ff. quemadmod. servitutes amitt. l. si, qui. 20. ff quib modu ususfruct. vel usus amitt. d. l. si eo. 9. in fin. ff. si servit. vind.* Vnius igitur actùs meri imperii exercitio omne merum imperium, adeoque etiam in actibus majoribus, quàm quos præscribens exercuit, intelligitur præscriptum: quia ejusdem illi speciei censentur: cùm plus & mi- 246
nùs non constituant speciem, sed duntaxat gradum, *arg l. ult ff. de fund. instruct. vel instrum legat. Baldus Paulus de Castro, Alberic. de Rosate. & Iason. num. 23. (ubi hanc sententiam magis communem pronunciat) in d. l. imperium 3. ff. de jurudict. Innocent in cap. dilectus 2 ext. de capellis monachor. Cynus & Salicetus in l. 1. in fin. C de emancipat. liber. Baldus in tract. de præscript. 2. part. princ. quæst. 2 nu. 22. pag. 53. Modestinus Pistoris consf. 4. num 42 volum. 1.* Sicut &, qui unâ specie collectarum usus est, omnes ejus juris species, 247
etiam

etiam de novo emergentes,acquisivisse dicitur,*per notata Alexandri cons.68.& cons.210.vol.2 Schurpfii*
cons.59.num.26. & 27.cent.1. & Modestini Pistoris d.
248 *cons.4.num.43.* Species etenim sub genere positæ,habent caudas ad invicem colligatas, *ut bellè ait glossa*
in cap accusatus 8.§.cum verò in verb judicari de hæreticis lib.6

249 Neque moverit quicquam, quòd à dissentientibus
soletobjici, præscriptionem tanquam valde odiosam
non debere extendi ab una specie ad aliam, *arg.l.1.§.*
Iulianus ait.5.ff.de itin.actuq.privat. cap. auditis 15.
cap.cum olim.18.ext.de præscript. & d.cap. dilectus 2.
ext.de capellis monachor. Specie namque jurisdictionis, non jure ejus tantùm speciei, sed totius generis,
sub quo species continetur, uti præscribens existima-
250 tur,*arg.d.l si stillicidii.8 in fin. ff. quemadm.servitut.*
amitt. ubi qui per parte it,jure totius servitutis debitæ
251 utitur. Eodem facit *d.l.2.ff.d.tit.* ubi actum habens itinere, non jure itineris, sed actûs utitur. Facit item
d.l.u,qui usumfruct.20.ff. quib. modis ususfruct. vel
252 *us.amitt.* ubi fructuarius utitur tantùm, non jure usus,sed ususfructûs. Confert denique textus *in cap.*
cùm in tua.30.ext.de decimis. ubi(*secundùm intellectum.quem Ioannes Andr & Panormit. dicunt verissimum*)scribitur: si per quadragiuta annos triticum
sit in aliquo prædio seminatum,ejusque decimas non
Ecclesia parochialis, sed monasterium collegerit : idem quoque decimas alterius frumenti postea seminati (licèt Ecclesia habeat pro se jus commune, *per*
cap.cùm contingat.29.ext d.tit.) jure præscriptionis
colligere. Ex quo textu Panormitanus ibi singulariter infert: eum,qui in loco aliquo actus exercuit alicujus jurisdictionis,posse adimpletâ præscriptione, aliis
omnibus ad eandem jurisdictionem pertinentibus a-
253 ctibus uti. Vnde non ineptè quidam tradunt:ex præscriptione specierum resultare præscriptionem generis, *Baldus in disput.sua.incip. Appulus castris celum.*
penult.allegans ad id l.si chorus 79. ff.de leg.3. eumq;
referens D.Zasius cons.16 nu.8 & 57.lib 2. Cæterùm
254 unius præscriptio speciei non continet aliam diversam
speciem: ut puta criminalis non continet civilem, *arg.*
l. si priùs 17.in princ. ff. de aqua & aquæ pluv.arcend.
255 Tantum enim præscriptum;quantum possessum, *d.l.*
1.§.Iulianus 5.ff de itin.actuq; privat.Iason.in d.l.imperium 3.num.23. vers. & sic videt,&c. ff.de jurisdict. Et huc pertinent,quæ attigimus *ad §.feræ.12.nu.*
260.& seqq.supr.de rer.divis.&c. Atque hæc procedunt,si alius,scilicet adversus quem præscribitur,sit in
quasi possessione generalis jurisdictionis : quo casu
usu unius actûs omnes similes speciei præscribi, jam
antè ostensum est. Nam si nemo sit in cjus quasi possessione constitutus : tunc dicendum videtur, usu unius actûs sive speciei, conceptione generalis jurisdictionis interposito, generalem jurisdictionem acquiri:
propterea quod jurisdictio respicit universalitatem,
ut Doctores loquuntur : & sic una est jurisdictio, etiamsi multis variisque modis exerceatur, *arg.d.l. una*
est via.18. ff.de servit.rustic.præd. & similium suprà
allegatarum,& notat Tiraquel. in tract. de jure primigenior.quæst.39.nu.2.& 3.

Non tuetur contrariam sententiam *præd. cap.cùm* 256
contingat.29.ext.de decimis. ubi decimarum præscriptio non extenditur ad novalia : cùm tamen decimæ
ejusmodi omnes ejusdem sint speciei. *Quandequidem* longè diversa est in iis præscribendis ratio. Quemadmodum enim decimæ in perceptione fructuum cōsistunt: ita non jus per se incorporale,& absolutè individuum, sicut servitus vel jurisdictio, videri possunt.
Proinde cùm *in d. cap.29.* decimas ad parochialem
Ecclesiam jure communi pertinentes alia Ecclesia præscripserit in fundis illis,qui tunc fructus ferebant:meritò decernitur, novalium decimas præscriptas non
esse, Quia sicuti decimæ in eadem parochia possunt
ad plures Ecclesias spectare, commodamque earum
perceptio non minùs,quàm fructuum, admittit divisionem (potest enim, quis in hac, alius in alia, tertius
item in alia agrorum universitate, quin etiam his, vel
illis agris tantum decimas colligere &c.) ita in agris
præsentibus præscriptæ nòn possunt in futuris,adeoque novalibus, à præscribente percipi: cùm hoc casu
rectè dicamus, non plus præscriptum, quàm posses-
sum, *d.l.1.§.Iulianus 5 ff. de itin.actuq.privat.* Nec et- 257
enim istiusmodi universalitas est (*ut cum Doctoribus*
nostris loquar) decimarum perceptio, qualis est jurisdictio : quæ non solet ita in uno loco pertinere in
his agris ad hunc,in illis ad alium : id quod facilè in
decimis evenit,*per cap.cùm in tua.30. ext. de decimis.*
quæ etiam in eodem sæpiùs agro ad diversos,pro fructuum diversitate, pertinent. Quocirca cum sit alia
decimarum qualitas, alia jurisdictionis ; quæ non in
fructibus colligendis, sed potestate coercitionis versatur,ut divisionem ejuscemodi non admittat: nemini
profectò mirum videri debet,si non idem planè jus in
utroque statuatur, *arg.l.qui fundum.7.§.1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff.pro emptor.l.inter stipulantem.83.§.sacram.5. vers, sed hac*
dissimilia sunt. ff. de verb.oblig.cum concordantibus.
Porrò an & quomodo decimæ præscribantur,*post alios*,copiosè explanat Fernandus Vasquius *lib.2 controversiar.illustr.cap.89.pag.736 cum seqq.* Hunnius
in resolut.ad Treutler.vol.2. disput.22. th.5. quæst.37.
& seqq.pag.327.& seqq. itemque Dn. Collega Besoldus *part.1.cons 19 & 20.fol.336.cum seqq.& part 2.*
cons.75.num.1.& seqq.fol.309. nec non part.6.cons.
282.fol.161.& seqq.

Nihil etiam dissentientium opinationem juvat *præ-* 258
alleg.cap auditis 15.vers.si autem,&c. & cap.cùm olim 18.ext.de præscriptionib. quibus in locis ille, qui
exercet jura episcopalia, ea tantummodo; quæ in specie exercuit, & non alia ejusdem speciei jura acquisivisse dicitur. *Nam ad c.auditis.* quod attinet, in eo
Abbas plurium quasi possessione jurium episcopalium,ideo totum jus episcopale non præscripsit: quia
Episcopus quibusdam in actibus præscriptionem interrupit. Quare si nulla intervenisset interruptio: Abbas usu plurium omnium omnia præscripsisset jura:
cū interruptionis probatio Episcopo.incumbat, Abbate ex præscriptione plurium jurium fundatam in
toto jure episcopali intentionem habente, donec cōtrarium probetur. Igitur *dictum cap.15.* nostram affir-

mativam potiùs confirmat, quàm impugnat, sententiam: videlicet eum, qui plures actus jurisdictionis, vel episcopalis potestatis præscripsit, totum jus acquisivisse censeri, donec ex adverso doceatur, qui actus sive quæ species non præscriptæ fuerint.

259 Quantum autem concernit *d. cap. cùm olim. 18 ext. de præscriptionib.* fortassis non insulsè dici poterit, in eo non solùm jus commune, sed etiam arbitrium quoddam Abbati præscribenti fuisse impedimento: ita ut duo impedimenta, legis & hominis (*uti loquuntur*) magis obsint, quàm unum, *arg. l. sed & si quis. 4. §. quæsitum. 4. ff. si quis cautionib. in judicio sist. caus. &c. & Novell. 120. cap. 9.* Aut etiam verior videtur interpretatio illa, de qua glossa *in d. cap. 18.* textum intelligit: nimirū jura ibi enumerata, quæ præscripta dicuntur, illi arbitrio, cujus mentio fit, non fuisse inserta: ut sic ideo reliqua, de quibus arbitrium fuerat inter-
260 positum, præscripta non sint ob malam fidem. Haud enim credibile est; Abbatem illum cum monachis suis ignorasse, arbitrium factum esse: cùm nemo præsumatur ignorare ejus instrumenti, quo secum habet, tenorem, *arg. l. non est ferendus 12. ff. de transactionib. Cephal. cons. 361. nu. 33* Neque etiam verisimile est, si (*ut alij volunt*) arbitrium ad omnia jura pertinuisset, Episcopum, id non principaliter & præcipuè allegaturum fuisse, *d. cap. 18. ibi, principaliter, &c.* Sed & nec hoc crediderim: si de iis quoque juribus, quæ præscripta pronunciantur, promulgatum arbitrium fuisset, Pontificem satis alioqui verbosum non verbo saltem aliquo indicaturum fuisse: malam fidem non obesse, in qua præscribens Abbas per arbitrium constitutus videri probabiliter poterat.

261 Nihil tandem sententiæ contrariæ adminiculatur textus *in d. l. si prius 17. in princ. ff. de aqua, & aqua pluv. arcend.* ubi is, cui aquæ nocturnæ & diurnæ usus concessus est, si nocturnâ tantùm sit usus, amittit diurnam; licèt ea cum nocturnâ ejusdem sit speciei. *Loquitur* namque Paulus IC. non de eo casu, quo una utriusq; aquæ constituta servitus est; sed quo duæ pluresvè diversarum causarum servitutes debentur: proindeque respondet, usu unius aliam non conservari: quoniam diversæ sunt servitutes. Ex quo vel luce meridianâ clariùs liquet, si una fuisset servitus aquæ debitæ, eum responsurum fuisse, usu aquæ diurnæ totam conservari servitutem, *d. l. una est via. 18 ff. de servitutib. rustic. præd. d. l. 2. & l. is, cui. 11 ff. quemadm. servit. amittunt.* Itaq; responsum *dictæ l. 17. ff. de aqua, & aqua pluv. arcend.* itidem magis nostram corroborat, quàm infringit, sententiam. Destructis igitur adversæ partis sive opinionis fundamentis: ea ipsa per se corruit. *Atque hæc de tertio usucapionis requisito, nempe tempore legitimo, dicta sufficiant.*

Quartò ad usucapionem comprimis requiritur
262 *possessio*, Hæc enim illius caput & fundamentum est; adeoque sine ea usucapio seu præscriptio contingere non potest, *l. sine possessione 25. ff. de usurpat. & usucap. cap. sine possessione 3. de reg. jur. in 6.* Possessio à sedi-
263 bus, quasi sedium positio appellata est: quòd naturaliter teneatur ab eo, qui ei insistit, ut ex Labeone refert Paulus *in l. 1. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Et ita possidere dicitur, qui sedes in re aliqua ponit, vel sedes in re aliqua positas habet. Atque istam lectionem, quæ est in Pandectis Florentinis, tanquam veriorem probant *Ant. Cont. lib. 1. disp. jur. civ. cap. 9. Bellon. lib. 4 supputat. jur. cap. 15. nu. 3. Vacon. à Vacuna lib. 2. declaration jur. civ. cap. 32. num. 4. Borcholt. in Comment. ad tit. ff. de acquir. vel amitt. possess. cap. 1. nu. 6 ibiq; in Paratit. VVesenbec. nu. 2. Alciat. lib. 1. disjunct. cap. 1. D. Obrecht. disp. 25. cap. 1. th. 19. & seqq. Donell. lib. 5. Comment. de jure civ. cap. 6. pag. 339. Viglius ad §. 1. nu. 20 inf. de testam ordinand. Mynsing. ad §. possidere. nu 1. infr. de interdict. Treutler. disp. 21. th. 1. ad lit. a. vol. 2. ibiq; in suis notis & animad. Bachovius pag 248. Giphan hic in verbis, justa causa possessionis, &c. Anton. Merenda lib. 2. controvers. jur. cap. 17. nu. 4 pag. 97. & novissimè D. Collega David Magirus in prælectionib. ad tit. ff. de acquir. vel amitt. possess cap. 1. num. 2.* Quanquam alii à pedibus, quasi pedum 264
positionem, possessionem dictam esse contendant: quòd pedem ponere, sit possidere, *juxta Cicer. Philipp. 2, ibi, qui te rat, ubi pedem in tuo poneret, &c. & Philipp. 3. ibi, in possessionem libertatis pedem ponimus &c. & facit l. quod meo. 18. §. si venditorem 2. ibi, si pedem finibus intulissem. ff. de acquir. vel amitt. poss. Accurs. Bart. Iason, Angel. & Dd. communiter in d. l. 1. in princ. ff eod tit. Forcatul Necyomantia dialog. 73. num 2. Connan. lib. 2. Commentar. jur. civ. cap. 8. num. 1. Walther. lib. 2. miscell. cap. 19. Gilken. in tract. de usucapionib part. 2 memb. 3 cap. 1. nu. 3: Petr. Gregor. lib. 1. syntagm. jur. cap. 13 nu. 7. & seqq.* Sed & alii parùm referre putant, an à pedibus, vel à sedibus possessio derivetur: atque utrumque incommodè sustineri posse, *Zasius in d. l. 1. in princ ff. de acquir. vel amitt. possess. Petr. Frider. Mindan. de materia possess. cap. 1. nu. 5 hosq; referens Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 5. cap. 6. lit. A.* Ex utraque quippe nominis notatione 265
apparet, ad acquirendam possessionem aliquo corporis ministerio opus esse, *l. 3. §. 1. & l. quemadm. 8. ff. de acquir. vel amitt possess. l. ferè quibuscunq; 153. ff. de reg. juris.* Neq; verò interest, an isthæc acquisitio fiat sedendo, an stando in aliquo loco. *d. l. 3. § ex contrario 5. ff. de acquir. vel amitt. possess.* sive circumambulando, sive oculis, quasi longis manibus, *d. l. 1. §. si jussero rim. 21 ff. d. tit. l. pecuniam, 79. ff. de solutionib.* Siquidem semper verum est, possessionem sine corpore acquiri non posse, *D. Obrecht. d. disp. 25. th. 34. Borcholt. d. Commentar. de acquir. vel amitt. possess. cap. 1. nu. 7.* Adde Petr. Hegenitium, *de possessionis origine aliter sentientem, lib. 1. de possess. cap. 1. nu. 2.*

Possessionis definitionem alii etiam constituunt, ut 266
videre est ex notatis *Gilkenii d. tract. de usucapionibus. part. 2. memb 3. cap. 1. nu. 17: cum multis seqq. D. Magiri d. cap. 1. nu. 3. & Borcholten. d. cap 1. nu. 8 & aliquot subseqq.* Sed omnium perfectissima mihi hæc videtur: Possessio est detentio rei vacuæ, in commercio existentis cum affectione seu animo eam sibi habendi conjuncta. Ita ferè definiunt *D. Obrecht. d. disput. 25. cap. 2. th. 43. Treutler. d. disput. 21. vol. 2. th. 1. lit. C. itemque Bachovius pag 249 & D. Collega Bocer. class. 1. disput. 2. th. 5. edit. 2. itemq; Timæus Faber disput. 16.*

adi

267 *ad Instit. Imperiales.th.2.* Possessionem esse detentio-
nem seu detentationem, i. e. rem in facto & detinendo
positam, non autem jus detinendi sive insistendi rei
(ut, *post Bartolum in d.l.1 num 6 ff de acquir. vel a-
mitt. possess.* voluerunt ibidem *Alexand num.17. Cu-
man.num.8 Iason.num.35. & Ripa num.36. item Co-
varruv. in cap. possessor, 2.part. relect. in initio. num.3.
de reg. jur. in 6. Andr. Gludius in tract. de jur sequestr.
cap.9.num.7. Fulvius Constan ad rubric. hujus tit.
num.7. nec non Berchelt. d.cap.1.num.17. & seqq.*)
enitet *ex d.l.1. in princ. §.1. & 4. & l. possessionem 29.
vers. quod est enim facti. ff. de acquir. vel amitt. posses.
l. ab hostibus 15 §. ult. & l. deniq. 19. ff ex quib. causis
majores 25. an in integr. restit l. quod dicitur. 5 in princ.
ibi, in rerum detentationem, ff. de impens. in res. dotal.
fact. l.1. §. Scævola, 15. ibi, quæ facti est, ff. si is, qui te-*
268 *stam. liber esse juss. erit. &c.* Et sanè si possessio jus es-
set: sequeretur, non solum reversum ab hostibus, qui
jure postliminii omnia pristina jura recipit, quæ per
captivitatem amiserat. *§ si ab hostib. 5. sub quib. modis*
269 *jus pat. pot. solvit*, possessionem quoque recipere: sed
& sequeretur, heredem, qui in omne jus defuncti suc-
cedit, *l. heres in omne 37. ff. de acquir. vel amittend. he-
redit.* in possessionem etiam defuncti succedere: quo-
niam qui omnia jura dicit, nullum excludit, *arg. l. om-
nia. 7. ibiq. Decius ff de reb. cred. si cert. pet.* Iam verò
nec reversus jure postliminii possessionem usucapio-
nemvè receptam recipit, *d.l. deniq. 19 ff. ex quib. caus.
majores, &c.* nec heres in possessionem defuncti suc-
cedit; sed eam naturaliter apprehendere necesse ha-
bet, *l. cùm heredes. 23. in princ ff. de acquir. vel amitt.
possess.* Igitur possessionem jus non esse, perspicuum
270 est. Adhæc nullum jus alteri per alterum auferri pot-
est, *l. solvendo. 30. ff de negot gest l. debitorem 15. C. de
pignorib. l. nec filius 7. C. de reb. credit.* At possessio al-
teri per alterum potest auferri, *l.3. § si rem 18 & l. rem,
quæ nobis 15. ff. de acquir. vel amitt possess. l. naturaliter
5. ff. de usurpat. & usucap.* Ergo possessio jus non est,
Præterea si possessio jus esset: inde consequeretur:
quòd ille, cui jura adversantur, nullam possessionem
haberet. Atqui consequens est falsum, Ergo & ante-
271 cedens. Quod consequens sit falsum; patet ex eo:
quòd non tantùm maritus rem sibi ab uxore, vel con-
tra, donatam possideat. *d.l.1. § si vir uxori. 4. ff de ac-
quir. vel amitt possess.* sed etiam ille, qui per vim occu-
pavit, *l 2. ff. uti possidet.* cùm tamen jura ipsis repu-
gnent. *l. si eum, qui 26. ff. de donat. inter vir. et. & u-
xor. l. si quis vi. 17. ff de acquir. vel amitt possess l.1. ff. de
vi, & de vi armat.* Quapropter concluditur, posses-
sionem jus non esse: *id quod copiosiùs, more suo, ex-
planat Donellus prædicto libr.5. Commentar. de jur.
civ. cap.6. pag.342. eumq. laudans Hegenitius d.lib.1.
de possess. cap.3. nu.5. & 6.*

272 Nec obstat, quòd quibusdam in locis possessio di-
sertè dici videtur *l. peregrè. 44. in princ. ibi, jus posses-
sionis. ff. de acquir. vel amitt possess. l. non ideo. 5. in fine.
C. de liberali caus. & l. nemo. 10. C. de acquir. & retin.
possess.* Nam jus possessionis, ab ipsa possessione est
distinguendum. Possessio in detentione consistit:
cùm nihil aliud sit, quàm κατοχὴ, hoc est, detentio
rei, *d.l.1. in princ ff. de acquir. vel amitt. possess. & simi-
libus prællegatis.* Ius autem possessionis est illud,
quod possessioni ex jure accedit, & tribuitur. Eam-
que ob causam Papinianus scire asserit, plurimum ex
jurè possessionem mutari, *l. possessio 49. in fine princ.* 273
ff. d. tit. Cæterùm hoc jus in justa seu civili possessio-
ne latiùs patet, quàm in possessione injustâ seu natu-
rali: quia possessio civilis omnes utilitates & effe-
ctus possessioni attributos, videlicet fructuum per-
ceptionem, usucapionem, & interdicta, producit, &
hac de possessione loquuntur *d.l. peregrè. 44. ff. eod.
tit. d.l. non ideò. 5. C. de liberal. caus. & d.l. nemo. C. de
acquir. & retin. possess.* Ast in possessione naturali 274
seu injustâ jus illud strictus est: cùm huic posses-
sioni in nostrum minùs faveat. Et tamen nihilomi-
nus injustum etiam sive naturalem possessorem in-
terdictis defendit, *d. l. 2. ff. uti possidet.* Vnde hæc
quoque possessio legitima dicitur: quia scilicet jure
civili *κατά τι* probatur, *d.l. nemo. 10. C. de acquir. &
retin. possess.* Etsi enim possessor naturalis respectu sui
est possessor injustus: cùm sine bona fide, sine titulo,
& sine traditione rem alterius habeat: justior tamen
censetur secundo possessore, qui eum de possessione
dejecit. Hujus siquidem contemplatione quodam-
modo injustus possessor reputatur: quia ab hoc rem
non injustè possidet; & quia adversus hunc anterioris
privilegio temporis nititur, *d.l.2 ff uti possidet. D. O-
brecht. d. disp. 25. cap 2. th. 55. cum seqq. & latius Do-
nell. d. lib.5. cap.6. pag.343.* Sed vide Alexandr. Tuta-
minum, *de substant possess cap.5.* & Fachineum *libr.8.
controvers. jur. cap.5. vers. sed rursus controvertitur,
&c.* ubi eâ de re varias variorum opiniones expo-
nit. Adde Anton. Merendam *lib.2 controvers. jur. ca-
pit.19. pag.100. & seqq.* ubi, an possessio juris sit, vel
facti, fusissimè declarat.

Dicitur in definitione simpliciter, *rei*, non autem 275
rei corporalis: quia eo ipso, quòd possessio vocatur
detentio, satis superque indicatur, possessionem esse
rerum corporalium. Siquidem incorporalia propriè
nec apprehendi, nec teneri, nec possideri, sicque nec
corpore quæri possunt, *l 3. in princ. ff. de acquir. vel
amitt. possess. l. servum 43 §.1. ff. de acquir. rer. domin.*
Tangere enim & tangi, nisi corpus, nulla potest res,
canente Lucretio. Hinc Iureconsulti, si de incorpora-
lium possessione verba faciunt, adjiciunt plerunque
voculam *quasi*: veluti quasi possessio juris aquæ du-
cendæ, vel quasi possessio ususfructûs, *l. si quis diu-
turno. 10. in princ. ff. si servit. vindicet. l 3. §. penult. ff.
de vi, & de vi armat.* Nihil verò refert, res corpo- 276
rales immobiles sint, an mobiles. Has quippe omnes
possideri posse, non dubium est. *l.1. §. per servum. 14.
d.l.3 §. Neratius 3. & §. Nerva 13. l. rem. quæ. 15. & l si
rem mobilem. 47. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Nec 277
movet, quòd prima possessionis origo ex sediũ positione
cœperit. *d.l.1. in pr. ff. eod.* ac propterea res mobiles pos-
sideri non posse videantur, ut nugatur Glos. *in l. super
verb. possidetis. in fin. C. uti possidet.* Ex adductis namq;
legib. evidentissimè patescit; possessionẽ in reb. ẽt mo-
bilib. habere locũ. Et quãvis possessio ab initio à sedib
q̃ in signũ possessionis in re immobili captę erig. bã-

 rui ori-

originem sumpserit, quod varia omnia occupanti
concederentur: tamen posteaquam divisione omnia
propria facta sunt, *l. ex hoc jure.5 ff.de justit.& jur.*
talis solennitas penè per desuetudinem sublata est,
multique alii possessionis nanciscendæ modi sunt in-
troducti, *d l.1.§.1.& §.penult & l quod meo.18.ff.de
acquir.vel amitt.poss.* & nihilominus sive appellatio,
quæ ab occupatione rei immobilis, utpote digniore,
imposita fuerat, remansit, *ut notat Gilken.in tract.de
usucap.part.2.memb.3.cap1..nu.13.*

278 Dicitur præterea in definitione, *vacua:* quia duo
pluresvè eandem rem in solidum possidere neque-
unt: quoniam contra naturam est, ut cùm ego ali-
quid teneam, tu quoque id tenere videaris: ac ea pro-
pter non magis eadem possessio apud duos esse pot-
est, quàm ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego
sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris, *d.l.3.§. ex
contrario.5.ff.de acquir.vel amitt poss.* Neque ad rem
pertinet, si duo eandem rem in solidum animo habere
desiderent. Haud enim ideirco ambo in solidum pos-
279 sidebunt. Tum quia possessio magis est facti, quam
animi, *d.l.3.§. Neratius.3.ff.eod* proindeque corpora-
lem potiùs apprehensionem, quàm animi affectum
inspicere debemus: tum quia possessio, quæ habetur
animo, nihil aliud est, quàm naturalis seu corporalis
280 possessionis repræsentatio. Non etenim alia posses-
sio animo habetur, quàm quæ priùs acquisita fuit Sic-
uti ergo eandem rem duo in solidum suo corpore oc-
281 cupare non possunt: cùm penetratio dimensionum
naturâ sit impossibilis: ita quoque nec fingi potest,
duos eandem in rem solidum corpore detinere: quan-
doquidem pars imitatur naturam, *§.minorem.4 supr.
de adoptionib.* nec fictio naturam pervertit ac corrum-
pit; sed eam sequitur, ejusque vestigiis insistit: *ut, post
Hopperum lib.2 de juris arte.cap.de fictione juris, &c.*
tradidit D.Obrecht *prad. disput.25.cap.8.th.329.* Et
illâ de re variè sentientes videantur Bachovius *in not.
& animadvers.ad Treutler.vol.2.disput 21.th.1.lit.D.
pag.269 itemq; th.4 lit.K.pag.321. cum seqq.* D. Ru-
melin. *exercitat 23 ad Instit.th.5 pag 212.* David ar-
gente *in lib.notar.select.jur.tit. de interdict. uti possi-
detis.pag.52* Cujac. *lib.9.observ cap 32. & 33.* Aru-
mæus *exercitat.Iustin.19.th.17* Anton.Matthæus *in
not ad tit.Instit.de interdict.pag 355.edit.1* Riemer.*de-
cad.14.quæst.illust* & Bronchorst, *cent 3.ἐναντιοφανῶν
assert.82.it.cent.4.assert.1. ubi discrepantes Iuriscon-
sultorum sententias conciliat.*

282 Additur in definitione; *in commercio existentis:*
quoniam rerum corporalium, quæ in commercio ho-
minum non sunt, possessionem esse prohibet vel na-
tura, vel dispositio juris, Natura prohibet in agris sive
283 fundis à mari vel flumine occupatis. Horum namque
possessionem, propter inundationem, acquiri non
posse constat; tametsi semel acquisita interdum reti-
neatur, *l.qui universas.30. § item, quid mari.3. ff. de
acquir. vel amitt.possess.* Dispositio juris prohibet in
rebus sacris, sanctis, religiosis, publicis & libero ho-
mine: quia hæ res dispositione juris hominum com-
merciis sunt exemptæ. *dict.l. qui universas 30. §.1.
ff eod. l.sed Celsus 6.in princip. ff. de contrahend.empt.*
*& l.inter stipulantem.83. §.sacram.5. ff.de verbor.
obligat.. D. Obrecht. dict. disput.25.cap.2.thes. 91.
& sequentib.*

Sequitur denique in definitione: *cum affectione seu 284
animo eam sibi habendi conjuncta.* Quæ clausula est
vera possessionis nota, quâ primùm includitur tàm
naturalis, quàm civilis possessor: quoniam uterque
gerit animum sive affectionem rem sibi habendi: at
non uterque gerit affectum sive animum domini:
quia hunc solus civilis possessor, non etiam naturalis
habet, ut ex insequentibus apparebit. Deinde istâ no- 285
ta excluduntur ii, qui alieno nomine in possessione
sunt, vel qui alieno nomine tenent potiùs, quam pos-
sident: ut sunt colonus, inquilinus, fructuarius,
procurator, amicus, depositarius, commodatarius,
& similis: qui ipsi verè non possident, sed per eos
dominus: adeoque non gerunt animum sibi, sed
alteri habendi, *§.de iis autem.4. & §. seq. infrà per
quas personas cuique acquiritur. §. possidere autem
videtur. 5. infrà de interdict. l. usu retinetur.20. ff.
quemadm.servit.amitt.l.nunquam 31 §. si servus.3.
ff.de usurpat.& usucap. l.generaliter.9.l. si quis antè.
10. §.1. l.quod meo nomine.18.in princ.& l.si id.quod.
25.§.1 ff de acquir.vel amitt.possess.* Vide Bachovium,
eam rem latiùs discutientem, *dictis notis & animad-
vers. ad Treutler. vol.2.disput.21.th.1.lit.E pag.253.
& sequentib.*

Possessionis species duæ sunt. Alia enim possessio est 286
justa, alia injusta. *l.3 § ex contrario.5.ibi, posse alium ju-
stè, alium injustè possidere, &c. ff. d.tit.l.2. & l.3 in
princ.ff.uti possidet.l.duo.19 ff.de precario.* Illa etiam
bonæ fidei & civilis; hæc malæ fidei & naturalis pos-
sessio dici solet. *l.3.§.ult.ff.ad exhibend.l pupillus 11.ff.
de acquir.rer.dom. d.l. 3 § vel etiam potest.22.ff.de
acquir.vel amitt.poss l.1.§ dejicitur.9 ff.de vi, & de vi
armat.l.2.§.1.ff.pro herede l.nemo.10. C. de acquir.&
retin.poss. Anton.de Mattheis ad l.1.nu 24 ibiq; Dua-
ren ff.de acquir vel amitt.poss, Hackelm.disp.20. th.2.
lit.b. Donell.lib.5.Comment.de jur.civ cap.7 pag.345.
Vaudus li.2.quæst.3.vers inter distinctiones, &c. Cont.
lib.1 disp jur.civ.cap.9. Borcholt in Comment.de ac-
quir.vel amitt.possess.cap 2.Connan.lib 3.Comment.
jur.civ.cap 10.nu.1 & 5. Wesenbec.in Paratit ff.de
acquir.vel amitt.poss nu.3 Fachin.li.8.controversiar.
jur.cap.5. Gilken.in tract.de usucap part.2.memb.3.
cap.1 num.32.& seqq. D. Bocer. class.5. disp.2.th.7.
edit.2 Treutler.vol.2.disp.21 th.1.ad lit.f. ibiq; latissi-
mè Bachovius in suis notis pag.257.cum seqq. D.Ma-
girus dictis prælectionib.ad tit.ff.de acquir. vel amitt.
possess.cap.2.D.Besoldus in delibatis juris ex lib.41.ff.
quæst.7.pag.147. Cujac.li.9.observ.cap.33. Vultej.hic
nu.26.& lib.1.Iurisprud.Rom cap.67.nu 9.* Vtraq; pos-
sessio, tam injusta sive naturalis, quàm justa seu civilis
est detentio rei vacuæ, in commercio existentis: sed
hæc fit animo domini: illa fit citra animum & affectio-
nem domini. Quare animus iste domini sive dominan- 287
tis, satis distinguit civilem possessionem à naturali. Qui
n.rem animo domini possidet, is civiliter possidet: at
qui nō animo domini, sed simpliciter sibi habendi ani-
mo rē possidet: is nō civiliter, sed naturaliter possidet,
ut:

ut latiùs id declarat D. Obrecht. de disput. 25. c. 5 th. 187,
288 *& multis sequentibus.* Vnde perspicuum evadit, quòd ad usucapionem vel præscriptionem imprimis possessio justa sive civilis, quæ scilicèt suo fit nomine, & ani-
289 mo domini, requiratur. Huicque consequens est; colonum, usufructuarium, precariò tenentem, creditorem, commodatarium, depositarium, emphyteutam, vasallum, superficiarium, & omnes alios, qui rem quidem aliquam possident, sed non animo domini, non præscribere adversus eum, à quo possessionem habent: quoniam sciunt, rei proprietatem pertinere ad alium; etiamsi ipsi fortassis jus aliquod in re habeant, §. *de iis autem. 4. vers. fructuarius verò, & c. infr. per quas person. cuiq; acquirit. l. pignori. 13. in princip. ibiq; Cujacius. l. non solùm. 33. §. qui pignori. 4 & l justo 44. § non mutat. 5. ff. de usurpat. & usucap. l. 2. & l. cùm notissimi 7 §. ult. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Vultejus hic numer. 28 Roman. disput. 12. th. 6. ad lit. b. & c.* Eàdem de re consulantur *Gilkenius in tractat. de usucap. part. 2. membr. 3. c. 2 Lopez. lib sing. animadvers jur. civ. c. 27. & Hunnius lib 2. var. resolut. jur. civ. tract. 3. quæst. 3. item in resolut. ad Treutler. volum. 2. disput. 22. th. 1. q. 2. pag 201 itemq; Hegenitius d. lib 2. de possess. cap 4 per totum.* Atque tantum de possessione. Quintum & ultimum usucapionis requisitum, videlicet rem aptam, seu non vitiosam, neque usucapi prohibitam, quod attinet: de eo commodiùs *infrà §. 1 & seq. hoc tit. τὺν Θεῷ* acturi sumus.
290 Tertium, quod in hoc principio afferri diximus *suprà num. 59.* est comparatio juris veteris & novi. Tria autem sunt, in quibus jus vetus differt à novo. Pri-
291 mum est in tempore. Olim siquidem res mobilis anno; res soli sive immobilis biennio potuit usucapi, *ut & dictum suprà num. 129.* Ratio hujus juris veteris petenda videtur ex angustiis Imperii limitibus. Id enim quia primùm non ita latè patescet, poterat quilibet paterfamilias res suas mobiles semestri uno facilè perspicere, & altero, quæ desiderarentur, quærere: res verò soli anno lustrare, & altero anno, quas desideraret, recuperare; ut monet Marcus Varro, bono & diligenti patrifamilias faciendũ esse, *eiũ, referente Giphanius hic in verbis u eam rem, si mobilis erat, & c. & D Obrecht.*
292 *disp. 26. th. 266.* Secundum est in loco. Olim namque usucapio in prædiis sive rebus soli, tantum erat in Italia: in Provinciis non item. Ratio, cur rerum soli in provinciis non esset usucapio, hæc erat: quia prædia provincialia erant publica populi Romani, nimirũ stipendiaria & tributaria: ac proinde neque usucapione, neque alio modo transferri aut alienari poterant: sed res mobiles, sive Italicæ, sive provinciales, quia erant
293 privatorum propriæ, rectè usucapiebantur. Verùm hanc loci differentiam sustulit Iustinianus *hic & in §. per traditionem 40. ibiq; fusiùs Giphanius in verb. inter quæ, & c. supr. de rer. divis & initio tit. infr quibus alienare licet, vel non.* Et isthæc duo discrimina hic
294 exponuntur. Tertium est de rebus. Nam olim res aliæ dicebantur mancipi, aliæ nec mancipi: & illæ quidem omnimodo, sive soli, sive mobiles, hæ non nisi mobiles usucapi poterant. Cæterùm res mancipi vocabantur, quæ ejus conditionis erant, ut perpetuo civium Romanorum jugo & dominio atque manui subjectæ essent. Res nec mancipi contrariâ ratione dicebantur illæ, quæ sui juris erant, & quasi in naturali laxitate & libertate remanserant: *de quibus rebus videantur Vlpianus in fragment. tit. 19. Contius lib. 1. disput. jur. civil. c. 12. Vultejus hic num. 1. & Hilligerus in Donello enucleat. lib 4. c. 19. ad lit. a.* Sed Iustinianus Imperator & istud rerum discrimen sustulit, *per d. l. unic. C. de usucapione transform. & de sublatâ different. rer. mancipi, & nec mancipi.*

§. Sed aliquando. 1. & §. Furtivæ. 2.

§. 1. Sed aliquando etiamsi maximè quis bona fide rem possederit: non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti, si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.

§. 2. Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum, & lex Atilia, inhibent usucapionem: vi possessarum, lex Iulia & Plautia.

SVMMARIA.

1. *Quæ res usucapi possint.*
2. *Rerum seu corporum tria sunt genera.*
3. *Omnes partes corporis uniti cum suo toto possidentur & usucapiuntur.*
4. *Vsucapto toto, non statim singulæ res, quæ ei cohærent, usucapta intelliguntur.*
5. *Totum collectivum in concreto non possidetur, nec usucapitur.*
6. *Quæ res usucapi prohibeantur.*
7. *Servitutes an & quatenus usucapiantur.*
8. *Res corporales vel naturâ, vel juris dispositione possideri nequeunt.*
9. *Si quis in fluminis publici diverticulo solus piscetur, an alterum eodem jure uti prohibere possit.*
10. *Vsucapio est species alienationis.*
11. *Res pupilli immobiles sine decreto alienari non possunt.*
12. *Conciliatio l. 2. § 15. ff. pro empt. cum l. 9. ff. de acq. vel am. poss. & l. 11 ff. de acq. rer. dom.*
13. *Fundus dotalis usucapi nequit.*
14. *Rerum furtivarum & vi possessarum usucapio inhibita.*
15. *Mens & intellectus l. eum vir. 42. ff. de usurpat & usucap.*
16. *Quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit.*
17. *Res furtivæ fructus & partus an usucapiantur.*
18. *Sententia l. qui ob pactionem. 9. & l. servus. 10. ff. Pro emptore.*
19. *Bona fides in usucapione semper initiò requiritur.*
20. *Res præsidi donatæ usucapi vetantur.*
21. *Iudicis & manus & oculos innocentes esse oportet.*
22. *Avaritia omnium malorum mater & radix.*
23. *Res fisci, Principis & Ecclesiæ usucapi prohibentur.*

Dictum est *suprà ad principium huius tit. num. 60.* 1
ad usucapionem quinque esse necessaria, nimirum bonam fidem, justum titulum, tempus legitimum, possessionem, & rem aptam seu non vitiosam. De quatuor prioribus sufficienter hactenus expositum est hîc

hic de quinto, id est, de rebus, quæ usucapi possint, & quæ non: Iustinianus tractationem instituit. Res autem usucapi possunt omnes, quæ possideri, & in dominio nostro esse queunt: nisi ratione aliquâ speciali prohibeantur, *monentibus Wesenbecio in Paratit. ff. de usurpat. & usucap. n. 10. D. Obrechte disp. 26. th. 81. & Stuckie part. 1. Exercitat. Iustin. decad. 5. assert. 3. ad lit. b.* Vbi sciendum, rerum seu corporum tria esse genera. Vnum, quod uno spiritu, vel unâ specie continetur: Græcè, ἡνωμένον, Latinè unitum seu continuatum vocatur: ut homo, tignum, lapis, fundus, columna tota ex gypso, aut cerâ, aut ære facta, vel alia res continuo opere ducta, aut conflata, *l. rerum mixtura. 30. in pr. ff. de usurpat. & usuc. Connan. lib. 3. Comm. jur. civ. c. 14. n. 6.* Et de hoc genere rectè dicitur, omnia membra, omnesque partes corporis uniti seu cogeniti, cum suo toto possideri & usucapi: quoniam semper cum suo toto considerantur, *l. in rem actio. 23. §. item quæcunq. 5. ff. de rei vindicat.* Alterum genus earum est rerum, quæ ex contingentibus, vel pluribus inter se cohærentibus, & ferè diversis speciebus componuntur: Græcè corpora συνημμένα, Latinè connexa conjunctave appellantur: veluti sunt, ædificium, domus, navis, armarium, & similia, *d. l. rerum mixtura. 30. in princ. vers. alterum. ff. de usurpat. & usucap.* Atque de hoc genere dicendum est: usucapto toto, non statim singulas res, quæ ei cohærent, intelligi usucaptas, *l. eum, qui ædes. 23. ff. de tit.* Nam qui corpus conjunctum seu connexum possidet: unam tantum rem animo possidet; ut domum vel navem possidet in concreto: non etiam singulas ipsius partes in abstracto, *quod planius & explicatius prosequitur. D. Obrecht. d. disp. 26. th. 93. & seqq.* Tertium genus est earum rerum, quæ ex discretis seu distantibus corporibus constant: Græcè corpora διεστῶτα, Latinè collectiva nuncupari possunt: ut sunt populus, familia, chorus, legio, grex, exercitus, & si qua sunt similia, *d. l. rerum mixtura. 30. in princ. vers. tertium, ibiq. Gothofred ff. de usurp. & usucap.* Et de hoc genere meritò affirmatur: totum collectivum in concreto nôpossideri nec usucapi: sed singula individua per se considerari, possideri, atq. usucapi. Etsi enim plura individua in unâ appellatione concurrunt: verè tamen per se subsistunt, & singula propriam suam speciem & naturam retinent, *sæpè allegata l. rerum mixtura. 30. § de tertio. 2. ff. eod. d. l. in rem. 23. §. item 5. vers. at in his. ff. de rei vindicat. & facit l. si chorus. 79. in princ. ff. de legat. 3. Ortolph. Fom. disp. 12. th. 5. ad lit. a.* Et hæc breviter decib', quæ usucapi communiter possūt.

Aliarum rerum, quæ usucapi vetantur, tria quoque constituuntur genera, Primū est earum: e ū, quæ possideri nequeūt: ut sunt res partim incorporales, partim corporales. Res incorporales, utputa servitutes, neq; verè possideri, nec usucapi possunt, *l. possideri. 3 in princ. ff. de acq. vel amitt. possess. l. sequitur. 4. § si viam. 27. & l. si aliena. 10. §. 1 ff. de usurpat. & usucap. l. servitutes prædiorum. 14. ff. de servitutib. & l. servus. 43. § 1. ff. de acquir. rer. domin. latè D. Bocer. in tract. de investitura feudi. c. 3. num. 119. & seq.* Veruntamen utilitatis causâ receptum est: ut longo tempore, usuque diuturno instar rerum immobilium, acquirantur, *l. si quis diuturno. 10. ff. si servit. vindicet. l. 2. C. de servit. & aq. l. ult. C de præscript long. temp.* adeò quidem, ut omnes servitutes 10. annis inter præsentes, & 20 inter absentes (non habitâ ulla ratione distinctionis inter continuam & discontinuam) præscribi hodie posse, verior sit traditio, *d. l. ult. in fin. C. d. tit. Petrus Gilken. in tract. de præscript part. 2. membr. 1. cap. 10. Iohan Zanger. in tract. de except part. 3. cap. 10. numer. 178 & seqq. edit. 2.* & abundè demonstravimus *in §. ultim. supr. de servit. prædior. nu. 5. & seqq.* Cæterùm res corporales vel naturâ, vel juris dispositione possideri nequeunt: ac proinde nec usucapi poterunt. Naturâ: velut si agri occupantur à mari, vel flumine Iuris dispositione: velutisi res hominum commerciis sunt exemptæ; ut liberi homines, res sacræ, religiosæ, sanctæ & publicæ, *hoc § nostro. l. quæ universas. 30. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. usucapionem. 9 ff. de usurpat. & usucapienib.* Si quis tamen in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, & adhuc piscetur: alterum eodem jure uti prohibere potest, *l. si quisquam. 7 ff. de divers. & temp. præscript. Cujac. ad l. præscriptio. 45. ff. de usurp. & usucap. Duaren. ibidem. c. 3. Donell. libr. 5. Commentar. de jur. civ. c. 22 pag. 396 & plenius explicatum est ad §. flumina. 2 numer. 4. & 5. supr. de rer. divis. & c.*

Secundùm genus est earum rerum, quæ alienari lege prohibentur. Quæcunque enim lex rei alicujus alienationem vetat: ea quoque, cum usucapio sit species alienationis, usucapionem ejusdem inhibet, *l. alienationis. 28. ff. de verbor. signific. l. ubi lex 24 ff. de usurpat. & usucap. Et hac de re diversas opiniones recitat, & ad concordiam reducit Hieron. de Cevallos in spec. aur. opin commun. contra commun. tom. 1 q. 13* Hujus generis sunt res pupilli maximè immobiles. Hæ namque sine alienari non possunt: & consequenter nec usucapi aut præscribi possunt, *l. 1. & tot. tit. ff de reb. eor. qui sub tutel. & c l. bone fidei. 48. in princ. vers. veluti si pupilli ff. de acquir. rer. domin l sicut. 3. ibi, sed pupillari ætate duntaxat. Cod. de præscr. 30. vel 40 annor. l. non est incognitum. 3. C. quib. non objicitur long. temp. præscriptio. l. ult. C. in quib. caus. in integr. restitut. necessar. non est. l. ult. C. de usucap. pro emptore. Cujac. lib. 24. observation c. 14.* Cui non refragatur *l. 2. §. si à pupillo. 15 ff pro emptor.* ubi habetur, si à pupillo sine tutoris auctoritate quis rem emerit, usucapionem sequi. *Quoniam* ibi non de re ipsius pupilli propriâ, sed de re alienâ bonâ fide possessâ agitur. Vt enim usucapio procedat, requiritur, ut quis rem aliquam à non domino acceperit, *per principium hujus tit.* Nec huic obloquitur *l possessionem. 29. ff. de acquir. vel amitt. possess & l. pupillus. 11. ff de acquir. rer. domin* ubi pupillus solus possessionem transferre non potest, & consequenter nec usucapiendi conditionem: id quod pugnare videtur *cum d. l. 2 §. 15. ff pro emptore.* Quod enim dicitur, pupillum non posse solùm transferre possessionem; hoc verum est quoad ipsius pupilli commodum. At quoad tertium, adversus quem usucapio procedit, secus est: cùm possessori sufficiat, animo domini possidere, & justam causam, bonamque fidem habere, licètis, qui tradidit, possessionem non habuerit,

buerit, *l. non solùm.33.§.1.ff.de usurpat.& usucap.* Gœddæus *ad d.l.alienationis.28.n.18.ff.de verb sign & Pacius cent. 7.ἐναντιοφανῶν. q. 4. hosq, novissimè referens Paulus Berens disp.5.ad Institut.th.1.quæst 3. ubi & aliis objectionibus satisfacit.* Videatur quoque Hunnius *libr.2.var. resolut.jur. civil. tract. 3. quæst. 14.itemq, in resolut adTreutler.vol.2.disp.22.th.3 lit. G.quæst.13.p.277.ibiq, Bachovius in suis not.& anim, advers pag 365 & seq.* ubi res pupilli, sive mobiles sint, sive immobiles, usucapi non posse, (contra Cujacium dissentientem) ostendit. Ejusdem secundi generis

13 est etiam fundus dotalis, Nam quia hunc lex Iulia prohibet alienari: idcirco prohibet quoque usucapi, *l. si fundum.16.ff.de fundo dotali.* Imò fundum alienum in dotem datum, neque ab ipso marito, neque ab alio usucapi posse, autumat Cujacius *libr.14 observat.c. 9.eumq, referens D.Obrechtus d.disp.26.th.129. Vide etiam Franc.Balbum in tract.de præscriptionib. 1.part. sexta & ult.princip. num.10.pag. 489. & seq. nec non Valtejum hic num.17 pag 216.*

14 Tertium genus earum rerum est, quæ nominatim lege vel constitutione usucapi vetantur: licèt possideri, & alienari queant. Atque hujus generis sunt, res furtivæ, & vi possessæ. Illarum siquidem lex duodecim tabularum, & lex Atilia, (sive, *ut alij legunt,* Atinia) harum verò lex Iulia & Plautia, usucapione specialiter inhibent, *§.furtiva. 2. hoc tit. l.sequitur.4.§. quod autem.6.& l.non solùm, 33.in princ.ff. de usurp & usucap. l.ultim ff. vi bonor. raptor.l.1.& l.sciens 7.C. de usuc.pro emptore.l.2.C.de usucap.pro donato. l.etiam furti 8. C.de furtis & servo corrupt. A. Gell libr.*

15 *17.noct. Attic c.7.* Ratio, cur lex istarum rerum omnium usucapionem prohibuerit, hæc reddi potest: ut furta & rapinæ, sive invasiones rerum alienarum violentæ coerceantur, neque ex suo maleficio quisquam lucrum capiat, *docente Giphanio hic in d. §. furtiva. &c.nec non Rittershusio pag.* 206. Neque huic obstat *l.cùm vir.42.in fin,ff.de usurp.& usucap.* ex quâ colligitur, quòd res furtiva, quam fur alii scienti vel ignoranti, furtivam esse, tradidit, usucapi possit. *Etenim* ex verbis istius legis finalibus constat, furem ibi domino heredem extitisse: & ita venditionem, quæ ab ini-

16 tio non valuit, ex postfacto confirmari. Neque hanc solutionem turbat trita juris regula: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit, *l. quod initio.29.& l.quæ ab initio.210.ff de reg iur.* Hæc namque regula ad legata tantùm, & institutiones pertinet, *ut notavit Borcholt.hic num 9.& Robertus disp.9.th.4. ad lit.c.*

17 Porrò non solùm res furtiva, sed etiam rei furtivæ fructus, & partus regulariter usucapioni subjecti negantur, *d.l. sequitur 4.§.de illo 16.ff.de usurpat.& usucap.l.ancillæ.12. C.de furtis & servo corrupt.* Cui non resistit *l. qui ob pactionem.9.& l.servum. 10 ff. pro*

18 *emptore.* ubi partus ancillæ furtivæ usucapi potest. Ille enim dominus partum non usucapit; nisi eo tempore, quo partus conceptus, & quo editus est, ma-

19 trem furtivam esse ignoret. Semper quippe bona fides in usucapionibus initio requiritur, *l. si is,qui. 15.§. pen & ult.& l.justo.44.§ etsi possessionis.2.ff.de usurp. & usuc.cum similibus suprà ad principium huius tituli allegatis,n.75.* Partus verò tùm demum usucapi incipit, cùm editus est. Ideòque dicitur dominus eum usucapere, quasi emptor, *d l.qui ob pactionem.9. & l.seq. ff.pro empt* In emptore siquidem, atq; etiam in aliis bonæ fidei possessoribus ita distinguendum esse, apparet ex *l.non solum.33.in princ. ff. de usurp. & usuc.* ex quâ commodè explicari & limitari poterunt ea loca, in quibus simpliciter respondetur, partum ancillæ furtivæ apud bonæ fidei possessorem conceptum & editum usucapi, *l.si ego.11.§.partus, 2. ff. de Public. in rem act. l.is qui vas.48.§.ancilla.5.ff.de furtis.l 3. Cod. de usucap. pro emptor.&c.Iul.Pac.cent.6.ἐναντιοφανῶν quæst.97.* Verùm de hac re, quantumvis hodie propter abolitam servitutem planè exiguum usum habente, adeoque diligentiore examine vix digná, variè & prolixè Interpretes dissertant, *Donellus lib 5.Comment de jur.civ.c. 25.ibiq, Hilliger.in suis notat.Cujacius ad d.l.4.§ heres, qui.13.ff.de usurpat.& usuc.& lib.13.observ c.20. Hotom.lib.7.observ.c.18.Con.lib.3 Comment.iur.civ.c. 15 n.3 Rob.lib.1.recept.lect.c.6.Gadd.in part.26 ff. de verb.sign. Arumæus ad præcipuas Pand.Leges.disp.20. th.14.p.337.& seq.Berens d.disp 5.th.1.q.4.Riom.Dec. 5.q.illust.5.Vngep.exerc.Inst.7.q 3.p.287. cum seqq. ed. ult.Wegn.disp.6.ad Inst.th 3.sub lit. L & Hunn.lib.2. var.resol.jur.civ.tr.3.qu.11 & seqq.item in resol. ad Treutl.vol 2 disp.22.th 2.q.10.p.271.cum seqq & ibid Bachov.in suis not & animadv.ad th.3 lit. A.& B. v. partus ancillæ.pag.353 & seqq.* Præterea ad tertium illud genus pertinent res, Præsidi vel Proconsuli contra legem repetundarum donatæ. Quia harum usucapio- 20
nem lex Iulia nominatim inhibet, *l.quod contra.8 ff ad l.Iul.repetundar.l.bonæ fidei.48.in princ. vers. nec interest ff.de acquir.rer.domin.* Et meritò quidem: quo- 21
niam in judicis & manus & oculos innocentes esse oportet. Nam avaritia omniũ malorum mater & radix, 22
præsertim in judice, existit, *1 ad Timoth 6.v.10. Luc. vers.15.cum seqq, Novell.8.in præfat.circa finem.* Illius denique generis censentur quoque res fisci, res Principis, & res Ecclesiæ. Istæ quippe omnes usucapi disertè 23
legibus prohibentur, *§.res fisci 9 infr. hoc tit. l. quamvis.18 l.ubi lex.24:in fin.ff de usurp.& usucap tot. tit. Cod.ne rei dom.vel templ.vind.temp.præscr. l.ut inter. 23 (in quibusdam Codicib. est l.ult.) C. de sacrosanct. Eccles.Donell.d.lib 5.Comment.de iur.civ.c.24.p.398. D.Obrecht.d.disp.26.th 193.& seqq* Huc quoque referenda sunt, quæ exposuimus suprà *ad principium hujus tit. num.138.& seqq item 217.& seqq.*

§.Quod autem 3.cum trib.§§§.seqq.

§. 3. Quod autem dictum est, furtivarum & vi possessarum rerum usucapionẽ per leges prohibitam esse: nõ eò pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (Nam his alia ratione usucapio non competit: quia scilicet malâ fide possident) sed ne ullus alius, quãvis ab eis bona fide emerit, vel ex aliâ causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Vnde in

rebus mobilibus non facilè procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit.

§. 4. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bonâ fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit: quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est: quippe cùm ea res in furti vitium non ceciderit: cùm utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committat.

§. 5. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur.

§. 6. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti, rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à possessore usucapiatur.

SVMMARIA.

1. *Effectus quis vitiorum furti & violentia.*
2. *Vitia res perpetuo rem comitantur.*
3. *Quando vitium reale purgetur.*
4. *Tempore longissimo vitium & actio omnis tollitur.*
5. *Differentia inter res furtivas & vi possessas.*
6. *Quibus modis res mobilis aliena sine furti vitio transferatur.*
7. *Furtum sine affectu furandi non committitur.*
8. *Heres in universum ius, seq. etiam vitia deffuncti succedit.*
9. *Partus in fructu esse nequit.*
10. *Iuris error possessori in usucapionibus nunquam prodest.*

1 Effectus vitiorum furti & vis sive violentiæ hoc loco continetur. Est autem iste: hæc vitia rem ita afficere, ut ad quemcunque tandem ea res perveniat, cum suo vitio transeat: proindeque à nullo usucapi
2 possit. Et ratio est: quia sunt vitia rei, quæ perpetuò rem comitantur. *l. sciens. 7. C. de usucap. pro emptore l.*
3 *vitia. 11. C. de acquir. & retinend. possess.* Si tamen vitium purgatum fuerit, tunc usucapio procedit: quod contingit, si res in potestatem domini, aut possessoris redierit, *§. aliquando. 8. infr. hoc tit. l. ult. ff vi bonor. raptor. l. sequitur 4. §. quod autem. 6. & l. ubi lex. 24 §. 1. ff de usurpat & usucap. latè Donell. lib. 5. Com-*
4 *mentar. de iur. civ c. 28. pag. 405.* Sanè si quis tempore longissimo, triginta scilicet vel 40. annorum spacio, rem vitiosam possideat: quin usucapiat eam, haud dubium est. Siquidem tantò tempore vitium illud reale, quod impediebat usucapionem, elui & purgari, omnemque actionem tolli constat, *l. sicut. 3. & l. omnes.* 4 *C. de præscript. 30. vel 40. annor. Mynsinger. in §. furtiva. supr. hoc tit. num 5 & Heigius ibidem numer. 14. Francisc. Balb. in tract. de præscript. 2. part. 3. princ. q. 12. num 6. vers. quam conclusionem limita, &c pagin. 145.* Differentiam autem quandam Iustinianus Imp. 5
hic in vers. unde in rebus mobilibus. &c. inter res furtivas & vi possessas afferre videtur: hanc nimirum, quòd cùm furtum sit rerum mobilium, vis rerum immobilium; facilior sit rerum immobilium usucapio, rerum verò mobilium difficilior: propterea quòd res alienæ mobiles vix sine furti vitio possideri queant, *arg. l. ult ibi, omnes scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere. C. unde vi. Giphan. hic in dict. vers. unde in rebus mobilibus, &c.* Sunt 6
tamen aliquot modi, quibus etiam res mobiles aliena sine furti vitio transferri & possideri potest. Et quidem duo *hic in § sed tamen. 4. & seq.* explicantur. Prior modus est: si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, alienaverit. Hujusque ratio non obscura est: 7
quia hic heres, rem putans hereditariam, eam alteri tradens furtum non facit: quippe cùm furtum sine affectu furandi non committatur, *§. item si is. 5 h. t. §. placuit. 7 & § penult. infr. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Quapropter ab hærede eam rem accipiens, & bona fide possidens, meritò usucapit, *l. potest pluribus. 36. & l. seq. ff. de usurpat & usucap.* Ipse verò heres, si eam retineat & possideat, usucapere nequit. Quid ita? quia defunctus non potuit: ergo nec heres. Defunctus non potuit: quoniam rem esse alienam scivit: adeòque in malâ fide constitutus fuit. Atqui heres in universum 8
jus defuncti succedit: ita ut etiam defuncti vitia heredi, quantumvis in bonâ fide existenti, nocere sit responsum, *l. cùm heres. 11 ff de divers. & temporalibus præscript.* Et hac de re vide *Theodorum Marcilium hic p. 265. Didacum Covarruv. in c. possessor. 2. de reg. jur. in 6. part. 2. relect. §. 9. & Menochium de recuper. possess. remed. 15. num 618. cum seq. aliosq; per eos allegatos.* Posterior modus est: si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit: quo certè casu emptor eum usucapiet, *d. §. item si is. 5. hoc tit. d. l. potest 36. in fin. ff. de usurpat. & usucap.* Atque in hoc modo est error juris: ut in priori erat error facti. Nã usufructuarius partũ ancillæ ad se pertinere existimans; in jure errabat. Etenim ex dispositione juris par- 9
tus non ad fructuarium, sed ad dominium spectat: cùm partus in fructu esse non possit, *in pecudum. 37. supr. de rer. divis. l. in pecudum 28. §. 1 ff. de usur.* Fru- 10
ctuarius autem ipse partum usucapere non potest: quia nunquam in usucapionibus, juris error possessori prodest, *l. nunquam. 31. in princ & l. seq. §. 1 ff. de usurpat. & usucap. l. juris ignorantiam. 4. ff. de jur. & facti ignorantiâ.* Porrò de aliis modis, quibus Iustinianus *hic in §. 6.* indicat, rem alienam sine furti vitio ad aliquem transferri, & à possessore usucapi posse, videatur *prææallegata l. potest pluribus. 36. §. 1. cum l. seq. ff. de usurpat. & usuc. & l. mandatum 57. ff. mandati.*

§. *Quod autem ad eas res. 7.*

Quod autem ad eas res, quæ solo continentur,

tur, expedit: jus ita procedit, ut ſi quis loci vacantis poſſeſſionem propter abſentiam aut negligentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi nanciſcatur: quamvis ipſe mala fide poſſideat (quia intelligit, ſe alienum fundum occupaſſe) tamen ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum acceperit. Abolita eſt enim quorundam veterum ſententia, exiſtimantium, etiam fundi loci ve furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res ſoli poſſident, principalibus conſtitutionibus proſpicitur, ne cui longa & indubitata poſſeſſio debeat auferri.

SVMMARIA.

1. *Quomodo res immobiles aliena ſine vitio ad bonæ fidei emptorem perveniant.*
2. *Quod ſuum non eſt, id ad alium pertinere certum eſt.*
3. *Senſus l. clam poſſidere. 6. § ultim. ff. de acquirend. vel amitt. poſſeſſ.*
4. *Quæ vitia uſucapionem impediant.*
5. *Fundus & locus quomodo differant.*

1 DE rebus mobilibus, quarum furtum fieri dicitur, breviter actum eſt: nunc ad immobiles, quæ vi poſſideri queunt, Iuſtinianus Imp. tranſit; oſtenditque, quòd res etiam ſoli ſive immobiles, quæ venditoris non ſunt, aliquando ſine vitio ab eodem ad bonæ fidei emptorem pervenire poſſint: quod fit, ſi quis fundi loci ve vacantis poſſeſſionem, propter abſentiam aut negligentiam domini, ſine vi nanciſcatur, & alienet ſive vendat: per quam venditionem uſucapiendi conditio transfertur in bonæ fidei emptorem: quoniam res omni vitio caret, *hoc §. noſtro. & l. furtum. 37. §. 1. cum l. ſeq. ff. de uſurp. & uſucapionib.*

2 Non obſtat, quòd venditor ſive tradens conſcientiam rei alienæ habeat: cùm ſciat id, quod ſuum non eſt, pertinere ad alium. *l. falſus. 43. § qui alienum. 4. ff. de furt. l. ult. C. unde vi.* Nam ſcientia iſta ipſi duntaxat tradenti obeſt ad uſucapionem: accipienti non item. Siquidem hoc modo res amplius vitio affecta non eſt. Neque enim res vi poſſeſſa dici poteſt, cùm vis nulla intervenerit, *l. 1. §. vi poſſidere. 28 ff. de vi, & de vi armat. l. ſequitur. 4 § ſi tu me vi expuleris, 22. ff. de uſurp. & uſucap.*

3 Similiter non obſtat *l. clam poſſidere. 6. § ultim ff. de acquir. vel amitt poſſeſſ.* ubi qui ingreſſus eſt, qui ad nundinas profectus eſt, & ſic abſentis poſſeſſionem 1 cum eum redeuntem in poſſeſſionem admittere non vult, vi dejeciſſe cenſetur: & poſſeſſio illa, quam ingreſſus eſt domino inſcio & abſente, vi poſſeſſa intelligitur. *Etenim* reſpōſio petēda eſt *ex præſenti §* qui apertè loquitur de eo, qui poſſeſſionem vacantem & à domino deſertam occupavit. At verò *d. l. clam poſſidere, 6. § ult.* perſpicuè agit de eo, qui, ad nundinas profectus eſt, nec ſuam poſſeſſionem deſeruit: ſed eam abſens etiam animo retinuit. Hic igitur ſi poſt reditum non admittatur, vi dejectus eſſe reputatur, & poſſeſſio violenta efficitur: adeò, ut uſucapio, quantumvis ad bonæ fidei emptorem delata fuerit, procedere non poſſit, *Mynſing. hic n. 6.*

Sic quoque non obſtat, quòd poſſeſſio illa, quam quis clam ingreditur, vitioſa ſit: cùm eam clandeſtinam eſſe, negari nequeat: quod vitium poſſeſſionis 4 non eſſe exiguum, arguit *tot tit. ff. quod vi, aut clam.* Reſpondetur enim, duo tantum *hic in verſ. quia neque furtivum, neq; vi poſſeſſum, &c.* proponi vitia, uſucapionem impedientia, puta furtum & vim ſive violentiam. Ideoque vitium illud clandeſtini ingreſſus, cùm neque furtum ſit, neque vis, uſucapioni nihil obeſt. Vnde rectè infertur: ſi quis me abſente, fundum meum intret, eumque poſtea alii vendat; emptorem uſucapturum, ſi longi temporis ſpacio bonâ fide poſſederit: quia fundus, quem tradidit venditor, neque furtivus fuit; neque vi poſſeſſus, *hoc § noſtro. d. l. ſequitur. 4. § ſi tu me vi expuleris 22 d. l. furtum. 37. § 1. & l. ſeq. ff. de uſurp. & uſucap.* Fundus porrò à loco differt 5 in eo: quod fundus eſt integrum ſive totum quiddam: locus eſt portio aliqua ſive pars fundi. Fundus item ſuos habet fines: locus finibus non regitur; ſed determinandus & definiendus eſt. Denique fundus agrum cum ædificio & villa ſignificat: locus verò ſine villâ eſſe poteſt *l. locus. 60. ibiq; eleganter Gœddæus. ff. de verb ſignif. Berebolt. hic n. 3.*

§. Aliquando etiam. 8.

Aliquando etiam furtiva, vel vi poſſeſſa res uſucapi poteſt: vel uti, ſi in domini poteſtatem reverſa fuerit. Tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus uſucapio.

SVMMARIA.

1. *Res furtiva & vi poſſeſſa ſi revertatur in domini poteſtatem, uſucapi poteſt.*
2. *Impedimenti cauſa ceſſante, & ipſum impedimentum ceſſat.*
3. *Quando res in poteſtatem domini rediiſſe dicatur.*
4. *Invito creditore, alter non rectè ſolvitur.*
5. *Non videtur cujusquam eſſe, quod ex cauſa auferri poteſt.*
6. *Res furtiva quomodo recipienda.*
7. *Mens & intellectus l. certe 6 §. Iulianus. 3. ff. de precario.*
8. *Bonæ fidei poſſeſſor interdum dominus vocatur.*

DIxit Iuſtinianus ſuprà *in § furtivæ. a hoc tit.* uſucapionem rei furtivæ & vi poſſeſſæ lege Atilia ſive Atinia & Iulia fuiſſe prohibitam: cui hoc loco velut 1 exceptionem annectit. Erat enim legi Atiniæ inſerta hæc clauſula: *niſi res in poteſtatem ejus, cui ſurrepta eſt, revertatur. l. ſequitur. 4. §. quod autem. 6 ff. de uſurpat. & uſucap.* Nam ſi in poteſtatem domini revertatur; vitium rei purgatur; proindeque rectè uſucapitur, *hoc §. noſtro. & monui ſuprà ad §. 3. hoc tit.* Quia 2 impedimenti cauſa ceſſante, & ipſum impedimentum ceſſare ſolet, *arg. l. liberorum. 11. §. Pomponius. 2. ff. de his, qui not. infam. l. adigere. 6. §. quamvis. 2 ff. de jur patron.*

patron. c. cùm cessante. 60. ext. de appel. Quando autem res censeatur in domini potestatem rediisse, per-
3 plexum est. Sed circa id dispiciendum erit: utrùm res me ignorante, an verò sciente surrepta sit. Priori casu tunc in meam potestatem rediisse videtur, si in talem possessionem rediit, qualem, cùm surriperetur, habui: quia aliàs rem in meam potestatem rediisse, nihil mihi proderit, *d. l. 4. §. Labeo. 7. in princ. & §. seq. ff. de usurpat. & usucap.* Posteriori casu ut res meam in potestatem & possessionem rediisse intelligatur, quatuor necessaria putantur. Primum est: ut rem in meam potestatem reversam esse sciam. Siquidem in meam potestatem res haud rediisse videtur, nisi eo modo redie-
4 rit, ut volo, *d. l. 4. § ideoq. 8. in fin. ff. eod.* Alterum est: ut si res alii, per quem possideo, restituta sit, id factum esse sciam & probem. Mea quippe res, me invito, alteri non rectè restituitur: sicuti nec, invito creditore, alii rectè solvitur, *l. verò procuratori. 12. ff. de solutionib.* Tertium est: ut sic possessionem naneiscar, ut avelli non possit, *d. l. 4. §. tunc in potestatem. 12. ff. de usurp. & usucap.* Non enim videtur possessionem adeptus, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit, *respondente Iavoleno in l. non videtur. 22. ff. de acquir.*
5 *vel amitt. possess.* & generaliter non videtur pervenisse, aut cujusquam esse, quod ex causa auferri potest, *l. omnes actiones. 139. § 1. ff de reg. jur. l. aliud est capere 71. ff. de verb. sign.* Finge, dominum dejecisse fundi possessorem, qui priùs vi & ipse possidebat. Dominus quidem, etsi injustè possidere incipiet: fundus tamen non videbitur in potestatem ejus rediisse: cùm interdicto unde vi restituturus sit possessionem, *d. l. 4. §. si domi-*
6 *nus. 26. ff. de usurp. & usuc.* Quartum est: ut rem furtivam recipiam, tanquam meam. *Exempli causa:* si rem furtivam emi, vel si ea mihi à quodam, tanquam ejus rei domino, donata est: certè ea non videtur in meam potestatem rediisse, licèt ejus possessionem receperim. Haud etenim res in potestatem reversa dici potest, nisi in eam potestatem reversa sit, qualem antea habui. At priùs ego rei potestatem habui tanquam meæ: jam verò ejus possessionem recipio tanquam alienæ. Itaque hoc modo pristinam in potestatem redire non existimatur, *d. l. 4. § tunc in potestatem. 12. ff. d. tit. Et ita pulchrè hoc explicat D. Obrecht. disp. 26. th. 163 cum seqq. Donell. lib. 5. Commentar. de jure civ. c. 28. pag. 406. ibiq. Hilliger. in suis not.*

7 Porrò ei, quod dicitur, ad hoc, ut res vi possessæ usucapi possint, necessum esse, ut eæ in potestatem domini redierint, non restagatur *l. certè. 6 § Iulianus. 3 ff. de precario.* ubi ita scriptum extat: *Iulianus ait, eum, qui alterum dejecit, & ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere, & incipere precariò: neq, existimare, sibi ipsum causam possessionis mutare: cùm voluntate ejus, quem dejecit, cœperit precariò possidere. Nam si ab eodem emisset, inciperet etiam pro emptore posse dominium*
8 *capere.* Etenim respondendum est ex verbo *posse:* nimirum quòd ibi possit dominium capere, nisi verus dominus interruperit. Est igitur intelligenda lex ista, de bonæ fidei possessore, qui vi dejectus est: qui dominus hinc inde nominatur, *arg. l. bona fidei. 48. in princ. ff de acquir. rer. [illegible]n. l. qui scit. 25. §. 1. vers. porrò. ff. de usur. l. bonæ fidei. 136. ff. de reg. jur. Forster. junior. lib. singul. de dominio. cap. 9. n. 220. p. 343.*

§. Res Fisci. 9.

Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit; bonis vacantibus fisco nondum nunciatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse. Et ita divus Pius, & divi Severus & Antoninus rescripserunt.

SUMMARIA.

1. *Res fisci non usucapiuntur: & quid sit fiscus, remissivè.*
2. *Bona fiscalia quæ dicantur.*
3. *Circa rerum fiscalium usucapionem quid observandum.*
4. *Bona vacantia quæ.*

INter res, quæ usucapi non possunt, recenset hoc loco Imperator res fisci. Fiscus autem unde dicatur, & 1
quid significet, quomodo item ab ærario differat, explicuimus *ad princ. tit. infr. de hereditat. quæ ab intest. deferunt. n. 498. & seqq.* De eo tamen videri etiam poterunt *Iacobus Revardus libr. 4 varior. c. 4. Pardulphus Prattetus & Simon Schardius in suis lexic. iurid. in verbo, fiscus, &c. Ausonius Popma lib. 1. de different. verbor. in verb. ærarium, &c. Busius lib. 3 subtilit. cap. 1. D. Besold. in tract. de ærario. cap. 1 n. 3 & idem in dissertat. juridico-polit. de jure & divis. rer. cap 4. pag. 21.* Sanè res seu bona fiscalia dici constat, quæ non tam in 2
Principis, quàm Principatûs sunt patrimonio, eique ad dignitatem suam tuendam, populi voluntate tributa sunt; sive illa in pecunia numeratâ, sive in prædiis, sive in jure consistant. Quamvis enim fisci nomen strictè & propriè ad sacras largitiones sive thesauros pertinere videatur, *l. 3. C. de quadrien. præscript. l. 6. C. Th quor. appellat. non recip. lib. 11 tit. 36. Cujac. in proœmio tit. C de jure fisci. lib. 10.* tamen etiam ad fundos & prædia, quæ in fisci patrimonio esse dicuntur, productum esse certum est. *l. 2. §. hoc interdictum 4 ff ne quid in loc publ. & l. tutores. 49 ff. locati. Heigius hic num. 6.* Porrò 3
circa rerum fiscalium usucapionem diligenter observandum & videndum erit; utrùm eæ fisco iam sint acquisitæ, an non sint acquisitæ. Priori namque casu, cùm lex eatum usucapionem favore principatus, cui debentur, nominatim inhibeat, eas usucapi non posse evidenter apparet *ex hoc §. nostro. l. quamvis. 18. & l. ubi lex. 24. in fin. ff. de usurp. & usucap.* Posteriori verò casu, cùm ratio isthæc cesset (Nondum enim sunt fisci: quia ei nondum sunt acquisitæ, nec nunciatæ) illas usucapi posse verius est, *per hunc textum nostrum.* Verbi gra- 4
tia: cœperunt bona alicujus esse vacantia, hoc est, cœperunt habere nullum heredem. *l. 1. in princ ff. de successor. edict. l. 1. C. de donationib. inter vir. & uxor. l. penult. C. de bonis vacantib.* Proindeque bona ista fisco sunt delata: sed non prius ipsius facta sunt, quam fisco sunt denunciata: quoniam antè de iis fiscus nihil scivit. Postea hæc bona aliquis bonâ fide emit ab eo, quem putavit esse dominum: is certè illa usucapere omninò pote-

poterit, *hoc §. nostro. & d. l. quamvis. 18. ff. de usurpat. & usucap. D. Obrecht. disp. 29. th. 395 cum seqq. Mynsinger. hic n. 5. & plerique Interpretes notant.* Vide Bachovium *hic n. 2. pag. 358 ut & in not. & animadv. ad Treutler. vol 2 disput. 22 th. 3 lit. N p. 379.* & Timæum Fabrum *disp. 16. ad Institut. Imperial. th. 4.* Atque huc referenda sunt, quæ diximus suprà *ad princ. hujus tit. n. 139.*

§. *Novissimè.* 20.

Novissimè sciendum est: rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia iusta causa possidet.

SVMMARIA.

1. *Res usucapienda qualis esse debeat.*
2. *Quænam res traditas usucapere possint.*
3. *Dominium acquirere possunt alii suo, alii alieno nomine.*
4. *An & quatenus infans usucapere possit.*
5. *Omnis possessio quæritur corpore & animo.*
6. *Infans nullum intellectum habet, ejusque judicium per tutorem suppleatur.*
7. *Verbum supplendi quid significet.*
8. *Infans furioso comparatus: & quomodo differant.*
9. *Tutor personæ infantis tuendæ: curator vero rebus furiosi datur.*

1 EXplicatis iis, quæ ad usucapionem complendam necessaria sunt, nunc epilogi vice Imperator repetit, sciendum esse: rem usucapiendam talem esse debere, ut nihil in se vitiorum, de quibus hactenus dictum, habeat. Vitium autem vel ex rei ipsius naturâ, vel ex accidenti nascitur: naturâ, ut si sacra res sit, vel religiosa, vel homo liber: ex accidenti, ut si fugitivus sit servus, vel res furto sublata, vel vi possessa, *l. 1. C. de servis fugit.* aut contra legem Iuliam repetundarum Proconsuli, aut Prætori donata *l. penult. ff. de leg. Iul. repetund.* vel si pupilli sit. *l bona fidei. 48. in princ. vers. nec interest. ff. de acquir. rer. domin. Tuningius atque Hotoman. hic enunciat. 1. Et de illis jam suprà ad §. 1. & seqq. h. tit. fa-*
2 *tis expositum.* Porrò hoc novissimo loco forsan non incommodè admonebimus; usucapere res traditas posse omnes, qui dominium acquirere, & possidere possunt: cùm usucapere nihil aliud sit, quàm rei dominium per usum & possessionem acquirere, *ut effloreseit ex usucapionis definitione explanata suprà ad principium hu-*
3 *jus tit. num. 6. & subseqq.* At dominium acquirere & possidere possunt alii suo, alii nomine alieno. Suo nomine possunt patresfamilias, hoc est, homines sui juris; & filiifamilias, hoc est, homines patriæ potestati subjecti, *l. sequitur. 4. §. 1 ff de usurpat. & usuc.* Et illi quidem omnes res acquirere possunt: hi verò plerasque; putà adventitias, castrenses, & quasi Castrenses *§. 1. inst. per quas person. cuique acquir. d. l. 4. § 1 ff. de usurp. & usuc.* Alieno nomine acquirere, sique usucapere queunt filiifamilias, servi, procuratores, & similes. *tot. tit. instr. per quas pers. cuique acquir. l. 1. §. item acquirimus. 5. & §. per procuratorem. 20. ff. de acquirend. vel amitt. possess. l. per procuratorem. 8. C. de acquirend. & retinend. poss. D. Obrecht. disp. 29. thes. 45. & seqq. latè Gilkenius in tractat. de usuc. part. 3. c. 3. seqq.*

De infante, an usucapere valeat, quæri solet? Et, cùm possessionem propter defectum intellectûs atque judicii acquirere nequeat, non valere indubitatum est, *l. 1. § furiosus. 3. et l. quamvis. 32. §. infans. 2. ff. de acquirend. vel amitt. possess.* At quid, si tutoris accesserit auctoritas? Et tutore actore illum rectè possidere, adeòque usucapere posse, probabilius videtur. Idque probatur primò per *dict. l. 1. §. 3. ff. eodem titul.* ubi cùm cautum esset, pupillum tutoris auctoritate posse incipere possidere: additur, O filium & Nervam censuisse, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum: tandem Paulus subjicit, se banc sententiam recipere; si modò ejus ætatis sit, ut intellectum capiat. Quod magno argumento est posse pupillum tutore auctore possessionem consequi, etiamsi sit infans. Secundò hanc assertionem confirmat *dict. l. quamvis. 32. § infans. ff. dict. tit.* ex quâ manifestè patet, infantem posse nancisci possessionem tutore auctore, quamvis nullus infantis sit sensus. Tertiò comprobat eandem sententiam *dict. l. sequitur. 4. § pupillus. 2. ff. de usurpat. et usuc.* ubi cùm Paulus respondisset, pupillum posse tutore auctore usucapere; subjungit, pupillum id per se consequi posse, si animum possidendi habeat: quasi per hæc verba excludere velit illos, qui per ætatem decernere, quid sui sit animi, non possunt: quibus tamen hoc relictum sit, ut tutore auctore possidere & usucapere queant, utilitatis causa, *dict. l. quamvis. 32. §. infans. 2. ff. de acquirend. vel amitt. possess.* Quartò hæc conclusio fulcitur *l. servo, invito. 65. §. si pupillo. 3. ff. ad senatuscensult. Trebell.* quâ disertè cavetur: pupillum, si fari nequeat, tutore auctore se pro herede gerere posse; aut si de bonorum possessione agatur, per tutorem ei peti posse. Quintò huc multum confert textus *in l. denatarum. 3. C. de acquir. et retin. possess.* ibi cùm Decius Imperat. rescripserat, possessionem infanti per traditionem esse quæsitam: postea in fine legis ex Papiniani responso subjicit: *alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.* Quibus verbis Imperator satis apertè indicat, possessionem infanti acquiri, tutore auctore. Nisi enim hoc diceretur: sequeretur, nec per tutorem infanti possessionem acquiri. At per tutorem possessio acquiritur infanti. Ergò multò magis possessio infanti acquiritur tutore auctore. Postremò pro hac sententia facit, quòd omnis possessio quæritur corpore & animo, *l. possidere 3. §. 1. l. quemadmodum. 8. l. peregrè. 44. §. ff. de acquirend. vel amitt. possess. l. ferè. quibuscunque. 153. ff. de reg. iur.* Hic autem utrumque intervenire certum est, corpus nimirum ipsius infantis, & animum tutoris. *dict. l. quamvis. 32. §. infans. ff. de acquirend. vel amitt. possess.* Nulla igitur causa est; quare infantem, tutore auctore, possessionem, & consequenter usucapiendi commodum acquirere posse, negemus. *Et ita docent Donellus libr. 5. Commentar. de iur. civil c. 11. pag 354. Gilkenius. dict. tract. de usucapionib. part. 3. c. 1. numer. 7. et sequentib. Cujacius in d l. 4. §. Pupil. 2. ff. de usurp. et usuc*

Borcholt. in Commentar de acquir. vol amitt. possess. c.3. num. 8. & 9. Duaren. *ad d. l. 1. §. furiosus. 3. ff. d. tit. Iul. Pac. cent. 6. ἐναντιοφανῶν. q. 94. Charond. lib. 2. Verisim. c. 7. Bronchorst. cont. 3. ἐναντιοφανῶν. assert. 87. Connan lib. 3. Commentar. jur. civ. c. 8. numer. 4. & 5. Hieronym. de Cavallos in specul aur opin. commun. contra communes. tom. 2. q. 601. & Hackelman. illustr. quæst. disp 20. th. 3.*

6 Nec obstat, quòd infans nullum intellectum habeat, *§. sed quod diximus 16. infr. de inutilib. stipulat.* ejusque judicium per tutorem suppleri dicatur, *d. l. quamvis. 32. §. infans. 2 ff. de acquir. vel amitt. possess.* & quod non est, suppleri nequeat, *l. sed, si manente. 5. ff. de precario* Nã licèt concedatur, in infante sæpè non esse talem intellectum aut sensum, qui ad possessionis acquisitionem sufficiat: attamen perspicuum est, tutorem per se, vel cum infante isthoc munere fungi posse: per se quidem ex communi regulâ *l. ea, quæ ci-*
7 *viliter. 53. ff. de acquir. vel amitt. possess.* cum infante verò, utilitate id suadente, *d. l. quamvis 32. §. infans ff. eod.* Et quamvis verbum *supplendi* videatur propriè ad illa referri, cujus jam aliqua sunt jacta fundamenta, *l. unic. C. ut quæ desunt advocatis partium, iudex suppleat. & similibus:* nonnunquam tamen idem significat, quod implere, sustinere vicem alterius, aut loco ipsius succedere, *l. quod bonis 15. § penult ff. ad leg. Falcid.* Atque hac in significatione verbum *supplendi* hoc loco accipiendum esse, duæ rationes in ipso textu *d. l. quamvis. 32. §. infans. 2. ff de acquir. vel amitt. possess.* relatæ luculenter evincunt: primò quòd illud utilitatis causa receptum sit: deinde quòd Iurisconsultus fateatur, nullum sensum esse infantis accipiendi possessionem: quæ verba omnia excludunt, *arg. l. si is qui ducenta. 13. § utrùm. 3. ff de reb dub. & l si necessarias. 8. §. si annua, 3. ff de pignorat. act.*

8 Sic quoque nihil adversatur, quòd auctoritas furioso accommodata nullius sit momenti, *arg. l. in negotiis. 5. ff. de reg iur.* Infans autem furioso comparetur, *d. l 1. §. furiosus. 3. ff de acquir. vel amitt. possess.* Etenim furiosus in multis iuris articulis deterioris est conditionis, quàm infans: siquidem furioso mens penitus adempta est, *d. l in negociis. 5. & l. furiosi 40. ff. de reg. jur.* ast infans non planè mente caret: sed per ætatem nihil adhuc scire aut intelligere potest. Huncque infantis moderandæ ac tuendæ datur *§. 1 supr. de tutel & §. certa autem rei. 4. supr. qui testam tut dari poss l. certarum. 12. & l. quia persona. 14. ff de testam tutel.* Curator verò furiosi defectum supplere nequit: quia non datur personæ, sed rebus, *l. in copulandis 8. C. de nupt.* Cæterùm an & quatenus furiosus, prodigus, mente captus, mutus & surdus usucapere queant, enucleatè explicat Gilkenius *d. tractat. de usucapionibus. part. 3. c. 2.*

§. *Error autem 11.*

Error autem falsæ causæ usucapionem nõ parit: veluti, si quis, cùm non e[illegible] it, emisse se existimans, possideat: vel cùm ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.

SVMMARIA,

1. *Causa falsa seu putativa ad usucapionem nihil prodest.*
2. *Plus est in veritate, quàm in opinione.*
3. *Quo casu falsus titulus prosit ad usucapionem.*
4. *Ratio diversitatis inter titulum emptionis, & titulos alios.*

SVprà *circa principium hujus tituli num. 99.* expositum est: ad usucapionem necessarium esse titulum sive causam justam: ei Iustinianus adjicit hoc loco, 1
causam non solùm justam, sed etiam veram esse debete: falsam autem, opinatam seu putativam & fictam ad usucapionem nihil prodesse, *l. v Celsus. 27. & l. penul. ff. de usurpat & usucap l. 1. in princ. ff. pro donato. l. nemo 6. ff. pro derelicto. l. 2. & 3 ff pro legato. l. hominem. 3 ff pro suo.* Hujusque ratio est: quia plus est in veritate, quàm in opinione, *§. si quis rem suam. 11 infr. de legat. l. si pater. 4 §. 1. vers. plus enim in re est. ff. de manum. vind.* & falsa existimatio veritatem naturæ non 2
mutat. *l. adsumptio. 6 in princ. ff. ad municipal. D. Bocer hic num. 16 pag. 192.* Excipitur tamen casus, quo etiam falsus titulus prodest ad usucapionem; putà si traditio intervenerit. Alioqui si quis possessionem nactus sit aliunde, & non à tradente; ex falso titulo usucapere non poterit: veluti, si rem, quam mihi legatam putavi, cùm legata non esset, possideam; eam pro legato usucapere nequeo. Quòd si verò ab herede quasi legata mihi sit tradita: eam si non pro legato, tamen pro suo aut pro soluto usucapere possum, *d. l 3 & 4. in fin. ff. pro suo. d. l. 2. ff pro legato. l. Proculus. 67. ff de iur. dot. d l. pen. ff de usurp. & usucap.* Nam traditio ex causa, licèt opinata, sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam & usucapiam, ut ex Neratii mente respondit Pomponius *in d. l. 3. ff pro suo.* Idque in omnibus aliis negociis dicendum est: solo cõtractu emptionis & venditionis excepto. Etenim si quis rem quasi ex contractu venditionis tradat: emptor eam pro soluto usucapere nequit. Ratio diversitatis inter titulum emptionis, & alios titulos, ut legati, donationis, dotis, transactionis, &c. hæc est: quia in aliis titulis unum tempus (quo bona fides requiritur) putà traditionis; in titulo emptionis duplex tempus, putà & contractus sive emptionis initæ & traditionis insecutæ inspicitur, *d. l. penult ff de usurp & usucap. & latiùs ostensum suprà ad princ. hujus tit. num. 75. cum seqq.* Iam verò quando nullus contractus præces- 3
sit: nec bona fides, nec probabilis causa erroris adesse potuit, *d. l. Celsus. 27. ff eod. tit.* Verùm qualis error ad usucapionem proficiat, explanatiùs docuimus suprà initio hujus tituli *num. 82. & seq.* Deque eodem videatur Tmaeus Faber *disp. 16. ad Institut. Imperial. th. 9.* & Hunnius *libr. 2. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. quæst. 10.*

§. *Diutina possessio. 12.*

Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defun-

defuncto, & heredi, & bonorum poſſeſſori
continuatur, licèt ipſe ſciat, prædium alienum
eſſe. Quòd ſi ille initium juſtum non habuit:
heredi & bonorum poſſeſſori, licèt ignoranti,
poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra conſti-
tutio ſimiliter & in uſucapionibus obſervari
ri conſtituit, ut tempora continuentur. In-
ter venditorem quoque & emptorem con-
jungi tempora, divi Severus & Antoninus
reſcripſerunt.

SVMMARIA.

1 *Sine poſſeſſione continua non procedit uſucapio*
2 *Poſſeſſio defuncti prodeſt heredi, & bonorum poſſeſſori*
3 *Heres perſonam defuncti repræſentat*
4 *Vſucapionem, bona fide cœptam, non vitiat mala fides ſuperveniens*
5 *Fides, ſive bona, ſive mala, eſt facti*
6 *Inter emptorem & venditorem tempora continuantur ad uſucapionem complendam*
7 *Defuncti mala fides nocet heredi, etiam bona fide poſſidenti*
8 *Heres in jus univerſum, emptor in rem ſingularem ſuccedit*
9 *Iure Canonico bona fides in uſucapione omni tempore requiritur.*

1 QVandoquidem ſine poſſeſſione, eâque continuâ
uſucapio non procedit, *l.3.l.poſſeſſio.20. l ſine*
poſſeſſione 25. l.nunquam.31.§.1 ff de uſurpat & uſu-
cap.l.2.C.de præſcrip.longi temporis l.nemo.10.C.de
acquir. & retin.poſſeſſ Igitur de continuatione poſ-
2 ſeſſionis in ſucceſſorem, & conjunctione temporum
Imperator nonnihil aſpergit; docetque, quòd poſſeſ-
ſio defuncti, ſive acceſſio temporis, quo defunctus
poſſedit, heredi etiam, & bonorum poſſeſſori proſit.
Cujus juris ratio in ſola æquitate conſiſtit, *l de acceſ-*
ſionib.14.in princ ff de diverſ.tempor præſcript Stri-
cto namque jure poſſeſſio defuncti nihil prodeſſet he-
redi: propterea quòd alia eſt poſſeſſio defuncti, alia
heredis. Cùm enim poſſeſſio facti ſit, *l.1. § 1. & § ſi*
vir.4 ff.de acquir.vel amitt poſſeſſ. in heredem trans-
ferri nequit. *l cum heredes 23.in princ. & l qui uni-*
verſas 30. §. quod per colonum 5 ff.d.tit. Proindeque
morte defuncti, quia poſſeſſio ejus deſinit & interrum-
pitur, ſummo jure uſucapio quoque interrupta & ex-
tincta videtur, *arg l.naturaliter.5. & l.ſi is, qui 15.in*
princ verſ.ſed verum eſt, &c. ff.de uſurpat & uſucap.
l.1.§ Scævola,15.verſ.quia poſſeſſionem. ff ſi is, qui te-
3 *ſtament liber eſſe juſſus erit, &c.* Quia tamen heres
defuncti perſonam repræſentat, & ejusdem cum de-
functo juris cenſetur, *l.heredem.59.ff.de reg.jur. No-*
vell.48 in præfat. æquitas omnino ſuadet, ut quod
jus defuncto competiiſſet, idem heredi vel bonorum
poſſeſſori competat. Quamobrem ſi defunctus rem
immobilem bonâ fide & juſto titulo per octo annos
inter præſentes poſſederit, eamque heres aut bono-
rum poſſeſſor adhuc per biennium poſſideat: domi-
4 nium ejus meritò acquirit, *per hunc §.noſtrum.* Et hoc
adeò verum eſt, ut Imperator hîc indicare non dubi-
tet: uſucapioni rerum immobilium malam fidem
heredis, bonorumvè poſſeſſoris non nocere: modo il-
la cœpta ſit bonâ fide defuncti. Atque ita heredi ſive
bonorum poſſeſſori mala fides defuncti nocet, ſua
non nocet. *l.2.§.ſi defunctus 19.ff.pro empt.* Eiuſque ra- 5
tio eſt: quia uſucapio, utpote acquiſitio dominii, eſt
juris: at fides, ſive bona, ſive mala, eſt facti, *l.bona fidei.*
48.§.1.ff.de acquir.rer dom. Ea autem, quæ juris ſunt,
id eſt, civilia, non tolluntur aut infirmantur per ea, quę
ſunt facti, id eſt, naturalia, *§.ult ſupr.de legit.agn.tutel.*
Giphan.hîc in verſ.licèt ipſe ſciat, &c. Ideoque uſu-
capio ſemel rectè cœptâ, non vitiatur malâ fide poſt-
ea ſuperveniente. Sufficit enim, ſi initium fuerit ju-
ſtum, hoc eſt, ſi initio uſucapionis ſive traditæ poſſeſ-
ſionis bona fides adfuerit, *d.l.ſi is, qui.15.§.ſi quis bo-*
na fide.2 & l.heres.43 ff.de uſurpat & uſucap.l.cum
heres 11 ff de diverſ.temp.præſcript. Et hæc in uſuca-
pione tam rerum mobilium, quàm immobilium pro-
cedunt. Nam in uſucapione quoque rerum mobilium
tempora continuari, dubium non eſt ullum: velut, ſi
rem mobilem defunctus bona fide, ex juſta cauſa per
annum poſſedit: heres aut bonorum poſſeſſor ean-
dem rem per biennium poſſidendo uſucapit, quan-
tumvis rem alienam eſſe, non ignoret, *hoc §. & l.unic.*
C.de uſucap.transform. Hunn lib.2.var.reſol jur.civ.
tract.3 quæſt.8. & in reſol. ad Treutler. vol.2.diſp.22.
th.4.quæſt.41.pag.336. Locamer.quæſtion.juridicar.
faſcic.24.queſt.7.

Cæterum quodmodo de herede ſeu ſucceſſore u- 6
niverſali dictum eſt, ei prodeſſe poſseſſionem defun-
cti: idem ad emptorem ſeu ſucceſsorem ſingularem
etiam Iuſtinianus *in fine hujus* §. extendit: quòd ſcili-
cet & emptor, venditori ſuccedens, utatur acceſſione
temporis ejus, quo venditor in poſseſſione fuit. *l. id*
tempus 24.ff.de uſurpat & uſucap l.2. §.penult.ff.pro
empt. Quod tamen inter emptorem & venditorem
difficiliùs, quàm in defuncto ac herede eſt receptum.
Quia etſi heres rem, quam à defuncto accepit, alienam
eſse ſciat: nihilominus tamen in uſucapione pergere
poteſt: dummodo defunctus ab initio eam bonâ fide
poſsederit. In emptore ſecus eſt. Hic enim ſi ſciens
à venditore rem alienam acceperit, licèt venditor ini-
tium juſtum habuerit: tamen emptor uſucapere non
poterit, *d.l.2.§.ſi eam rem 17 ff pro empt.* Deinde de- 7
functi mala fides heredi obeſt, etiamſi is bonæ fidei
ſit, *d.l.cum heres.11. ff. de diverſ.temporal.præſcript.*
venditoris verò mala fides emptori bonæ fidei non
nocet; ſi modò à ſua perſona uſucapio incipiat. *l.*
an vitium.5.ff d.tit.l.Pomponius.13. §.quæſitum.4. ff.
de acquir.vel amitt poſſeſſ. Differentiæ ratio eſt, quia 8
non ut heres defuncti, ſic emptor venditoris perſo-
nam repræſentat. Heres ſiquidem in jus univerſum;
emptor verò in rem duntaxat ſingularem ſuccedit, *l.*
nihil eſt aliud.24 ff.de verb ſignif. & l. hereditas 62.
ff.de reg jur. Et de iſta poſseſſionis continuatione ſeu
acceſſione copioſiùs agunt *Connan li 3.Commentar.*
jur.civ.cap.13.nu 4. & 5. item cap.14.nu.5. Bercholt.
in Comment.de acquir.vel amitt.poſseſſ. cap.8. nu.28.
& ſeqq. Rittershuſius, Marcilius & Valtejus hic nu.
29.cum ſeqq Paul.Berens diſp 5.them.1.quæſt.6. Gil-
ken.in tract de uſucap.part.2 memb.2.cap.7. Hunn.

d. lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 3. quæst. 5. Bachov. in not. & animad. ad Treutler. d. vol. 2. disput. 22. th. 5. lit. A. & B. pag. 392. cum seqq. Riemerus decad. 5. quæstion. illustr. 6 Donellus lib. 5. Commentar. de jur. civ.
9 *cap. 30. ibiq; Hilliger. in suis notat. aliiq; per eos citati.* Quamvis porrò, quæ hactenus dicta sunt, jure civili obtineant: jure tamen Canonico (quod in hac materia attendi, & in Camera Imperiali servari, testatur Mynsinger, *cent. 4 observ. 6.*) nullo unquam tempore, possessionem habere scientiam rei alienæ, permittitur: adeoque bona defuncti fides heredi, in mala fide existenti, nihil prorsus conducit, *cap. vigilanti. 5. & cap. ult. ext. de præscriptionib. cap. possessor malæ fidei. 2. de reg. jur. in 6. & uberiùs explanatum suprà ad princip. hujus tit. num. 79.*

§. *Vltimus.*

Edictio divi Marci cavetur: eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominium rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis benè prospexit iis, qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores existant, sive experiantur, sive conveniantur. Adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat ijs intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de ijs, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfata Zenoniana constitutione continentur.

SVMMARIA.

1 *Rem à fisco accipiens, eam quinquennio olim usucapiebat*
2 *Hodie à fisco quocunq; titulo quid accipiens, statim securus est*
3 *Augusta pro conjuge Principis sumitur, eique in privilegiis comparatur*
4 *Finis usucapionis duplex*
5 *Quæ commoda ex dominiorum certitudine oriantur*
6 *Effectus usucapionis triplex*
7 *Contraria usucapioni quæ sint*
8 *Nativitatem usucapionis quæ impediant*
9 *Forma dat esse rei*
10 *Forma usucapionis in quo consistat*
11 *Iam natæ usucapionis progressum quæ sistant*
12 *Quid usucapionem natam, prorsus solvat*
13 *In integrum restitutio adversus præscriptionem intra quod tempus competat*
14 *Nam majoribus 25. annis detur in integrum restitutio adversus præscriptionem, ex sola causa ignorantiæ*
15 *Nemo res suas negligere præsumitur*
16 *Damnum, quod suâ quis culpâ sentit, sibi imputare debet*
17 *Qui præscripsit, plenissima munitione securus est*
18 *Lites consopiri, Reipublicæ interest*
19 *Minores non nisi ex justa causa restituuntur*
20 *Quadragenalis præscriptio omnem penitus actionem excludit*
21 *Quicquid nova lege specialiter non est correctum, id veterum legum regulis censetur relictum*
22 *Bartolus, ejusq; asseclæ refutantur*
23 *Mens & interpretatio l. 1. ff. ex quib. caus. majores, &c.*
24 *Consideratio l. sicut. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.*
25 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat*
26 *Inclusio unius quatenus non sit exclusio alterius*
27 *Sensus l. unius 14. §. ult. & l. Atilicinus 35. ff. de servitut. prædior. rusticor.*
28 *Consideratio l. 1. §. si quis propter 9. ff. de itiner. Actuq; priv.*
29 *Præscriptio odio negligentium, bonoq; publico inducta*
30 *Interruptio quid, & quotuplex*
31 *Naturalis interruptio quid sit*
32 *Captivitate quis possidere desinit*
33 *Possessio fundamentum usucapionis*
34 *Civilis interruptio quid.*

De emptione rei fiscalis duplex jus hic affertur, ve- 1
tus, & novum. Vetus est ex constitutione divi Marci, quæ vult; emptorem rei fiscalis à fisco sive ejus procuratore venditæ, quæ tamen reverá sit aliena (id est, quam fiscus suam esse credebat, cum esset aliena, aliàs nisi causa subsit, fieret res vitiosa. *§. 3. in fine super hoc tit.*) quinquennio post venditionem elapso, habere præscriptionem contra dominum, sive posse dominum exceptione præscriptionis repellere, *l. ult. Cod. si advers. fisc.* Ius novum est ex constitutione Zenonis: 2
quæ non tantùm de emptione, sed de quolibet titulo agit, statuitque, ut is, qui à fisco quocunque titulo quid accepit, statim sit securus, hoc est, statim rei acceptæ dominium consequatur: sed dominus rei adversus fiscum habeat regressum per quadriennium, postea non item. *l. 2. C. de quadrienny præscript.* Ratio hujus juris est, ut fiscus, eà securitate proposita, emptorem facilius invenire queat, *l. si hypothecas 8. C. de remiss. pignoris Wesenbecius & Heigius hic nu. 8.* Quod autem Zeno in alienatione fisci, vel rei à fisco 3
venditæ: idem Iustinianus jure Cæsaris & Augustæ (quæ pro conjuge summi Principis accipitur, & in privilegiis comparari Principi solet: legibus tamen soluta non censetur, *l. Princeps 31. ff. de legib. l. fiscus 6. §. fin ff. de jure fisci.*) ob eandem rationem constituit, *l. ult. C. de quadrien. præscript.*

Porrò pro complemento hujus materiæ paucis verbis adjiciamus; quis finis, quis effectus, quæ item con- 4
traria sint usucapionis sive præscriptionis. Finis perhibetur duplex: Vnus est bonum publicum, ne scilicet rerum dominia semper sint in incerto, *l. 1. ff. de usurpat. & usucap.* Aliter est, ut lites & controversiæ, quæ ex dominiorum incertitudine nascuntur, sopiantur, *l. ult. in princ. ff. pro suo.* nec possessores amittendarum rerum metu propè immortali torqueantur, *l. cùm notissimi. 7. in fine princ. C de præscript. 30. vel 40. annor. & meminimus suprà ad §. 3. tit. de justit. & jur. num. 97. & suprà ad princ. hujus tit. num. 41.* Et sanè
ex dominiorum certitudine tranquillitas & publica 5
& privata oritur: commerciorum usus augetur: & diligentia in rebus colendis excitatur: quib' ad felicem

Rei-

Reipubl. ſtatum conſtituendum & conſervandum ni-
hil eſt opportunius, melius nihil, nihilq; præclarius. E-
contrariò dominiorum incertitudo materiam turba-
rum, ſolicitudinem & periculum litium præbet: hu-
manorum commerciorum uſum tollit: & neglectum
culturæ, ac deſidiam parit. Quæ omnia & ſingula tan-
ta ſunt mala, ut iis benè conſtitutæ Reipublicæ fundi-
tus evertantur, D. Obrecht. diſput. 26 theſ 291. & ſeqq.
Vultejus hîc num. 41. Foman. diſput. 12. th. 8. liter.
a. & b.

6 Effectus uſucapionis præcipui tres ſunt. Primus eſt:
quòd in uſucapientem plenum ac perfectum domi-
nium tranſeat: nec penes priorem dominium quic-
quam juris remaneat, l. 3. ff. de uſurp & uſuc. l. traditio-
nib. 20 C. de pact Weſenbec. in Paratit. ff de uſurp. & u-
ſuc. nu. 14 Paul. Berens diſp. 5. th. 1. quæſt. 2. Hunn. diſp.
6. theſ. 28. & latiùs demonſtratum ſupr. ad princ. hujus
tit. nu. 8. & ſeqq. Aliud affectus eſt: quòd uſucaptor
non tantum exceptionem adverſus agentem habeat,
l. venditioni. 4. C. de uſuc. pro empt. l. 1. C. de uſuc. pro
donat. ſed etiam, completâ jam uſucapione, ad poſſeſ-
ſionis amiſſæ recuperationem, contra quemcunque
rei vindicationem directam inſtituere valeat, l. penult.
in princ. C. de præſcr. 30. vel 40 annor l. 1. §. 1. ff. de Publ.
in rem act. Donell lib. 5. Commentar. de jur. civ. cap 29
pag. 408. illâ verò nondum completâ, actione Publica-
nâ, ſi ſcil. ante perfectam uſucapionem res caſu amiſſa
ſit, experiri poſſit, § ſed iſta quidem. 3. & ſeq. infr. de a-
ctionib. Tertius effectus eſt: quòd is, qui rem alienam
legitimè præſcripſit, eam juſtiſſimè, bonâque conſci-
entiâ retinere queat: nec eam veteri domino reſtituere
teneatur, etiamſi poſt completam uſucapionem reſcive-
rit, eam fuiſſe alienam, l juſtè. 11. ff. de acquir. vel a-
mitt poſſeſſ. l 2. ff. de legib. vigilanti 5. ubi gloſſ. Panor-
mit & alij ext. de præſcr. Berens d. diſp. 5. th. 1. quæſt. 8.
Hancq; rem explicatiùs dilucidavimus ſupr. ad princ.
hujus tit. nu. 91. & ſeqq.

7 Contraria uſucapioni ſunt illa, quæ partim ejus na-
tivitatem & ortum impediunt: partim jam natæ pro-
greſſum & incrementum ſiſtunt: partim denique eam
planè reſolvunt, docente D. Obrechto d. diſput. 26. th.
8 369. Nativitatem uſurapionis impedit tum ætas pu-
pillaris: quia hæc facit, ne uſucapio incipere poſſit, l.
bona fidei 48. in fine princ. ff. de acquir. rer. domin. l. ſi
communem. 10. in princ ff. quemad. ſervit. amitt. Cu-
9 jac. in l. 4. § ſi pupilli. ff de uſurpat & uſucap. tum for-
mæ amiſſio: quia forma dat eſſe rei, arg. l. Iulian 9. §.
ſed ſi quis 3. in fin. ff. ad exhibend. l ſi is, qui 80. § 1. ff.
ad leg. Falcid. l. mulieris. 13. § 1. ff. de verb. ſignific. For-
ma autem uſucapionis in eo conſiſtit: ut juſta ſeu ci-
10 vilis rei poſſeſſio legitimo tempore continuetur. Et
propterea iſta deficiente, nec uſucapio oriri poteſt, l. 1.
l. 3 & fine poſſ ff 25. ff. de uſurpat. & uſucap. Iam na-
11 tæ uſucapionis progreſſum & incrementum ſiſtunt
hoſtilitas ſive bellum, & peſtis: quoniam impedi-
unt, ne quis rebus ſuis proſpicere, earumque curam
habere poſſit, l. ab hoſtibus 6 Cod. quibus non objicit.
longi temporis præſcript. cap. ex tranſmiſſa. 10. in fin.
ext. de præſcript Vnde ejuſmodi impedimentis du
rantibus, uſucapio non quidem omnino tollitur: ſed
vi quadam impedita interquieſcit, & quaſi dormit, ut
notant Innocentius & Panormitan. in d cap. ex tranſ-
miſſa. idem Panermitan. conſ. 98. vol. 2. Bartol in l. na-
turaliter. 5. num. 22. ff. de uſurpat. & uſucap. hosque re-
ferens ibidem Weſenbecius in Paratit. num. 14. verſ.
eâdem ratione & hoſtilitas, &c. Tandem uſucapio- 12
nem natam penitùs reſolvunt in integrum reſtitutio,
& interruptio. Ac certè non ſolùm minor reſtituitur:
ſed & major interdum, ex juſta & probabili cauſa, pri-
ſtinum in ſtatum reponitur. l. unic. ibique gloſſ. C. ſi
adverſ uſucapion. l. 1. §. ult. ff. ex quib. cauſ. majo-
res, &c. Eaque reſtitutio adverſus præſcriptionem 13
intra quadriennium competit: idque non à comple-
tæ præſcriptionis tempore, ſed à primo die ſcientiæ
computandum erit, l. ult Cod. de tempor. in integrit.
reſtitut. latè Franciſc. de Caldas ad l. ſi curatorem. 3.
C. de in integrat. reſtit. minor. in verb infra legitimum
tempus num. 3. & ſeqq. Trentacinquius variar. re-
ſolut. libr. 2. de reſtitut. in integrat. reſolut. 4. num. 17.
& ſequentib.

Ecquid vero adverſus præſcriptionem majoribus 14
25 annis competat in integrum reſtitutio, ex ſola cau-
ſa ſive capite juſtæ ignorantiæ, (ut ſi quis ignorârit,
res ſuas ab alio poſſideri) diſcrepantes ſunt Doctorum
ſententiæ? Alii enim conſtanter affirmant, Accurſius
in l. ſi partem. 19 §. 1. verb. non utendo. ff. quemadm.
ſervit. amitt. Bartol. in l. 1. §. ſi quis propter. 9. ff. de iti-
nere, actuque privat, Panormitan. & Felin. in cap. vi-
gilanti. 5. ext. de præſcript. Iaſon. in l. 2 num 85. C. de jur.
emphyteut. Alexand. conſ. 71 num 3. lib. 1. & conſ. 169.
num 15. lib. 2. Socinus in l. cum filius familias 49. §.
in hac ſtipulatione. ff de verbor. obligat. Nicol. Boerius
deciſ. 39. Balbus in tract de præſcript. 4 part. quarta
princ quæſt 29 pag. 297. Gailus lib. 2. obſerv. 19. nu 18.
& ſeq. item obſerv. 160. num. 5. Vſillus in §. rurſus
num. 75. ibique Zaſius nu. 30 infr. de actionib. Schra-
der. de feud. part 5. cap. 4. nu. 22. Tiraquel. de retract. li-
gnagier. §. 35. gloſſ. 4 nu. 36. & ſeqq. Mauric. in tract.
de reſtit in integr. cap. 58. & 59 Sfortia Oddus de reſti-
tut in integr. part. 2. quæſt. 90. artic 4. & 5. num. 14.
cum multis ſeqq. Trentacinquel. d. lib. 2. de reſtitut in
integr. reſolut. 1. num. 2. Hackelman. diſput. illuſtr. 3.
th. 25. Zanger in tract. de except. part. 3. cap. 10 nu. 227.
& ſeq. edit. 2 Dominic. Cardinal Tuſchus tom. 6 præ-
ctic. concluſ liter. P. concluſ 587 num. 3. 14. & ſeq. &
cæteri ab his cumulatim congeſti. Alii abſolutè &
ſimpliciter negant, Baldus in l. 1. in 24. oppoſit. C. qui
admitti ad bonor poſſeſſ &c. Petrus Achar. conſ. 170.
colum. 2 Raphael Fulgoſ. in dict l. cum filius familias.
49. §. in hac ſtipulatione. ff. de verbor. obligat. Bar-
batius conſ 41. num. 18. volum. 1. Anton. Rubeus con-
ſil 56. Franciſc. Curt ſenior conſ. 83 colum. 3. verſ. & ſi
forte &c. Covarruv. in cap. poſſeſſor malæ fidei 2.
part 3. relectione § 3. num 2 verſ. imò in integrum re-
ſtitutio, &c. Sarmientus ſelectar. interpretat. libr. 2.
cap. 10. num. 1 Fernand. Vaſquius illuſtrium contro-
verſiar. libr. 2. cap. 75. num 2. cum ſeqq. pag. 578.
Pinelus in authent. niſi tricennale. Cod de bon. ma-
tern. num. 58. & ſeq. Weſenbecius in Paratit. ff. ex
quibus cauſis majores, &c. num. 10. Hunnius di-
ſput.

sput.6.ad Instit.th.30.& lib.2.var.resol.jur.civ.tract.
3.quæst.16. it.in resol.ad Treutler. vol.1.disp 11.th 17.
quæst.98.pag.865.cum seq.& vol 2.disp.22.th.3.quæst.
17 pag.286. Anton.Tessaur.decis.Pedemont.134 nu.19
& seq. Fachin.lib.1.controvers jur.cap.69.Forster.l.2
disp.9.th.10. Arum.Exercit.Iustin.6 th.10. Matth.Ste-
phani cent.2.quæst 38. Hænon. disp 6. controvers.17.
Broncherst.cent.1 miscell.controvers. assert 30 Hart-
man.Pistor.part.2.quæst.feudal.12 nu.40.cum seqq. et
Berlich.part,2.conclusion practicab conclus.10. nu 8.
pag.157. Atque horum sententia (quam & ego verissi-
mam judico) seqq. constabilitur rationibus & argu-
15 mentis. I. Quia si propter ignorantiam restitutioni
in integrum esset locus: nunquam vel certè rarissimè
præscriptio locum inveniret. Nemo quippe rerum
suarum adeò prodigus existit, ut sciens eas ab alio u-
sucapi patiatur, arg l.cùm de indebito, 25 in princ. vers.
qui enim solvit, nunquam ita resupinus est. &c. ff.de
16 probationib. II. Quia damnum, quod quis suâ culpâ
sentit, sibi imputare debet, l.quod quis 203. ff.de reg.
jur.cap.damnum 86.de reg.jur.in 6. Ast ille, contra
quem præscriptio completa est, suâ culpâ damnum
sentit: cùm tanto tempore à jure præfinito in res suas
non inquisierit: ut & alienationi consentire dicendus
17 sit, l.alienationis 28.ff.de verb signif. III. Quia is, qui
præscripsit, plenissimâ munitione securus est, l.omnes
4.in fin.C de præscript.30.vel 40.annor. Quod utique
verum non esset: si restitutio in integrum ex causâ i-
18 gnorantiæ competeret, IV. Quia lites consopiri Rei-
publ.interest, l.si cujus 13 §.æquissimũ.3.ff de usufruct.
l.properandum.13. in princ. C. de judiciis. Atqui con-
trariâ affirmantium opinione admissâ, lites non con-
sopirentur; sed quotidie exorirentur: dum unusquisq;
19 ignorantiam prætendere conaretur. V, Quia si ex
qualibet justa causa majores restituerentur: nihil inter
hos & minores interesset: cum ne hi quidem, nisi ju-
stâ ex causa restituantur, l.sicut.3 circa medium. C.de
præscript.30.vel 40 annor. VI. Quia si ignorantia hoc
casu restitutioni causam præberet: rursus dubitationis
inextricabilis oriretur occasio, & semper rerum do-
minia in incerto essent. contra l.ult.in fine C. de præ-
20 script.long.temp.& l.1.ff.de usurp.& usuc, VII. Pro hac
parte facit textus in l.ult. C.de fundis patrimonialib.
&c. ubi Imp. Anastasius inter cætera rescripsit: eum,
qui qualemcunque fundum vel locum per quadra-
ginta jugiter annos possederit, nullam penitus actio-
nem, vel molestiam, aut quamlibet inquietudinem
formidare debere. VIII. Huc confert cap.ad aures 6.
ext.de præscriptionib. ubi dicitur, quòd quadragena-
lis præscriptio omnem prorsus actionem (sicque et-
iam in integrum restitutionem, quæ actio prætoria
censetur Oldendorp.actionum forens.class.6 act 8 &
9.) excludat. IX. Confirmat non parùm nostram
sententiam textus in l.unic. vers. quæ & nescientibus
dominis procedebant. C.de usucap.transform.and. ibi
dum Iustinianus Imper. temporis tantum angustiam
corrigit: inde necessariò concluditur, leges antiquas,
quibus præscriptio etiam contra ignorantes efficaci-
21 ter currebat, adhuc valere. Quicquid enim novâ lege
specialiter non est correctum; id veterum legum con-
stitutionumq; regulis relictum intelligitur, l.præcipi-
mus 32.§.ult.C.de appellationib.
Non obstat, quòd Bartolus & cæteri Antagonistæ 22
regerunt: argumentis modò in medium adductis
probari quidem, præscriptionem etiam ignorantibus
obesse: sed non probari, restitutionem esse ignoranti-
bus denegandam, cùm & absentibus Reipublicæ cau-
sa præscriptio nocere soleat: qui nihilominus tamen
in integrum restituantur, l.1 l.item hi, qui Republicæ.
4.& l.cùm miles 30 in fin.ff.ex quib caus. majores 25.
annis in integr.restit. Nam rectè quidem illud dicere-
tur, si leges extarent, quibus caveretur, æquè ex causa
ignorantiæ, atque ex causa absentiæ, restitutionem
concedendam esse. Atqui nulla lex, nulla constitutio
tale quid disponit: imò ex diverso multæ extant con-
stitutiones ac leges, ex quibus contrarium perquàm
luculenter evincitur. Nec movet quicquam, quod in 23
d,l.1 in fin.ff.d.tit. habetur. majores 25 annis in inte-
grum restitui ex clausula generali: si qua alia justa
causa Prætori videbitur. Quia non ita simpliciter ibi
dicitur: si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in
integrum restituam: sed adduntur hæc verba: quoad
ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta
Principum, licebit. Iam verò nulla lex, nullum sena-
tusconsultum, nullum decretum reperitur, quo igno-
rantiam esse justam restitutionis causam adversus præ-
scriptionem demonstrari possit. Adhæc prætor in isto
edicto tantùm indulget restitutionem majoribus 25.
annis, qui Reipubl.causa absentes fuerunt, & res suas
usucapi passi sunt. Cæterum subjecta generalis clausu-
la, Si qua alia mihi justa causa videbitur, de aliis simi-
libus justis sive æquis absentiæ causis accipienda est:
eujusmodi est studiorum, vel alterius justæ peregrina-
tionis, l.nec non & si.28.in princ. ff.ex quib.caus.ma-
jores.&c. Quis enim eorum non misereatur, qui amo-
re scientiæ exules facti, de divitibus pauperes, semeti-
psos exinaniunt, vitam suam multis periculis expo-
ponunt, & à vilissimis sæpè hominibus corporales
injurias sine causa perferunt? Auth. habita vers, quis
enim, C.ne filius pro patre, &c. Nulla autem æquitatis
ratio suggerit, per beneficium in integrum restitutio-
nis ignorantibus adversus præscriptionem succurri:
quia hac ratione nunquam esset litium finis, parum-
que ipsa præscriptio prodesset: cùm scientes res suas
ab aliis detineri, usucapionem sæpius interrumpent
atque impediant.
Non item obstat d l.sicut 3 in fin.C. de Præscr.30. 24
vel 40.annor. ubi disertè Impp Honorius & Theo-
dos rescribunt: nulli (adversus præscriptionem) mo-
vendi ulteriùs facultatem competere, etiamsi se legis
ignorantia excusare tentaverit: Vnde à contrario sensu
colligitur: quòd ignorantia facti pariat facultatem ul-
teriùs movendi, non obstante 30. annor. præscriptio-
ne. Si enim hoc Impp non voluissent: utiq; id ad igno- 25
rantiam juris haud restrinxissent. Non, inquam, lex ista
obstat. Quia argumentum, inde à contrario sensu de-
ductum, contra textus expressos superiùs allatos nil
quicquam valet. Quòd a.Impp. ibi expressam legis si-
ve juris ignorantiæ mentionem faciunt: id non eo
consilio factum putandum est, quasi ad eam solam
restrin-

restringere coostitutionem suam voluerint: sed quòd
26 ipsi duntaxat propter ignorantiam juris aditi & con-
sulti fuerint. Sed & unius inclusio, non est alterius ex-
clusio, maximè ubi id, quod hoc loco est omissum, ali-
bi apertè includitur: cùm lex cum lege conferri, & u-
na ex altera explicari atque suppleri debeat, *arg. l.non
est novum.28.& seqq.ff.de legib.Hunn.d.lib.2.tract 3.
quæst.16.pag.499.*

27 Nihil quoque refragatur *l.nu.34 § ult.junctâ l.&
Atiliin.seq.ff.de servit.prod.rust.* ubi qui longo tem-
pore non est usus aquæductu ex fonte vel flumine,
propterea quod fons seu flumen, ex quo aqua ducebā-
tur: exaruit: tamen restitutione in integrum impetra-
tâ servitus ei restituitur, si fons ad suas venas redierit.
Illic enim nequaquam datur restitutio ex capite igno-
rantiæ: sed ideo, quòd quispiam justo impedimento
vel casu fortuito prohibitus, aquam ducere, sicq. jure
suo uti non potuit, ut ex ipso textu *dicto l. Atilicinus.*
patescit, *in illis verbis: ducere non potuisse, quod fons ex-
aruisset.* item ibi, *quia ducere non poterant, &c* Dein-
de textus iste non loquitur de restitutione in inte-
grum, quam prætor edicto pollicetur; sed de resti-
tutione planè extraordinaria, quæ à Principe seu Im-
peratore extra ordinem conceditur, *ut ex textu ipso
colligitur.*

28 Similiter non resistit *d l.1 §.si quis propter inunda-
tionem.9.ff.de itin.actuq; privat.* ubi qui habet servi-
tutem itineris vel actûs, & non usus est eâ propter in-
undationem, impetrat restitutionem in integrum ex
illa parte edicti: *si qua mihi justa causa esse videbi-
tur.* Nam restitutio ibi ex alio, quàm ignorantiæ capi-
te conceditur: videlicet, quia justo impedimento quis
prohibitus est uti itinere vel actu: eò quod locus,
per quam actus vel iter competebāt, flumine inunda-
tus fuit.

29 Postremò nihil ad rhombum facit, quòd præscrip-
tio inducta sit in odium negligentium res suas repe-
tere. Is autem, qui ignorat, res suas possideri & præ-
scribi, negligens esse non dicatur. *Etenim* & is non in-
juriâ negligens dicitur, qui ex communi hominum
industriâ, intra tanti temporis spacium in illa, quæ ve-
risimiliter ad se pertinere scit, non inquirit, *Arum. d.
Exercit.6.sub thes.*10. Præterea usucapio non solùm
odio negligentium, sed etiam bono publ. introducta
est: ut rerum dominia certa essent, & ne lites immor-
tales existerent, *ut dictum suprà num.4.ex l.1.ff.de u-
surp.& usuc.& l.ult.in princ ff pro suo.Pachin.d.lib.1.
controvers.jur.cap 69.in fine. & Bronchorst.d.cent.1.
miscell.controvers.assert.30.in fine.* Et tantum de inte-
grum restitutione.

30 Sed comprimis contraria est usucapioni interruptio:
quando nimirum, cœpta usucapio retrahitur, & quasi
in nihilum redigitur. Hæcq; interruptio vel naturalis
est, vel civilis, *ut notat gloss.in l.cùm notissimi.7.§.pe-
nult.in verb.innovatā. C. de præscr.30.vel 40. annor.
Bart.in l.naturaliter.5.nu.4.ff.de usurp.& usuc. ibiq;
Wesenbec.in Paratit l.nu.15.Duaren,ad eund.tit.cap.7
& 8.Connan.lib 3.Comment.jur civ cap.14.nu.1 & 7
Petr Greg.in syntag.jur.p.3.lib 40.cap.6.nu.5.Zang in
tract.de exceptionib.p.3.cap.8.nu.52.ed 1. Donell.li.5.
Comm.de jur civ.cap.21.D.Bocer hic pag.198.nu.62.
cum seqq. Althus.lib.1.dicæolog.cap.42.nu.23.cū seqq.
pag.256.D.Obrecht.disp 26.th.382.& disp.27.th.317.*
Naturalis interruptio est; qua possessio naturaliter, h. 31
e.aliquo naturali facto, & re ipsa intervertitur. ut cùm
possessori res mobilis ab alio aufertur, vel immobilis
occupatur, *d.l.naturaliter.5 ff eod l 3 §. Nerva.13.§.
Labeo.17.& § si rem.18.l.rem.quæ 15 & l.qui univer-
sas 30.§.item, quod mari.3 ff.acq.vel amitt.possess.* aut
cùm possessor ab hostibus capitur, *l.si is, qui pro em-
ptore 15.ff de usurp & usuc.* Captivitate enim quis pos-
sidere desinit. *l.cùm heredes 23.§.1.d l.qui universas 30
§.3.ff.de acq.vel amitt poss.* Sic si id, quòd bonâ fide 32
possidemus, domino rei locamus, ignorantes dominū
esse, aut ei pignori damus: statim possidere, & conse-
quenter usucapere desinimus, *l.ei, à quo.21. & l.non so-
lùm.33 § si rem tuam.5 ff.de usurp & usuc.* Possessio 33
quippe fundamentum est usucapionis. quo everso vel
sublato, etiam usucapio, quæ possessioni superstruebā-
tur, ut evertatur & tollatur necessum est, *l sine possess.25.
ff d.t & explicatum supr ad princ.hujus tit.num.262.*
Quòd si is, qui possessionem ita amisit, eam postea re-
cuperet, possessio prior, quia continuata non est, ipsi
ampliùs ad præscribendum non proderit: sed usucapio-
nem ex secunda possessione, bonâ fide acceptâ, nume-
rare necesse habet, *l.2. C.de Prescr. long.temp.Vultej.
in h.tit.nu* 48. Si enim initium secundæ possessionis
vitiosum est, usucapio non procedet, *d.l.si is.qui.15.§.
si quis bona 2 ff.de usurp.& usuc l.qui fundum.7.§.qui
bona 4.ff.pro emptor. Zang.d.tract.de except.p.3.cap.8.
nu.52.in fine edit.1.*

Civilis interruptio est; quæ non aliquo naturali fa- 34
cto, sed subtilitate sive fictione & auctoritate juris, pu-
tà per litis contestationem, per in jus vocationem, per
libelli oblationem, vel etiam per extrajudicialem de-
nunciationem testato factam, possessionem interver-
tit, sicq; usucapionem & præscriptionē resolvit, *l.nemo
10. C.de acq & retin.poss l.2.C.de annal.except.* Eam-
que rem uberiùs, & quidem diversimodè, declarant
*Wesenbec.in Paratit.ff.de usurp.& usuc num.15.D.O-
brecht.d.disp.26.thes.410 cum seqq.& d.disp.27. th.
321.cum seqq.Æmyl Ferretus ad l.3.ff.h tit nu.56.&
seqq.Hunn.disp.6.ad Instit.thes 8. & lib 2.var.resol.
jur.civ.tract.3.quæst.4.it in resol.ad Treutler vol.2.
disp.22.th.1.quæst.6 pag.265.cum seq.& ibid.Bachov.
in suis not.ad th.7.lit.F.pag.411.cum seqq. itemq; in §.
præced.nu.2.pag.359. Donell d.lib.5.Comment.de jur.
civ.cap.21.pag.392.& seqq. ibiq; Hilliger.in suis notat.
ad lit.F & novè Berlich.d.part.2.conclusion.practic.
conclus.9 num.22.cum seqq.pag.139.& seqq.
ubi plures allegat.*

DE DONATIONIBVS.

TITULUS VII.

Principium Tituli.

Est & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera: mortis causa; & non mortis causa.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis sive continuatio hujus tituli*
2 *Donationem esse modum acquirendi domini juris civilis, ostenditur*
3 *Quæ sit natura copulæ ET.*
4 *Donatio quatenus pactum legitimum*
5 *Ad argumentum contrarium respondetur.*
6 *Quoties juri communi aliquid additur, vel detrahitur: jus civile efficitur*
7 *Quando actio nascatur ex pacto.*
8 *Traditio quatenus naturalis acquirendi modus*
9 *Libertas facultas est naturalis*
10 *Servitus est constitutio juris gentium*
11 *Forma dat esse rei, & ab ea facienda denominatio.*
12 *Num donatio contractibus annumeretur*
13 *Omnis contractus aut bonæ fidei, aut stricti juris: itemq; contractus unde dicatur*
14 *Quatenus donatio appelletur contractus*
15 *Donatio unde derivetur*
16 *Donatio quomodo differat à munere*
17 *Definitio donationis generalis*
18 *Verbum actus latè patet*
19 *Res aliena cur donari non possint.*
20 *Qui liberalis rectè dicatur*
21 *Nemo donare cogitur*
22 *Nolenti & invito liberalitas non acquiritur*
23 *Quibus casibus beneficium conferatur in invitum, remissivè*
24 *Donationis duæ species*
25 *Donatio regulariter in dubio non præsumitur*
26 *Quis donare perdere videtur*
27 *Utrùm in dubio præsumatur donatio propria; an verò impropria, remissiva.*

1 EXplicatio primo acquisitionis dominii modo civili, nimirum *usucapione*: justo ordine sequitur
2 jam alter, scilicet *donatio*. Esse autem donationem modum acquirendi dominii juris civilis, abundè arguit methodus Iustiniani, dum supra *in fine tit. de usu & habitat. Modò videamus*, ait, *quibus modis legitimo & civili jure res acquiruntur.* Deinde subjicit titulum, *de usucapionib.* & postea hunc, *de donationib.* in cujus §. ultimo & hæc verba addit: *Erat olim & alius*
3 *modus civilis acquisitionis per jus accrescendi.* Quibus utiq; verbis luculenter indicat, se in præcedentib. tantum de civilibus modis egisse. Copula namq; Et repetit qualitatem præcedentem, ejusq; natura est, copulata exæquare per omnia, & illa ad uniformem dispositionem reducere, eamq; augere, *arg. l. quamvis 4. ibiq; Bald. C. de impub. & aliis subst. Ceph. lib. 5. cons. 723. Borcholt. cons. 12. circa fin. Menoch cons 334. nu. 15 & cons 415. nu. 5. Cravett. cons. 294 nu. 7. vers septimò pondero, &c.* Præterea constat ex Cujacio *libr. 10. obs. cap. 28* donationem inter vivos olim per traditionem nexi, sive mancipationem fieri solitam, quam mancipationem, ut actum legitimum, juris civilis esset, dubium non est ullum. *l. actus legitimi. 77. ff. de reg. jur. Rober. disp. 10. ad Instit. th. 1. sub lit. a.* Quin etsi dona- 4
tio non ut acquirendi dominii modus, sed ut nudum pactum consideretur: tamen juris civilis erit: quippe cùm sit legitimum pactum, lege nimirum confirmatum, *l legitima. 6. ff de pact. juncta l. si quis argentum. 35. § sed si quidem. 5. C hoc tit.* civilemq; rationem habeat. *Goedd. in l. rei appellatione. 23. nu. 6. ff. de verb. signif. Cont. lib. 2. disp. jur. civ. cap 52. eosq; laudans Forster jun. disp. ad Instit. 10. quæst 3. & lib. sing. de dominio cap. 9. nu 224. & seqq. p. 346. Tim. Faber. disp. anniversf. 17 ad Instit Imperiales th. 1. & 2. Vide aliter sentientem Bachovium hic pag. 366.*

Non obstat, quòd antè LL. duodecim tabular. fue- 5
rit donatio: cùm extet apud Homerum Telemachi donatio, Piræo facta, & infrà §. *hoc tit.* relata: & tamen constet, quòd Homerus vixerit ante LL. XII. tabb. centum videl. & quinquaginta annis, ante conditam Romam. *Nam respondetur*: quòd factum quidem donandi prius fuerit, non item jus de donando. Nec enim ante jus civile quicquam de donatione insinuandâ fuit proditum. *§. alia. 2 infr hoc tit. l. sancimus 34. in princ. l. si quis pro redempt* 36. *§. ult. C. hoc tit.* Quoties autem 6
aliquid addimus, aut detrahimus juri communi; jus civile efficitur, *l. jus civ. 6. ff. de just. & jur.* Sed & constitutione Iustiniani, si quis dixerit, se alicui donare, admittente donatario, statim perficitur donatio, ut, quāvis res non tradatur; tamen si actio ex consensu, & necessitas traditionis incumbat donatori. *d. §. alia 2. infr. h. tit. d. l. si quis argentum. 35. §. sed si quidem. 5. vers. fin C. eod.* cùm tamen aliâs ex pacto nudo non nascatur actio. *l. juris gentium 7. §. sed cùm nulla 4 ff. de pact. l. legem. 10. C. eod.* Nec movet, quòd eo casu donatio nudo consensu perficiatur. Siquidem ad consensum etiam 7
lex accedit: ac proinde interdum ex pacto actio nascitur, quoties lege adjuvatur. *d. l. legitima 6. ff. de pact. Forster. d. cap. 9. num. 226. pag. 347.* Non item obstat, 8
quod

quòd donatio traditione, quæ est naturalis sive gentium juris acquirendi modus, perfici dicitur, §. *per traditionem 40. sup. de rer. divis.* Nam traditio per se quidem naturalis est acquisitio: verùm cùm donationem perficit, unus & idem cum ea actus esse intelligitur, adeòq; donationis jure censetur, *docente Antonio Matthaeo hic, & Arumaeo Exercit. Iustin. 6. th. 22.* Vel (ut planiùs & explicatiùs rem persequamur) modi rem constituentes, cum ipsa re confundi non debent, Li-
9 bertas quippe est naturalis facultas. *l. libertas 4. in princ. ff. de stat. hom. §. 1. suprà, de jure personar.* cùm tamen non semper à natura: sed à dominis, jure gentium libertas accipiatur. *tot. tit. supr. de libertin. l. libertini. 6. ff. de stat. hom. l. manumissiones 4. de just. &*
10 *jur.* Et servitus est constitutio juris gentium §. 2. *supr. de jur. person. d. l. 4. §. 1 ff. de stat. hom.* cùm tamen servi nascantur aliqui; quidam etiam jure civili fiant. §. *servi autem. 4. supr. de jur. person. l. eis, qui. 3. ff quib. ad libertat. proclam. non licet.* Hinc non sequitur: Traditiones sunt juris gentium: ergo & donationes, quæ tradi
11 tionibus perficiuntur. Sed hoc potiùs inde colligitur: quòd traditiones in donationibus sint juris gentium, Donatio siquidem juris civiles est respectu suæ formæ, quæ dat esse rei, & à qua denominatio facienda, *Cont. d. lib. 1. disputation. jur. civ. cap. 12. vers. sextus modus, &c. Mynsing. ad rubric. hujus tit. nu. 1. Forster. d. l.* Non denique adversatur, quòd contractus sint juris
12 gentium. *l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.* Donatio verò contractibus annumeretur. *l. contractus 17. C. de fide instrum. l. si quis 8 in princ. C. de prascript. 30. v. l. 40 anner. l. si donationis 7. C. de his, quæ vi metusvè caus. gesta sunt l. ult. in fin. C. de pact. l. ult. in princ. ibi, vel aliud quicquam, &c. C. de bonis, quæ liberis, &c. l. donationes 26. C. de donation. int. vir & uxor. cap. praterea quoniam. 23 ext. de jure patronat. cap. cum dilecti. 6 ext. hoc tit. de donat. Iul. Clar. libr. 4 sent §. donatio. quæst. 1. nu 2. Anton. Gomez. tom. 2. var. resol jur. civ. cap. 4. in princ. Treutler. vol. 2. disput. 19. thes. 1. lit. A. Mantica lib. 13. de tacit. & ambig. convent. tit. 3. Al-*
13 *thus. lib. 1. dicæolog. cap. 82. nu 2. pag. 289. ubi plures citat.* Etenim donationem contractum non esse, inde apparet: quòd omnis contractus aut est bonæ fidei, aut stricti juris, §. *actionum 28. infr. de actionib.* Sed donatio non est contractus bonæ fidei. *l. eum, qui 22 ff hoc. tit.* nec etiam stricti juris. *l. interdictum 14 ff. de precar.* ubi Paulus donationes à negocio contracto separat, *Duaren. ad l. juris gentium. 7. in verb. & cateri similes contractus ff. de pact.* Deinde nullus est contractus, qui non patiatur obligationem civilem & ex colligatione actionem, & quidem per se, suâ naturâ servitute propriâ. *l. 1. in princ. & §. 1. ff. de oblig. & act. L. Labeo. 19. ff. de verb. signif. & fusiùs explicui ad §. 2. infr. de oblig. nu. 5. & seqq.* & donatio obligationem & actionem civilem non patitur *L. Aristot. 18. in princ. & §. 1. ff. de donat. l. cum quis vit 14. §. 1. §. qui. 11 ff. de furt.* sed potiùs obligationi opponitur. *l. 3. § 1. ff. de oblig. & act.* Præterea contractus inde auditur, quod post multos tractatus & contentiones, ad negocium, quod geritur, pertinentes tandem negotium in pauca contrahatur & restringatur. *arg. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* In donatione autem nullus talis procedit tractatus neque ullæ contentiones; cùm ipsius donatarii sit boni consulere, quòd donator benignè contulit. *l. ad res donatas. 62. ff. de ædil. ed.* Quod autem *in prallegatis juris locis, & alibi,* donatio contractus appellatur: præsupponendum est, eam initam & perfectam fuisse vel stipulatione, quę contractus est. *l. 1 §. fin. ff. de pact. l. non solùm. 31. ff. de obligat. & act. §. final. infrà de obligationib.* vel sub lege aliquâ, cui negocium aliquod fuerit immistum, putà dono tibi prædia, ut mihi alimenta præbeas *l. 1 C. de donationib. quæ sub modo, &c.* domo tibi servum, ut eum post quinquennium manumittas. *l. Aristot. 18 § c. ff. hoc tit.* dono senatui hoc centum, ut me ad honorem promoveat. *l. hoc jure 19 in princ. ff. eodem. Borcholt. in Commentar. de pact. cap. 1 num. 14. huncq; referens D. Collega Boerus in Commentar. de donationib. cap. 1. num. 10. edit. 2.* Atque ita sentiunt *Anton. Contius d. lib. 1. disput. jur. civ. cap. 12. vers. sextus modus, &c. Gœddeus ad d. l. res appellatione 23. num. 6. ff. de verbor. signific. Wesenbecius & Vultejus hic num. 1. D. Obrecht. in Oeconomia donationu, &c. disput. 3. th. 66. & seqq. Schickard. disput. 6. ad Instit thes 6. Robertus disput. 10. th. c. ad lit. a. Feman disput. 13. in continuation. ad lit. a. & b. item thes. 2. ad lit. C. Giphan. ad rubric. ff. de donat. num. 18. & disput 12. ad Instit. thes. 1. ibique Olemannus in suis not. num. 5. Lecamer disput. nov. Iustin. 6. tit. 7 th 2. & quæstion. juridic. fascic. 25. quæst. 5. Knipschildt. exercitat. Academ. 1. quæst. 3. pag. 19. item Bachovius in not & animadversionib. ad Treutler. dict. volum. 2. disput. 19. th. 1. lit. A. pag 69 et seqq. ubi pluribus rationibus demonstrat. donationem nec veteri, nec novo jure contractum, sed medium transferendi dominii esse.* Eadem de re videantur *Cujacius lib. 19. observ. cap. 28 circa finem. Donellus lib. 5. Commentar. de jur. civ. cap. 2. pag 327. num. 50. ibique ejus sedulus Enucleator Hilliger. in suis notat. ad lit. B. Wegnerus disput. 6. ad Institut thes. 6. ad liter. a. Andr. Gerhardi decad. 6 quæst. 7. Stuckius parte 1. Exercitat. Iustinus. decad. 3. assertat. 4. ad liter. b. Vngepaur. Exercitat. Iustinian. 9. quæst. 5. edit. 1. Ioannes Zechius in Disput. de donationib. sub th. 3. Timæus Faber. Disput. anniversar. ad Institut. 17. th. 1. circa finem. Frantzkius exercitat. juridic. 5 quæst. 8. Riemerus decad. 5. quæst. juridic. quæst. 8 & Hunnius ad hoc princip. & libr. 2. var. resol. jur. civ tract. 4. quæst 1. & 7. item in resolut. ad Teutler. vol 2. disput. 19. de donat. th. 1. quæst 1. & 2, pag 76. & seqq.* 14

Donatio, *Paulo teste*, dicta est à dono, quasi dono datum; tractaque à Græcis vox est, Nam hi dicunt δῶρον, & δωρεῖσθαι, id est, donum, & donare. *l. senatus. 35. §. 1. ff. de mortis caus. donationibus.* Et de hac donationis etymologia videri poterunt *Petrus Nicolaus Mozz. in tractat. de contractib. tit. de donationib. in princip. num. 2. Covarruvius in rubric. de testament. part. 1. num. 2. vers. potest etiam non incongruè, &c. D. Obrecht. dict. Oeconomia donat. disput. 1. th. 5. & sequentib.* Differt autem donatio à munere: quòd hoc propriè ex aliqua causa fiat, 15

illa verò sine causa à mera liberalitate proficiscatur. *l. inter donum.194.ubi Gœdd.nu.2.ff. de verb.signif.l 1. ff.hoc tit.Francisc.Connan.lib.5. Commentar. jur.civ. cap.9.num,2.*

17 Definitur donatio in genere haud ineptè actus, quo
res propria, ex liberalitate à violente proficiscitur, & in
volentem confertur. Ponitur generis loco, *actus*, cum
Contio *d.lib 1. disputat, jur.civ. cap.12. Obrechto d.
disp 1.thes.9 & 10. Bacero hic nu.15.& d Comment.d.
donat.cap.1.num.2. & class 2.disp.19 th 3 edit.2.&*
18 *Schegkio in delibat.jur.disp.8.th.25.* Quia verbum il-
lud generale est, lateq; patet, & omnia, quæ quovis
modo aguntur, comprehendit *l obligation.3.§.1 in fi-
ne ff.de obligat.& act.l.Labeo 19.ff de verb.signif.l.he-
redes palàm 21.in fin.ff qui testam fac.poss.l.duos 6.in
fin.ff.de duob.reu constit.l.stipulatus ista.38 §.in stipu-
lationib.18.& l.eum,qui 41 in princ. ff de verb.oblig.
l.non omnis 19.in princ. ff. de negot.gest l.observare.4.
§.rectè enim.ff.de offic præfect. vigil. l.ult. in princ. ff.
communia prædior.l actus 77. ff. de reg.jur l.actus 8.
C.de feriis.* ac ea propter omnem quoq; donationem
complectitur, sive fiat traditione. *d.l 3.§.1 ff de oblig.
& actionib.l.1.C.de donationib.* sive nudâ conventio-
ne, vel pacto. *l in adib.9.in princ.ff.de donat.§,alia.2.
vers.perficiuntur.infr.h.tit.l si quis argentum 35.§ sed
si quidem.C.eod* sive pollicitatione. *d l. hoc jure.19.in
princ.ff.eod.tit.* sive acceptilatione *l.mortis 51 § Iulia-
no placet.ff de mort.caus.donat.* Dicitur in definitio-
ne; *quo res propria*, argumento *l si filius 14.l.ff a via 19*
19 *C.de donationib.l.1 C.de bon.matern* Res enim alienæ
donari nequeunt: quia non sunt in patrimonio donan-
tis: & quia non possunt ejus fieri, cui donantur. *d.l in*
20 *adib.9 in fin.ff.h.t.l.nemo plus 54.ff.de reg.jur.* Nec li-
beralis rectè vocatur, qui de alieno est liberalis: sed il-
le, quicquid alteri donat. sibi detrahit. *pronunciante
Seneca lib.1.de clemenc.* Dicitur, *ex liberalitate à vo-*
21 *lente.* Nemo siquidem donare cogitur *l.donari.29.ff.
de donat & l.donari 82 ff de reg.jur.* Neq; obest, quod
is, qui mortis causa donat, morte & instanti periculo
cogi videatur, *arg.l.2.ff.de mort.caus.donat.* Nam et-
iamsi quis imminente periculo ad donationem com-
moveatur; non tamen donare jure cogitur: cùm nihil-
ominus donationem omittere queat. *Olsman ad disp.
juris civ.12.Giphanil nu.15.& seq.* Dicitur præterea,
in volentem. Nolenti quippe liberalitas acquiri non
22 potest. *d.l.hoc jure 19.§ non potest.2.ff h.tit.* quoniam
invito non datur beneficium. *l.invito.69.ff.de reg jur.*
23 Sunt tamen nonnulli casus, quibus etiam in invitum
beneficiū confertur. Idq; maximè tum obtinet, si tertii
cujusdam utilitas in re versetur; vel si publica causa
concurrat: vel quando homines contra propria com-
moda laborare inveniuntur. *arg.l si pater.4.C.de spon-
salib.l.illud.5.cum l.seq ff.de tutorib.& curatorib,da-
tis ab his,&c. l.non tantùm.6.ff.de appellationib. l si
pro me.40 l solvero.53 l.si debitor.91. ff. de solutionib.
l si Stichum.8.§.ult.ff.de donationib. l.solvendo.39 ff.
de negoc.gest,l utrùm præsente.27.ff.de constit.pecun.*
Dicitur denique, *confertur*, Quo verbo præsentis tem-
poris distinguitur donatio à pacto futuræ donatio-
nis, quod Iustinianus Imperator non confirma-
vit, *Donellus lib.13. Commentar. de jure civ.cap.ult.
in fine.*

Donationis portò duæ hic commemorantur spe- 24
cies: mortis causa, & non mortis causa sive inter vivos
donatio: quæ species *in §§ subseqq.* enucleantur. Illud 25
obiter hoc loco observandum: quòd in dubio regula-
riter donatio facta non præsumatur. *arg l cum de in-
debito.25.in princ.vers.qui enim solvit. ff de probatio-
nib.cap super hoc 5.vers. sic tua experientia. de renun-
ciatione & cap.quia verisimile.10 ext.de præsumptio-
nib* cùm is, qui donat, perdere videatur. *l.filiusfamil.7* 26
in princ. ff. de donationib. Et non præsumi donatio-
nem, longo stylo persequuntur *Iacob. Menochius. li.2.
de arbitrar.jud.cent.1.quæst.88.nu.1.cum seqq. Ioseph.
Mascard.de probat.vol.1 concl.554 nu 1.& seqq. Hart-
man. Pistoris lib.3 quæst.3.num.56. Iacob. Schultes ad
Modestin.Pist.quæst 130 nu.39 part.3. Ioan. Bercholt.
cons 11.pag.144.& seq. hosq, referens D. Becerius d.
Comment.de donat.cap.1.nu.18.& seqq.* ubi ex Do- 27
ctoribus nonnullos recenset casus, quibus donatio fa-
cta præsumitur. Cæterùm utrùm in dubio præsuma-
tur donatio propria, an impropria; mortis causa, an
verò inter vivos, abundè, *post alios*, explicat Hunnius
*in resol ad Treutler.d.vol.2.disp.19.th.2.quæst.9.& 10
pag.95.& seq.* Adde Forsterum *d lib.singul de dominio
cap.9.nu.239.ad fin.pag.354.* ubi statuit, in dubio præ-
sumi magis donationem inter vivos, quàm mortis cau-
sa: *per notata Menochii lib.1.præsumpt.36.nu 2 & lib.3.
præsumpt 35 Hucq, referantur, quæ annotavimus infr.
ad §,1.hoc tit.nu.3.& seqq.*

§. *Mortis causa donatio.*

Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: cùm quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit. Sin autem supervixisset: is, qui donavit, reciperet: vel si eum donationis pœnituisset: aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cùm Prudentibus ambiguum fuerat, utrùm donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alij ad aliud genus eam retrahebant: à nobis constitutum est, ut per omnia ferè legatis connumeretur, & sic procedat, quemadmodū nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, cùm magis se quis velit habere, quàm eum, cui donat: magisq; eum, cui donat, quàm heredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:

Hoi-

Πείραι', ὐ γάρ ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδ' ἔργα,
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες πατρώϊα πάντα δάσωνται:
Αὐτὸν ἔχοντά σε βύλομ' ἐπαυρέμεν, ἢ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Id est:

Pirae, incertus quoniam rerum exitus harum est,
Si tacitâ incautum stolidi me fortè necare
Morte proci poterunt, & opes vexare paternas:
Hac ego te malo, quam illorum quempiam habere.
Sin ego eos justâ merites affecero clade:
Tum mihi tu late reddes illa omnia latus.

SUMMARIA.

8: [illegible] donationis *simpliciter prolatum, omnem donationem com-* [illegible] *ar.*

8. *M[illegible] causa donatio a patre non revocata, an & quatenus a liberis postea natis revocetur.*

13 *Res mortis causa donata quibus actionibus repetatur.*

34 *Auctoritas Poetarum an & quando sit allegabilis.*

1 Mortis causa donatio est, quâ quis mortis suæ metu, in alterum præsentem, rem aliquam ritè eo animo confert, ut morte secutâ ejus fiat, *arg. hujus §. & l. 2. l. senatus. 35. § 2. & similium ff. de mort. caus. donationibus.* Dicitur, *quâ quis mortis.* Etenim cogna-
2 tio mortalitatis est causa hujus donationis: eaque non nisi mortis mentione factâ, præsumitur, *l. Seja. 42. §. ult ff. d. t. Hippol. Riminald. hic nu. 396. Schneidevvin. num. 3. & Heigius numer. 7. Iul. Clar. libr. 4. sentent. §. donatio. quæst. 4. numer. 2. ibiq; Giacharius in suis additionib. Gomez. lib. 2. var. resolut. jur. civil. c. 4. num. 15. Covarruv. in rubr. tit. de testament. parte 3. num. 25 Menoch. lib. 3. præsumpt c. 35. Michael Graff. lib. 1. recept sentent §. donatio causa mortis. quæst. 1. num. 2. Mozz. in tract. de contract. b. tit. de donat. rubr. divisio donationis residet. num. 19. cum seq. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 2 practic. conclus. lit. D. conclus. 635. cum seq. Auctor consilij 2. Argentin. num 2. cum seqq. vol. 2. Thadaeus Piso libr. 4. var. resolut. c. 1. num. 3. & 18.* Quin & licèt non fiat nominatim mentio mortis: si tamen donationi ejusmodi addantur circumstantiæ, ex quibus intelligatur, donationem mortis causa factam esse, aut verba donationis eam vim obtineant, ut videatur donans mortis causa donare; censetur hujusmodi donatio: ut, si dicat donator: *se bona sua donare uxori, si eam sibi superstitem fore contingeret.* Ita tradunt *Iacob Thoming. decis. 20 num. 8. Vult hic num. 4. & Mynsinger. numero secundo D. Collega Bocer. in Com-*
3 *mentar. de donationib c 5. numero. 1 5. edition. 2.* Cæterùm donationem, sub commemoratione mortis factam, cum clausula *de non revocando*, assumere naturam donationis simplicis seu inter vivos, liquido constat *ex l. ubi ita donatur. 27. ff. de mort. caus. donat. & notant ibi Bartol. Castrens. Angelus & cæteri. Bald. & Salicet. in l 2. C. de jure dot. Roman. consil. 513. in fine. Mantica lib. 1. de conjectur. ult. volunt. tit. 13. n. 5. seqq. Menoch. lib 3. præsumpt. 35. num. 21. Ioan. Vincent. Hondedeus consultat. 40. num. 59. vol. 1 & consultat. 44. num. 52. vol 2. Francisc. Personal. consil 44. in prin. Paul Busius ad l 1. num. 3. ff. de mort. caus. donat. Grassus d. §. donatio causa mortis. quæst. 1. num. 4. Cujacius consultat. 30. Fachineus libr. 5 controvers. jur. c. 23. D. Bocer. d. cap. 5. num 23. Hotoman consil. 72. Haekelman. disputat. illustr. 19. thes. 19. Clarus d. §. donatio quæst. 4. n 5. Thadeus Piso d. libr. 4 cap. 1. numer. 7. & seqq. Bachovius in not. & animadvers ad Treutler. vol 2. disp. 19. th. 9. lit. A. pag. 145. & seq ubi illud explanatius persequitur: & ad contraria bene respondet.* Quanquam non desint, qui hoc casu donationem inter vivos esse negant. *Curtius Iun. consil. 56. num. 2 & 3. Parisius consil. 16. num. 13. lib. 3. Socin. jun. in l. qui Romæ. 122. § duo fratres. n 94. ff. de verb. obligat. & alii, quos refert Antonius Gabriel. Rom lib. 2 concl. commun concl. 9. n 2. vers. tamen contrarium. &c.* Quibus subscribunt quoque *Corasius & Giphanius in d. l. ubi ita donatur. 27. ff. de mort. caus. donat. Ant. Faber. decad. 45. de error. pragmat. error. 1. Forster. libr. 2. ad Instit. disp. 10. thes. 11. Ludvv. disp 6 ad just. ac Instit. th. 8. lit. b. & Hunn. libr. 2. variar. resolut jur. civil. tractat. 4. quæst. 2.* E- 4
nimverò sunt & alii casus, quibus licèt mortis mentio facta sit in donatione: tamen pro donatione inter vivos haberi debeat. Et sanè inter vivos, non mortis causa donatio intelligitur, si effectus & executio obligationis in eventum mortis differatur: atque adeò dilationis tantùm gratiâ in verbis executivis mentio mortis fiat: ut, si dicat donator: dono tibi talem rem, vel pecuniam solvendam post mortem: vel, dono tibi fundum, retento mihi usufructu pro vitâ mea. & usque ad mortem *argumento d. l. Seja. 42. §. ultim. ff. de mort. caus. donat. l 1. C. ut action. ab heredib. & contra heredes, &c. l hereditarium. 7. ff. de bon. auctorit. jud. possid. l. ult. Cod. de contrah. & committ. stipulat. & §. post mortem. 12. infrà, de inutilib stipulat.* Atque ita docent *Bartol. in d. l. ubi ita donatur. 27. ff. de mort. caus donat. Bald. in dict l. 2. C. de jure dot. Rom. in l. quæ dotis. 33 ff. solut matrimon. num. 8. ibiq; Alexand. num. 12. & Iason numer 35. Decius in l. fin. numer. 20. C. de pact Ruinus consil. 182. num. 5. lib. 1. Cravetta consil. 617. num 1. Natta consil 123. Roland. à Valle consil. 61. num. 13. vol. 2. Beroius cons. 60 num. 15. volum 1. Hippolytus Rimnald. hic num. 921. Mantica. d. lib. 1. de conject. ult. volunt. tit 13 num. 12. & 21 Menoch. d. libr. 3. præsumption. 35 n. 4. Thomingius d. decis. 20. n. 12. Hartman Pistor lib. 3. quæst. jur q. 8. n. 2 & 3 & D Bocerus d. cap 5. n. 17. Bulleus consil. 4. num. 8 pag 105. Pfeil. consil. 115. D. Besol. in delibat. jur. ex libr. 39 ff. quæst 3. p. 140. Thadeus Piso d. lib. 4. variar. resolut. c. 1. num. 6.* Quibus addatur Polydorus Ripa *in Comment. de actis in mortis articulo. cap 4. n. 11. & seq.* ubi ait, quòd in 5
dubio præsumatur donatio inter vivos, etiamsi facta sit in articulo mortis: siquidem eo casu, qui in mortis articulo constitutus donat, non tàm causa mortis, quàm moriens donare dicatur, *arg. d. l. Seia. 42. in fin. ff. de mort caus. donat. Oldrad. in terminis consil. 114. factum est tale. nu. 2. & seqq. ubi id latius declarat.* Præterea inter vivos, non mortis causa donatio existimatur, cùm quis donationem sub mortis mentione confert in aliquem, & ejus heredes: quandoquidem 6
mortis causa donatio ad heredes non transit. *Bald. & Salicet. in d. l 2. Cod. de iur. dot. Socin senior in l 2. nu. 11. ff. de legat. 1. & consil. 53 num. 5. vol. 1. & consil. 72. n. 5. vol 3. Alexand. consil. 14. nu. 4. vol. 1 Corneus consil. 289 num. 11. vol. 4. Ruinus consil 98 num. 16. & consil. 123 n. 6 vol 1. Cravett. consil. 314. num. 18. Roland. à Valle consil. 8 nu. 19. vol. 1. & consil. 61. n. 37. vol. 2. Aldobrandin consil. 93. nu. 8. Beerius decision. 353. num. 12. Covarruv de testament. part. 3 nu 25. Riminald. hic n. 927. Mantica d. lib. 1. tit. 13. num 13 Grassus d. §. donatio causa mortis. q. 1. n. 7. Piso. d. lib. 4. cap. c. nu. 14. Menochius d. præsumpt. 35. n. 7. Auctor consilij 23. Argentinens. num. 8. volum. 2. fol. 319.* Quamvis autem Antonius Faber, sub nomine Senatus Sabaudiæ, definierit: quòd donatarius, antè donatorem defunctus, donationem, etiam inter vivos factam, non ad heredem suum, sed

sed ad donatorem transmittat, *Codic. Fab. sub tit. de rev. don. defin. 21. per l. 1. ff. de mort. cauf. don.* attamen definitio isthæc nimis arenoso fundamento niti videtur. Nam argumentū à donatione mortis causa sumitur, ad donationem inter vivos: cùm tamen eę sint oppositæ species: & inter alia eo ipso differant, quòd donatio inter vivos fit, si quis eâ mente dat, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu (extra casus, à lege specialiter expressos, *sub tit. C. de revoc. don.*) ad se reverti: mortis autem causa donatio fit, cùm quis eâ mēte dat, ut statim quidem faciat accipientis: si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti. *l. 1. in princ. ff. de donationib.* Unde donatio mortis causa revocari potest, *ut latiùs explicatur infra n. 68. & seqq.* donationes verò inter vivos, si perfectæ sint, temerè revocari nequeunt, *§. 2. infra hoc tit.* Idque fusiùs executus est Forsterus junior *libro singulari, de deminto. c. 9.*
7 *num 237. & seqq. pag 353.* Adhæc sub commemoratione mortis facta donatio, non reputatur mortis causa donatio, si non quinque testes sint adhibiti. Hæc quippe donatio quinq; testes necessariò desiderat. *l. ult. C. de donati. cauf. mort.* Ne autem videatur donator elegisse viam, quâ sua dispositio evertatur & pereat: dicendum potiùs, inter vivos donatum fuisse. *l. si miles. 3. ff. de testam. milit. Cynus in l. licèt inter privatos. 19. Cod. de pact. Alexand. in l. quæ dotis. 33. nu. 13 ff. solut. matrim. & ibidem Iason. n. 46. & 47. Cerneus cons. 124 n. 3. & consil 259 n 9. lib. 4. Paris. cons. 90. n. 3. & 4. vol. 3. Purpurat. cons. 508 n. 4 Roland. à Valle d consil. 8. nu. 22. vol. 1. Socin. sen. consil. 137. lib. 1. Socin jun. consil. 21. vol. 2. Cravott. consil 32 n. 4. & consil. 227. in fin. Nattaconsil. 117. n 3. & 4 Bertrand. consil. 88. nu. 2. vol 2. Rimiald. hic n. 924 Mantica d. tit. 13. n 15. Menoch. d. præsumpt. 35 nu. 4 Hartm. Pist. d. q. 8. nu. 14. D. Bocer. d. Comm. de donat. cap. 5. n. 24. & Piso praallegato cap. 1.*
8 *nu. 15.* Sed & quod consanguinitatis causa sub mortis mentione donatur, inter vivos donari intelligitur. Ita sentiunt Roman *in d. l. quæ dotis. 33. ff. solut. matrim. Socin. sen. consil 177. col. 2. vol 1. Guilielm. Benedict. in c. Raynutius 16. verb. testamentum. numer. 23. Marant. consil. 14c. num. 9. Roland. à Valle consil. 61. numer. 49. vol 2. Cavalcan decision. 42 num 9. Menoch. d. præsumpt. 35. num. 39. Hartman. Pistor. d. quæst. 8. num 10.* hosque referens D. Bocerus *d. cap. 5. num. 21. Qui Interpretes recensent plures casus, quibus inter vivos donatio est, licet mortis mentio facta fuerit.*
9 Dixi in definitione, *mortis sua metu.* Si quis enim metu sive ratione mortis alienæ donet: id non mortis causa donatio, sed mortis causa capio appellatur: quæ latiùs patet, quàm mortis causa donatio: siquidem & mortis causa donationem, & mortis causa capionem in specie suo ambitu comprehendit *l. mortis causa. 31. & l. inter mortis 38. ff. de mort. cauf donat. D. Obrecht. in œconomia donat. disput. 4. th. 97 & seqq.*
10 Dixi, *in alterum præsentem.* Nam mortis causa donat, qui præsens præsenti dat, auctore Marcello *in d. l. inter. 38. ff. d. tit.* aut qui per nuncium, vel epistolam absenti acceptanti donationem, mortis causa donat, *juxta l. sed interim. 11. §. quādo. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. Hotomannum libr. 8. observ. cap. 18. Dn. Bocerum hic num. 22. pag. 207. Ludwell. d. disp. 6. ad Inst. th. 8. lit. b. Corneum cons 129. volum. 2. Ioannem Petr. de Ferrar. in sua pract. in forma libelli, quo agitur pro donatione. num. 7. Iasonem consil. 82. volum 3. hosq. referentem Hartmannum Pistoris lib. 1. quæstion. jur. quæst. 13. num. 6.* Et si verò mortis causa donatio non subsistit, si absenti absque epistolâ, vel nuncio, ad hoc destinato, facta sit: si tamen adhibiti fuerint quinque testes, valet ut fideicommissum. *l miles. 75. in princip. & l. cùm pater. 77. §. donationis. 26. ff. de legat. 2. Bartol in l. 1. circa finem ff. de mort. cauf. donat. Iul. Clar. dict. §. donatio. quæstion. 5. numer. ultim. Graff dict. libr. 1. sententiarum §. donatio causa mortis. quæstion. 9. numero. 5. Hoteman. consil. 13. numero 17. & libr. 4. observat. c. 28 Bocer. dict. cap. 5. numer. 7. Hartman. Pistor. dict. quæst. 13 num. 8. ubi plures citat.* Adde Bachovium eâdem de re subtiliter disputantem *in prædictis not. & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disputat. 19. th 9. liter. A. vers. in hac donatione p. 145. & seq.*

Quæstionis est haud inelegantis: an mortis causa donatio in præsentem & tacentem conferri possit? Et posse, non leves suadent rationes. Tum quia tacitus quoque consensus inducitur ex taciturnitate ejus, ad cujus commodum negocium, quod agitur, spectat. *l. 2. §. 1. ff. de pactis.* Tum quia taciti & expressi eadem & par virtus est *l. cùm quid. 3. ff. de rebus credit. l. 2. §. voluntatem. 2 ff. solut. matrim.* Tum etiam quia cum eredi tor tacentem debitorem alloquitur his verbis: *profiteor te non teneri:* pactum inter eos fieri Papinianus respondit. *l. tale pactum. 40. in princip. ff. de pact.* Atque ita docent *Angelus consil. 183. col. 1. Andreas ab Ex ea ad rubr. ff de pact. num. 48. Curt. jun. ad rubr. G. de pact. Alciat ad rubr. ff de verb. oblig. numer. 3. & ibidem Iason col 3. Covarruvias ad rubr. ext. de testament part 3. num 13. Cagnol in l semper qui non prohibet 90. num. 3 & 4 ff. de reg. jur Fernand. Vasq. lib. 2 controvers. illustr. cap. 62. num. 13. & tractat. de successiōn. progress. § 27. num. 32 & seq. Purpurat in l. regatis. 11. § si tibi. 1. numer. 64 ff. de reb. credit. hosq. omnes laudans Dn. Collega Bocer. d. Comment. de donat. cap. 5. num. 7 ubi non solùm dissentientes nonnullos refert; sed & eorum fundamentum refellit* 11

Dixi insuper, *rem aliquam ritè.* Quia licèt hæc donatio insinuatione non indigeat: tamen quinque testium requirit præsentiam: quoniam ultimæ comparatur voluntati *l. ultim C. de donat. cauf. mort.* in qua ad minimum quinque necessarii sunt testes *l ultim. C. de codicill. And. Rauchbar. quæstionum juris civil. & Saxonic. part 1. quæ. 32. num. 30. Bocer hic num. 26. pag. 208. & di. cap 5. num. 39. & seqq.* Sed videatur Antonius Faber *par. 2. de errorib. pragmat decad. 44. error. 1.* ubi errorem istum esse improbabilissimum asserit: ac proinde duos testes hic perinde sufficere debere contendit, atque in donatione inter vivos sufficerent. Vide quoque Bachovium, fusiùs hanc rem, explicantem *in dd. not & animadvers ad Treutl. vol. 2. disp. 19. th. 9 lit. E pag. 156. & seqq* Dixi postremò, *ut morte secuta ejus fiat.* Non enim perfecta hæc videtur donatio, antequam mors insequatur. *l. si mortis causa 29. v. si verò sic l. non videtur 32. & l. mortis 34 in fine. ff. de mort. cauf don.* 13 14

Species

15 Species hujus donationis mortis causa tres Iulianus refert. Vna est: cùm quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Altera: cùm quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertia: si quis periculo motus, non sic dat, ut statim faciat accipientis: sed tunc demum, cùm mors fuerit insecuta *l. 2. ff. de mort. caus. donat.* ubi Castrensis tres istas species reducit ad duas: *quem sequitur De Obrechtus prædicta disputat. 4. thes. 14 cum seqq & D. Bocerus hic num. 31. item class. 2 disputat. 19 th. 56. & seq. edit. 2.* Et licèt quandoque ita donetur mortis causa, ut statim res fiat accipientis: non tamen perfectè ipsius fit, antequam mors donatoris insequatur *d l. si mortis causa. 29. ver. si verò sic. & dict. l. non videtur. 32. ff de mortis caus. donat D. Bocer. d. disput. 19. thes. 58. & hic numer. 32. p. 209.*

16 Etsi porrò Iustinianus Imp. apertè statuit, hanc donationem mortis causa legatis simillimã, & per omnia exæquatam esse, *hoc §. nostro. in vers. hæ mortis causa donationes, &c.* hoc tamen non ita simpliciter & absolutè intelligendum esse, ipse Iustinianus indicat, dum statim particulam illam *ferè* subjungit. Ista quippe exæquatio procedit solummodo quoad effectus, non etiam quoad substantiam & formam legatorum, ut Imperator ipse disertè se interpretatur *in l. ult. C. de donationib. caus. mort.* istis finalibus verbis: *& omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates: neq; ex quacunq; parte absimilis eis intelligatur.* Et sanè mortis causa donationem quoad principium & sui in esse productionem æquiparari contractui: quoad effectum verò, & quatenus in esse producta est, ultimæ voluntati omnino similem esse, tradunt, post alios, Iulius Clarus *d. lib. 4 sentent. §. donatio. quæst. 5. nu. 1.* Michael Graff *dict. §. donatio causa mortis. quæst. 2.* Thadeus Piso *d lib 4. var. resolut. cap 2.* Daniel Moller *libr. 5. semestr. different 59. num. 2* Andr. Rauchbar. *d. quæst. 32 numer. 42. part. 1.* Modestin. Pistoris *cons. 1. num 8 volum 1.* Busius *ad l. inter. 38. num. 3. ff de mort. caus. donat. &* D. Bocer. *d. Commentar. de donationib. c. 5. numer. 47.* Tametsi hanc traditionem semper sibi suspectam & dubiam visam esse, non diffitetur Timæus Faber *disput. 17. ad Institut. Imperial. th 3. Adde Locamerum quæstionum juridic. fascic. 25 quæst. 6* Ce-

17 terùm utrùm quævis mortis causa donatio, non solum si facta sit ex testamento, sed etiam si facta sit ab intestato, legatis connumeretur & exæquata sit, non usquequaque expeditum est? Et (nihil remorante contrariâ Cujacii opinatione *lib. 3. observat. cap 17. circa finem. & lib. 20. c 6. post medium item tract. ad African 2. in l si filiusfamilias. 23. ff. de mort. caus donat.* ejusque asseclæ Ioannis Borcholten *hic num. 5.* & Heigii *num. 16. & seq.*) affirmantium sententia, utpote verior, mihi magis placet. Tum quia Iustinianus *in d l. ult, C de mort. caus, donat.* generaliter sancit, *omnes* mortis causa donationes legatis exæquari. Tum quia post hanc emissam constitutionem nullibi distinguit, utrùm ex testamento, an verò ab intestato deferatur donatio. At sine dubio alicubi vel leviter saltem isthanc distinctionem attingeret, si distinguendum esset, *Novell. 87. in præfat.*

Neque refragatur *l. si filius. 20. ff. de legatis præstand.* 18 in cujus fine apertè Marcianus respondit: mortis causa donationum, ab intestato factarum, & legatorum comparationem nullam occurrere. *Nam* loquitur ibi Iurisconsultus de bonorum possessione contra tabulas, quam negat filio dari, si pater quid donaverit mortis causa intestatus. Nullæ enim sunt tabulæ, contra quas ei detur bonorum possessio. Siquidem tabulas, hoc est, testamentum non fecerit pater, sed intestatus decesserit. Secus verò est, si pater testatus quid dederit alicui mortis causa. Hic etenim occurrit comparatio legatorum, & mortis causa donationis, non etiam ibi. Iure namque Pandectarum solo testamento legatâ relinquebantur, non item ab intestato *l. legatum. 116 in princ ff. de legat. 1. l. legatum. 36. ff. de legat. 2* Illa autem legatorum & mortis causa donationis exæquatio perfectè facta est Iustiniani constitutione, *in d. l. ult. C. de donat. causa mort. & hoc § in vers hæ mortis causa donationes. &c.* Atque ita rectè scribunt *D Bocerus hic num 35. pag. 209. & d. Commentar. de donat. cap. 5. num. 44. & seq cum 2. Donell. libr. 14. Commentar. de jure civ. c. 33 Hotoman. in d. l fin. Cod. de donat. caus. mort hosq; citans Hunnius lib. 2. variar. resolut jur. civ tractat. 4 quæst 3.*

Cum itaque jam manifesto manifestius sit, legatis 19 per omnia exæquatam esse donationem mortis causa: non immeritò vocatur in quæstionem: num consimiliter ex donatione mortis causa dominium, mortuo donatore, rectâ viâ & ipso jure citra traditionem donatario acquiratur: ut ex legato rei legatæ dominium statim post mortem testatoris transferri in legatarium, certum est? *l. legatum. 80. ff. de legat. 2 l. 1. in fin. ff. de Public. in rem act. l. à Titio 64. ff. de furt.* Et dominium rei, mortis causa donatæ, ad donatarium rectâ via transferri, perspicuè satis evincit textus *in d. l. fin. Cod. de donat caus. mort.* quâ cautum est, donationem mortis causa assimilari legatis, omnesq; effectus sortiri debere, quos ultimæ habeant liberalitates. Atqui legata 20 hunc etiam effectũ habent: ut ipso jure dominiũ transeat ad legatarium, nec ad illud transferendum opus sit ullius traditione, ut modò probatum *ex d. l. legatum. 80. ff. de legat. 2. & simil. lib.* Ideoque eundem hunc effectum donationem quoque mortis causa habere, necessum est. Deinde ipse Iustinianus *in hoc § nostro.* testatur, donationem mortis causa *per omnia* ad exemplum legatorum redactam, sive iis exæquatam esse. Proinde quod juris obtinet in legatis, idem quoque in donatione mortis causa obtinere consequens est: nisi alicubi diversum à Iustiniano constitutum reperiatur. Atqui verò quoad præsens negocium nulla reperitur in jure nostro, præsertim recentioribus in constitutionibus, differentia constituta: ac propterea nec nostrum erit differentiam constituere. *Ita disertè docent Didacus Covarruu in rubr. de testament. part 3. num. 16. D. Bocer. d. Commentar. de donationib. c. 5. n. 48. & Hunnius. d. lib. 2. tract 4. q 4.*

Hanc sententiam haud subvertit *l. traditionibus. 20. Cod de pactis.* ubi Impp. Diocletianus & Maximianus 21 rescribunt: traditionibus & usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferri. *Nam* in eâ non omnes

omnes

mnes modi acquirendi dominium enumerantur; sed ad propositam quæstionem à supplicante & consulente emissam, Imperatores rescripto suo respondent. Quæ quæstio fuit: an nudis pactis sive obligationibus dominia rerum transferantur? Quod Imperatores illic negant: & rectè quidem, *argument o l. obligationum 3. in princ. ff. de obligation. & actionib. D. Bocer. dicto loco.*

22 Præterea quemadmodum Lex Falcidia legatis: ita & mortis causâ donationibus modum imponit. *l. si mortus 5. l. in donationibus 12. l penultim. C. ad l. Falcid. l. 2. C. de donationibus causa mort.* Sed & si post

23 mortem donatoris, rem sibi donatam absque voluntate heredis occupaverit donatarius: datur heredi interdictum, *quod legatorum*: ut recipiat rem donatam, & sibi Falcidiam servet per retentionem, *ut docet Cujacius lib. 10. observ cap. 28. eumq; referens D. Bocer d. class. 2. disputat. 19 thes 62. & d. Commentar. de donat. cap. 5 numer. 52. edit 2.* Quanquam, *post alios*, dissentiant *Anton Faber part. 2. de erroribus pragmat. decad. 44. error. 6. & Forster. libr 2. disput. 10. thes. 5.* Cæterum in quibus donatio mortis causâ & legatum conveniant; in quibus item differant, accuratè exponit Bachovius *in præfatu not. ad Treutler. volum. 2 disput. 19. th. 9. lit B. pag. 149. & seqq. itemq; in hoc §. nostro pag. 368.*

24 Porrò cùm donatio causâ mortis ultimæ voluntati comparetur, *hoc § nostro. vers. hæ mortis, & c. d. l. ult. C. de donat. caus. mort.* poterit mortis causâ donare omnis, qui & testamentum facere, etsi non faciat, *l. tam is. 25. in princip ff. de mort. caus. donat.* Ideoque qui testari prohibentur, ut pupillus, furiosus, servus, condemnatus ad mortem, & alii, *de quibus tot tit. infr. quibus non est permiss fac. testament.* nec mortis causâ donare possunt, *arg dict. l. tam is. 25 ff. de mort. caus. do-*

25 *nat.* exceptio filiofamilias. Hic enim licet, consentiente etiam patre, testamentum condere nequeat: mortis tamen causâ, patre expressè permittente, donare non prohibetur, *d. l. tam is, 25. §. 1. ff. eod. l. filiusfamilias*

26 *as 7. §. part. 4. cum seq. ff. de donationib.* Ratio differentiæ potissima hæc esse videtur: quia testamenti factio publici est juris, *l. 3. ff. qui testament. fac. poss.* quod jus privatâ patris auctoritate immutari nequit, *l. jus publicum. 38. ff. de pact. l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1.* At mortis causâ donatio est juris privati: quoniam privatorum voluntate datur. *D. Obrecht. in Oeconomia donationis, & c. disput. 4 thes 38. & seq. Anton. Faber. d. part. 2. de erroribus pragmat. decad. 43. error. 6. cum seqq. & docui ad principium tit infr. quib. non est per miss fac. testament. num. 15. & seqq.* Eamque rem, *post alios*, uberiùs explicant *Matthias Berlichius conclusion practicab. part. 3. conclus. 1 numer. 9. cum sequentibus & Thadeus Piso libr. 4. variar. resolut. c. 4. num. 3 & seq.*

27 Cùm autem certum sit; filiumfamilias sine expresso patris consensu de bonis profectitiis, vel adventitiis, quorum ususfructus ad patrem pertinet, non posse quicquam mortis causâ donare: haud inconvenienter dubitatur, an idem dicendum sit de istis bonis adventitiis, quæ pleno jure ad filium spectant, quorumque ususfructus patri non quæritur? Et licèt non desint, qui opinantur, filiumfamilias his casibus, quibus ususfructus bonorum adventitiorum non ad patrem, sed ad ipsum filium spectat, ea bona absque patris consensu mortis causâ donare posse. *Bartol. in Novell. 117. cap. 1. §. 1. numer. 7 Romanus in auth similiter numero. 77. C. ad L. Falcid. & in consil. 512 colum. 1. vers fallit secundò in adventitiis, & c. Paulus de Castro in dict. l. tam is. 25 §. 1 ff. de mort caus. donat. Iason in l. nemo. 11. C. qui testamenta fac poss. Crotus in l frater à fratre. 38. ff de condict. indeb. Guiliem de Benedict. in c. Raynut. 16. in verb. matrem numer 43. de testament. Cravetta consil. 92. numer. 1. Paris cons. 157. num. 17. vol. 4. Fachineus libr 5. controvers. jur. cap 25 & novissimè Hunnius lib 2. var. resolut. jur. civ. tract 4. quæst. 5.* contrariam tamen sententiam, tanquam veritati propiorem & receptiorem, probarunt *Alexander in dict. l. nemo. 11. num. 2. C. qui testam fac poss. Socin. in l. 2. nu. 15. ff. de legat. 1. item consil. 112 vol. 1. & consil. 172. vol. 2. Rubeus consil 46 num. 2. & cons 127. Covarruv. in rubr. de testament. part. 3. num. 8 & 9. Riminald. ad princip. hujus tit. num. 1336. cum sequentibus. Clarus libr. 4. sentent. § donatio. quæst. 6. num 3. Michael Grassus lib 1. recept sentent. §. donatio causâ mortis. quæst. 3. num 1. & Thadeus Piso d. lib. 4. var. resolut. cap. 4. nu. 5. vers contrariam tamen, & c.* Pro quâ sententia primò adduci solet textus *in d. l. filiusfamilias. 7. §. fin. ff. de donationib.* ubi filiusfamilias ideo castrensia bona donare mortis causâ potest sine patris consensu: quia de iis etiam testari potest. Ergo bona illa, de quibus testari non potest, sine patris consensu donare causâ mortis non poterit. Iam verò probabilior est, communiorque DD. traditio: quòd de illis quoque adventitiis bonis, quorum ususfructus non quæritur patri, filiusfamilias testandi licentiam non habet, *l. penultim. ibiq; Bartol. Corn. Alexand. & Iason. Codic. qui testament. fac. poss. & abundè ostendimus ad principium tit. infr. quibus. non est permiss. fac. testament. num. 29 & seqq.* Deinde huc facit, quòd consensus 28

patris requiritur in donatione causâ mortis, quam facit filius, non propter præjudicium patris, sed ad integrandam sive habilitandam personam ipsius filii, & sic ad auctoritatem & solennitatem actûs, *per notata glossa in l. fin. in princip. vers necessitate. super verb. imponenda. C. de bonis, quæ liberis, & c.* ubi Baldus dicit, *adhæreas huic glossæ: quia nunquam errabis.* Atqui hæc ratio militat etiam in adventitiis, quorum ususfructus ad patrem non pertinet. Ergo statuendum: quòd nec ea donare filius valeat causâ mortis sine consensu patris: cùm integram personam ad donandum absque patris permissu non habeat. Præterea hanc confirmat conclusionem textus *in dict. l. fin. §. ipsum autem filium. 5 vers. filiis autem familias C. de bon. quæ liber.* ubi quemadmodum decid.tur, quòd filius non possit sine voluntate patris alienare adventitia, quorum ususfructus ad patrem spectat: ita eodem modo dicendum est, quòd nec etiam possit alienare absque eius consensu illa bona adventitia, quorum ususfructus non quæritur patri, propter rationem illic hanc generalem sub-29

30

subjectam: *Melius enim est coarctare juveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium.* Quæ ratio cùm utrique casui semper conveniat: meritò, vigore rationis generalis, in utroque etiam casu ejusdem legis decisio locum habere debet, *arg. l. illud quæsitum 32. ff. ad leg. Aquil. l. quadam. 9. §. nummularios. ff. de edend. & l. à Titio 108. ff. de verb. obligat.*

31 Huic sententiæ non obstat *d. Novell. 117. c. 1. § 1.* ubi in bonis adventitiis, quorum usus fructus non pertinet ad patrem, datur licentia filiis disponendi, quo velint modo, adeoque sine consensu patris. *Nam* textum istum non de dispositione testamentariâ, vel donatione causa mortis: sive ultimâ voluntate, sed de dispositione administratoriâ inter vivos, intelligendum esse, demonstravimus *ad principium. dict. titul. infr. quib. non est permiss. fac. testament. numero 33.*

32 Nec adversatur verbum illud, *velint*: quod liberam voluntatem importat, *argum. l. cùm quidam. 24. ff. de legat. 2. & l. fideicommissa. 11. §. quanquam. 7. ff. de legat. 3.* Etenim dum ibi datur licentia filiis perfectæ ætatis, quo velint modo, disponendi de illis bonis: non intelligitur quoad actum alienandi, etiam inter vivos, utpotè vendendo, aut donando: sed quoad gubernationem & administrationem. Quoniam textus iste corrigere voluit jus antiquum, quod in dictis bonis deferebat administrationem legitimam patri, cujus in potestate erant filii. *l. 1. Cod. de bonis maternis.* atque constituit textus ille, quòd hoc casu, quo scilicet patri non quæritur usus fructus, administratio non deferatur. Et quòd hæc sit illius textûs mens & sententia: inde evincitur, quòd Iustinianus inter cætera subdit: *Si verò ætate minores sint: per quem perspexeris testator, aut donator, hac gubernentur, &c. Sin minùs, detur curator fide dignus à judice competente, qui debeat relictam talibus personis substantiam gubernare atque custodire, donec illi ad perfectam ætatem perveniant.* Sicut enim hoc in casu Imperator perspicuè loquitur de administratione & gubernatione: ita quoque in præcedenti casu, ubi conceditur filiis facultas disponendi, quo voluerint modo, exaudiri debet de libera dispositione in gubernando & administrando, non autem in alienando, ut benè explicat Thadeus Piso *d. libr. 4. variar. resol. c. 4. num. 5. vers. ad primum respondeo &c. pap. 218.*

33 Similiter non resistit textus *in auth. econtrà. C. de repudiis.* ubi quemadmodum in contrahendo matrimonio consensus patris requiritur: ita & in dissolvendo. Eoque facit *l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* Sed in revocandâ donatione, causa mortis factâ à filio de re sua cum consensu patris, non requiritur ejusdem patris consensus, *ut constat ex notatis per Dynum, Cynum, Salicetum, & cæteros in l. nec fratris 3. Cod. de donationibus. caus. mort. & Tiraquellum in tract. de jure primigenior. qu. 68 num 4.* Ergo neque requiri debet consensus patris in contrahendâ & conficiendâ ipsâ donatione: quia si in ejus confectione esset necessarius: etiam in revocatione omnino desideraretur, *arg. dict. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* Iste, *inquam,* textus non resistit: quia regula inde desumpta procedit, quando eadem militat, vigetque ratio in revocatione, quæ in confectione sive inductione, *per tradita à Cagnolo in l. unic. C. quando non petent. part. potentibus accrescant. num. 17. Aretino, Secine, & aliis in rubr. ff. de acquirend. vel amitt. possess.* Ast in inducenda donatione causa mortis agitur de privando patre luctuosâ successione filii præmorientis, *juxta l. nam & si parentibus. 15. in princ. ff. de inoffic. testament.* In revocatione verò agitur de confirmanda potius dictâ successione. Cùm igitur utrobique diversa militet ratio: regula ista locum sibi vindicare non potest. *Sed consulatur Thadeus Piso d. c. 4. nu. 5. ubi & alias objectiones sufficienter diluit.*

Est & illud dubitationis plenum num filius familias patri suo consentienti causa mortis donare possit? 34 Ajens opinio arridet *Alexandro & Iasoni in l. 1. §. fuit quæsitum. ff. ad SC. Trebellian. Baldo in in consil. 59. lib. 2. Bertrando consil. 156. num. 10 & consil 162. libr. 1. in part. 2. Fachineo libr. 5. contro vers. jur cap. 26 & D. Bocero in Commentar. de donationibus. cap. 5. numer 38.* At partem negativam tenent *Glossa & Bartol. in l. 1. ff. de auctorit. & consens. tutor. Imol. Roman. & Soc. in dict. l. 1 §. fuit quæsitum. ff. ad SC. Trebellian. Decius in senium. 3. num. 56. C. qui testam fac. possunt. item consil. 245. & consil 279. Corneus cons 494. volum. 1. Rubeus cons 46. & con. 127. Tiraquell. de legibus connubial. glos. 8. num. 115. Paris. consil 97 num 21 libr 3 Ioan. Dilectus Durantes in tract. de arte testandi. tit. 1. cautel. 1 num. 4. Covarruv. in rubr. de testam. p. 3. nu. 7. Clarus lib. 4. sent. §. don. q. 6. n. 7. Grassus. lib. 1. recep. sentent. §. donatio causa mortis. quæst. 3. numer. 3. Hippolytus Riminald ad principium hujus tit. num. 1347. hosq; referens Thadeus Piso. d. lib. 4. var resolut cap. 4. nu. 6.* Rationem hanc assignant: quia cum consensus patris in donatione filii intervenire debeat, non respectu præjudicii, quod ipsi patri fit respectu sui usufructûs, sed ad solennitatem actus, & ad integrandam personam filii, *ut suprà numer 29. monitum:* ideò non est mirum, si non possit consentire filio sibi donanti causa mortis: quia non potest integrare personam filii ad proprium commodum: cùm auctoritas 35 cuique in causa propriâ patrocinari nequeat. *d. l. 1. ff. de auctoritat. & consens. tutor.* Et ab hac opinione, ceu communiori & veriori, non recedendum esse in judicando, affirmat Clarus *loco modò annotato.* Eidem assentiri videntur *Andreas ab Exea in libro pactor. num. 95 & 386. aliiq; quos refert Hieronymus de Cavallos in speculo aur. opinio com. contra commun. tom. 1. quæst. 232. circa principium.* Poterit tamen pater, cui velit filius, donare causa mortis, adhibere in tali donatione auctoritatem judicis: & sufficiet, *arg. l. si furiosi. 25 C. de nupt. Ioan. Dilectus. Grassus, Clarus, Covarruvias, Piso, & alii locis præallegatis.*

Moveri solet illa quoque quæstio: ecquid pater consensum filio præstitum, adhuc vivente filio, revocare possit? 36 Pro cujus quæstionis resolutione Doctores nonnulli sic distinguendum existimant: Aut filius donavit rem suam propriam: & tunc pater revocare nequit: quia filius est, qui donat: & pater tantum donationis

37 nationi consentit. Unde aliud est, donare: aliud donanti consentire. *l. aliud est vendere. 160 ff de regul. jur.* Aut verò filius donavit rem patris: & tunc quia talis donatio & auctoritate & utilitate à patre procedit; dicendum est, quod ab eodem patre etiam revocari possit. *Dynus & Cynus in l. nec fratris. 3. Cod. de donat. caus. mort. Bartol. in l. 2 §. numer. 5. ff. hoc tit. Bald. in d. l. senium. 3. numer. 3 C. qui testam. fac. poss. Ancharan. consil. 76. num. 2. & hos laudans Thadaus Piso d. lib. 4, cap. 4. numer. 9. vers. ego pro resolutione, & c pagin. 221.* Sed alii indistinctè concludunt: quod pater semel consentiens pœnitere, & donationem mortis causa per filiumfamilias factam revocare nequeat. Et quidem, mortuo filio, res minori dubio laborat: quoniam hæc donatio mortis causa statim morte solius filii confirmatur: nec opus est, ut etiam pater moriatur, *per notata Accursii in dict. l. nec fratris. 3. Cod. de donat. caus. mort. Ioannis Andrea in addit. ad Speculat. libr. 2. parte. 2. tit. de instrument. edit. §. porro. 14. numer. c. lit. c. Rolandi à Passager. in tractat. de mort. caus. donat. numer. 16. ibi, juxta præmissa quare, &c.* Si igitur morte filii confirmata erit: nec per patrem, vel per quemcunque alium revocari poterit. Idem pronunciandum videtur, si filius adhuc vivit: quòd scilicet pater donationem revocare non valeat: sed revocandi potestas ad solum filium spectet. Tum quòd per ejusmodi consensum filiofamilias semel sit jus quæsitum, *arg. l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat. dict. l. filiusfamilias. 7. § part. 4. & seq. ff. hoc tit.*
38 Ius autem alicui semel quæsitum, ei invito auferri non potest. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. iur.* Tum quòd ille, cujus consensus ad aliquem actum requiritur, si semel consensit, consensum revocare haud possit: id quod aliquot exemplis declarat, probatque Matthias Berlichius *conclusionum practicabil. part. 3.*
39 *conclus. 1. numer. 25.* At quid, si filiusfamilias sine consensu patris, mortis causa donaverit, & postea pater præmoriatur: an hæc donatio per mortem patris confirmabitur, absque eo, quòd filius de novo mortis causa donet? Quod affirmandum censent *Baldus in l. 1. C. de SS. Eccles. numero sexagesimo quinto. Petrus Paul. Paris. in addit. ad Bartol. in dict. l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat. numero sexto. lit. D. post. princip. & Berlichius dict. conclusi. n. 1. numero 26.*

40 Minimè prætereundum hoc loco est & illud, utpote non parùm controversum: si filiusfamilias testamentum faciat cum consensu patris, adjectâ clausulâ codicillari: *si non valet jure testamenti, valeat jure codicillorum, & cujuscunque alterius ultimæ voluntatis*: utrùm in vim donationis causa mortis valere possit? Et quidem valere, multi astruunt, hoc fundamento innixi: quia cùm facta sit mentio specierum ultimæ voluntatis, nempe testamenti & codicillorum: subsequens clausula generalis non possit ad aliam speciem, quàm donationem causa mortis referri: & consequenter perinde videatur, ac si expressè illius mentio facta esset. *Alexander & Angel. in d. l. senium. 3. C. qui testam. fac. poss. Paulus Castrens. in l. qui in potestate. 6. num. 6. ff. d. titul. Roland. à Valle consil. 68 num. 9. libr. 4. Antoninus Tessaur. decis. Pedam. 150. n. 12. Viglius in princip. tit. infr. quib. non est permiss. fac. testam. numto. Clarus prædicto §. donatio. q. 6. num. 9. in fine, hocque citans Fachineus lib. 5. controversiar jur. cap. 64.* Verùm contrariam sententiam non sine ratione defendunt *Speculator in tit. de instrumentor. edit. § compensiesè. vers quid, si filius, &c. Socinus senior. consil. 112. num. 7. libr. 1. Covarruv. d. rubr. de testament. part. 3. num. 10. Grassus dict. §. donatio causa mortis q. 3 numer. 5. vers. sed contrarium, &c. & Thadeus Biso d. lib 4. var. resolut. c. 4. num. 8. vers. sed contrarium tenet, &c.* Tum quia donatio causa mortis & ultima voluntas sub generalibus illis verbis comprehendi nequit: eò quòd à filiofamilias fieri non potest, etiam patre in specie consentiente, si ut ultima voluntas judicetur, *arg. l. institutio 32. in princ. ff. de hered. instit.* Tum quia in donatione causa mortis requiritur patris 41 consensus expressus & specialis, neque tacitus sufficit. *dict. l. filiusfamilias. 7. § sed enim meminisse. 5. ff. hoc tit.* Nostro autem in casu non potest dici, patrem expressè & specialiter consentire filio in donatione causa mortis. Ideòque mirum non est, si à filio relictum in vim donationis causa mortis valere non debeat. E- 42 nimverò id quoque hic notandum est: quòd expressus iste consensus, per patrem præstandus, per epistolam præstari queat: ut, *post Antonium de Tremolis in addit. ad Practic. Benacurs.* tradunt *Grassus d. quæst. 3. in fine. & Piso d. cap. 4. num. 8. in fine.*

De adulto, minore 25 annis, curatorem habente, 43 ambigitur: an absque consensu & auctoritate curatoris; donationem mortis causa in aliquem conferre possit? Quod licèt negent *Baldus ad tit. 53. de pace tenenda inter subditos. §. item sacramenta. libr. 2. feudor. Alexander ad l. 2. ff. de legat. 1. numero 15. ibidemque Ripa numero 10. nec non Socinus junior num. 62. Aretinus in l. si curatorem. 3. num. 3. C. de in integr. restit. minor. & Anton. Faber part. 2 de erroribus pragmaticor. decad 46 error. 9.* attamen affirmantium sententiam veriorem esse arbitror. Tum quia puberes, in- 44 consulto inscioque curatore testari posse, in confesso est. *Aurelio 20 §. 1. ff. de liberat. legat. l. à qua ætate. 5 ff. qui testam. fac. poss l. si frater 4. Cod. eodem.* Ergo & irrequisito ejus consensu, mortis causa donare poterunt: quoniam cui illud licet, eidem etiam hoc licet. *l. Marcellus. 15. & l. tam is. 25. ff. de mort. caus. donat. l. 1. ff. de tutele, & rationibus distrahend. l. cùm hic status. 32. §. si miles. 8. ff de donat inter vir. & uxor. d. l. filiusfamilias. 7. in fine. ff. hoc titul.* Tum quia ille, 45 qui mortis causa donat, non obligatur donatario: sed donationem hanc quovis tempore revocare potest *l. mortis causa. 16. ff de mort. caus. donat. & docebitur accuratius infrà suo loco.* Atq; huic suffragantur conclusioni *Baldus sibi contrarius in d. l. 1 ff. de tutela & rat. distrah. & d. l. si curatorem. 3. C. de in integr. restit. minor. Grassus in d. §. donatio causa mortis. q. 4. Thadeus Piso d. lib. 4. c. 4. n. 12. Busius d. l. tam is. 25. nu. 2 ff. de mort. caus. don. Fach. lib. 5. controv. jur. c. 61. D. Bocer. d. Comment. de don. cap. 5. nu. 31. Tiraquellus. ad l. si unquam. 8. in verb. donat. largitus. n. 253, & seq. C. de revocand. donat. aliiq; ab eo allegati.* Et ita etiam respondisse inclytum Facultatis juridicæ Collegium in Academiâ

demiâ nostrâ Tubing. 22. Decemb. Anno 1612. attesta-
tur Dn. Collega Besoldus *cons. 21. vol. 2.*

Nunquid manifestus usurarius, qui testari prohibe-
46 tur, etiam mortis causa donare vetetur ante præstitam
cautionem idoneam de restituendis usuris, discepta-
tio haud levis est? Et quòd mortis causa sine dicta cau-
tione donare non prohibeatur, censent *Baldus in l. ex-
ecutorem. 8. numero 11. C. de execut. res jud & cons. 298.
lib. 2. Ripa in d. l. 2. numer. 7 ff. de legat. 1. Imola & Ro-
manus in dict. l tam is. 25. ff. de mort. causa donat. Pro-
bus ad c quanquam 2. numer 15. de usur. in 6. Angelus
in sua disputat. quæ incipit. Astensis insles. quæst. 4. Ca-
strens. cons. 160. libro. 1. Decius cons. 196. Capra
cons. 92. Guielhelm. de Benedict. in c. Raynu-
tius. 16. de testament. in verb testamentum. Covarruv
in rubr. de testament part. 3. num 11. Tiraquell. in tract.
de legib. connubial. glos. 5. num 77. Petrus Heigius par.
2. quæst. 17. num. 43. & Matthias Berlichius d. part. 3.
conclusion. practicabil. conc. 1 numer. 27.* Sed contra-
rium, quòd videlicet usurarius manifestus donatio-
nem causa mortis, priusquam præstiterit cautionem
de restituendo usuras sufficientem, facere minimè pos-
sit, tenent *Baldus (parum sibi constans) consil. 294.
numer. 1. & seq. vol. 2. Lapus allegat. 125. Ioan. Dilect.
Durant. in tractat. de arte testandi. tit. 1. cautel. 7. nu.
2. Laur de Rodulphis in tr. de usur q. 100. Ioannes de A-
nan. in c. quia in omnib. 3. col. 16 de usur. Philippus Frã-
cus ad rubr. de testament. libr. 6. num. 34 Socin. jun.
in dict. l. 2. num. 22 & 25 ff. de legat 1. Grassus dict. libr.
1. recept. sent. § donatio causa mortis. quæst. 5 Natta in
l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. num. 45. C. de
testament. Hippolyt. Riminald ad principium hujus tit.
num. 172. Petr. Nicol. Mozz. in tract de donat. tit. de
person. inter quas cadere possit donatio. num. 28. D. Bo-
cer. d. Comment. de donat. cap 5. numer. 32. Dominic
Cardinal Tuschus practicar. conclusion. 662. numer 2.
& seqq lit D. tom. 2. Fachineus dict. lib 5. controvers
jur. c. 62 Piso d libr. 4. var resol. cap. 4. numer. 13. &
Nicol. Reusner. in tract. de jure testament. part 2. cap
47 num. 9.* Fundamentum hujus assertionis illud est:
47 quia si usurarius manifestus testamentum facere non
potest *d. c. quanquam, 2 in fine de usur. in 6.* sequitur,
quòd nec codicillos facere possit. *l. divi. 6 §. codicillos
3. ff. de jur codicill.* nec legata relinquere (Nam is lega-
re potest, qui testamentum facere potest. *d. l. 2 ff de le-
48 gat. 1.*) & consequenter nec donare mortis causa Quod-
cunque enim in legatis juris est, id in mortis causa do-
nationibus erit accipiendum, *auctore Vlpiano in l. illud
37. ff. de mort. caus donat.* Deinde, quia Pontificis con-
stitutio *in d. c quanquam, de usur. in 6.* favorem ani-
mæ usurariorum concernit. Evitant enim usuras illi-
citas homines, quando non ignorant, ob earum exerci-
tium testamenti factionem sibi interdictum esse. Proinde
facilè extendi constitutio illa potest ac debet ad dona-
tionem causa mortis: præsertim cùm in hac eadem
ratio militet. Etenim similiter usuras declinabunt, qui
in animo habent fœnerari, scientes, se donare mortis
causa non posse Idcirco, & idem jus mentò esse debet.
49 *l. illud quæsitum. 32. ff. ad leg. Aquil & similibus.* Præ-
terea, quia quælibet juris dispositio semper sic est in-
terpretanda, ne fiat elusoria. *l. si prætor. 71. ff. de judic. l.
ultim. in fine ff. de locis & itinerib. public. c. si civitas.
17. de sentent. excommunicat. libr. 6* & ut frans exclu-
datur *l. contra legem. 29. cum l seq. ff. de legib. l. item si
filius familias. 7. § mutui. 3 ff ad SC. Macedonian.* Iam
verò si usurarius posset donare causa mortis: facilè elu-
deretur dispositio *dicti c quanquam. de usur. in 6.* Si-
quidem quod ipse non posset facere per testamentum,
faceret per donationem causa mortis. Item fraudibus
via aperiretur: quia quod unâ viâ ipse non posset, aliâ
via faceret, *contra cap. cùm qui una, 84. de reg. jur.
in 6.* 50

Non evertit hanc sententiam, quòd donatio causa
mortis, quoad sui in esse productionem sive solenni-
tatem & formam, magis contractui, quàm ultimæ vo-
luntati, accedit & æquiparatur, secundùm ea, quæ an-
notavimus *suprà num 16.* Sed prædicta cautio respi-
cit ordinationem & solennitatem testamenti, Ergo do-
natio causa mortis non debet censeri prohibita usura-
rio, cui testamentum prohibetur. Hoc, *inquam*, argu-
mentum nostram sententiam non evertit. Quia præ-
fata cautio neque ordinationem testamenti respicit;
neque de forma, vel solennitate testamenti esse puta- 51
tur. Ea namque dicuntur de formâ, aut sub-
stantiâ, quæ in ipso actu contemporaneè requi-
runtur, *per notata in cap. 1. de baptismo. & l. cùm
hi. 8. § si prætor. 17 ubi Ioan. de Imol ff. de transactioni-
bus.* Atqui cautio isthæc potest ex intervallo interponi,
fierique testamentum, etiamsi de illâ in eo nulla men-
tio habita fuerit, *ut sentiunt glossa finalis, Ioan. Andr.
Gemin: an. Petr. Ancharan. Philippus Francus, & alii
in d. c quanquam, &c* Ergo ordinationem testamen-
ti non respicit Ita quoque docet Thadeus Piso *d cap. 4.
numer. 13 vers. ad primum, &c. pag. 223. ubi & aliis ob-
jectionibus satisfacit.*

Enimverò illud limitationem in Iudæo recipit. Is e- 52
nim quantumvis publicè fœneretur: nihilominus ta-
men & testari, & donare causa mortis poterit, nullâ
priùs cautione præstitâ de restituendis usuris, *ut quã
in d. c. quanquam 2. de usur in 6* Ratio hujus limita-
tionis hæc affertur: quia pœna ecclesiasticæ sepultu-
ræ & confessionis, quæ ibi manifesto usurario denega-
tur, Iudæo non convenit Cum igitur non conveniant 53
verba: nec dispositio convenire debet, *arg. l. dies. 4 §. to-
tiens 6. ff de dam. infect.* Nec moverit, si objiciatur:
quòd, quantum ad pœnam annullationis testamenti,
optime congruat etiam Iudæis prohibitio Romani
Pontificis, facta ad coercendum usurarum exercitium:
& ideò licèt quoàd alias pœnas verba eis non conve-
niant: tamen nihilominus eadem lex locum habere
debeat. *Quoniam respondetur:* quòd quamvis dispo-
sitio *dicti c. quanquam* emanuerit ad coercendum u- 54
surarum exercitium: attamen cùm tale vitium animas
concernat: & in his, quæ salutem animarum respi-
ciunt canones Iudæos non afficiunt. *can. qui syncera. 3.
& can. de judæis. 5. Distinction. 45.* idcirco consequens
sit, hujusmodi ratione in Iudæis cessante, debere et-
iam in eis cessare dispositionem *dicti c quanquam.* ar-
gumento *l. adigere. 6 §. quamvis. ff. de jure patronat.
& cap. cùm cessante. 60. de appellat.* Atque ita scribunt

Socinus

Socinus conf.70.vol.1. Aretin.conf.157.nu.6 & 7. Alexand.conf.6.vol.6. Gözadin.conf.24.nu.10. Vivius in suis communib opinion. in verb. usurarius. & Riminald ad princ.hujus tit.num.1748.eosq; laudans Thadeus Piso d.lib 4 var.resol. cap.4.nu.14. Quibus addatur Paulus Æmilius Gallus in tract. de exceptionib. in success.tam ab intest. quàm ex test. part.2. tit.1 except.4.nu.21.fol.159. Tametsi aliter sentiat Didacus Covarruvias lib.3.var.resolut. cap.3. num.9. vers septime, &c.

55 De cæco quoque magna concertatio est: an mortis causa donare valeat absque solennitate l. hac consultissima.8.C.qui testament.fac.possess. Id fanè affirmant Baldus & Fulgos in l.fin. C.de donat.caus.mort Iason. cons.26.vol.1. Alexand.in l.2. in princ.ff.de verb.obligat.Roman.in l tam.is 25.§.1. ff. de mort.caus donat. Riminald.ad princ.hujus tit.nu 1767. Grassus d.lib.1. recept.sentent.§.donatio causa mortis quæst.7. in fine. & Piso d.cap.4 nu.17.vers.contrarium,&c.pag.226. Negat autem non sine ratione Ruinus in d.l 2.ff de legat.1.& in cons.24 num.10.vol.2. eumq; referens D.
56 Collega Boeerus in d.tract.de donat.cap.5.nu.36. Donatio enim mortis causa ad exemplum legatorum redacta est ferè per omnia, hoc §.nostro. vers. hæ mortis causa. l.Marcellus 15.in fin l.illud generaliter 37.ff. de mort.caus.donat.l.ult. ibi, omnes mortis causa donationes. C.eod. Atqui cæcus legata relinquere non potest, nisi observata solennitate dicta l hac consultissima.8. vers. qua in eundem modum. C. qui testam. fac.poss.

57 Neque refragatur, quòd cæcus possit contrahere, & donare inter vivos, sicut quivis alius: cùm non reperiatur prohibitus, arg. l.ab ea parte.5.ff.de probationib. Donatio autem mortis causa, quoad initium, similis sit magis contractui, quàm ultimæ voluntati. ut inculcatū supr.nu 16.& 50 Nam cùm solennitas ista testamentaria sit introducta, ne cæcus ob visus defectum decipiatur: multò certè magis in donatione mortis causa illa solennitas exigitur: cùm cæcus in ea agat cum eo ipso, qui lucrum ex donatione percepturus est. Et quanquam donatio mortis causa, quoad initium, contractui magis, quàm ultimę voluntati, assimiletur; cùm donantis & donatarii mutuo consensu constet: quia tamen hic consensus non obligat donantem, & potiùs vis ac effectus negotii hujus spectari, ex eoque genus ipsius æstimari debet: ultimæ voluntati, legato scilicet, magis accedit, quàm contractui, ut disertè docet D Bocerus d.l.

58 Etsi porrò donationem causa mortis inter conjuges æquè, ac inter vivos, prohibitam esse Doctores plerique existimant, Accurs.in l.1.in princ ad verb. legatum ff.de dote prælegat. Covarruv.in rubric.de testam.part 3.num.2. Clarus lib.4. sentent.§.donatio. quæst.9.num.2. Emanuel à Costa in cap.1.in princ super verbo, legavit. de testam.lib.6. Mozzius in tract. de donat.tit.de person.inter quas cadere possess donat. num.31. Emanuel Soarez in thesauro recept.sentent. sub verb. donatio causa mort. num 291. Dominicus Cardinal.Tuschus tom.2.conclusion. practic.liter.D conclus.691.num.8.cum seqq.& alii: contrarium tamen: utpote veritati legum magis consonum, mihi probatur. Apertè enim Vlpianus respondit: inter virum & uxorem mortis causa donationes esse receptas. l.si cùm uxori.9.§.ult.ff.de donat.inter viror.& uxor. Et in subsequenti l quia.10. ejus rationem Cajus hanc assignat: quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir & uxor esse desinunt Eandem sententiam corroborat textus in l.ubi ita donatur.27. ff.de mort.caus.donat. ubi Marcianus IC, donationem ita factam, ut nullo casu revocetur, ideo inter virum & uxorem non valere dicit, quòd non sit donatio mortis causa, sed inter vivos. Vnde facilè convincitur: donationem mortis causa inter virum & uxorem subsistere. Accedit textus in l.penult.ff.d.tit. ex qua liquidò 59
constat, donationem istam inter conjuges esse validam. Adde, quòd regulariter, cuicunque legari potest, eidem & mortis causa donari possit: & nullo jure prohibitum sit, quid à conjuge conjugi legatum relinquatur. l Marcellus 15.l.etsi debitor.17.l.illud generaliter 37. ff. de mort.caus.donat. Atque huic patrocinantur sententiæ Anton.Gomez. tom.2 variar. resolut jur.civ.cap.4. num.18. vers.nonò. Grassus d. §.donatio causa mortis quæst.6.num.1.Schneidevvin. in hoc §.1 num.6.& §.2 num.60. infrà hoc tit. D.Bocerus d.Commentar.de donat.cap.3 num.36.& class.2. disput.19. thes.60.edit.2. Hunnius lic.2.var.resolut. jur.civ.tract.4.quæst.6. Thadeus Piso d.lib.4.var.resolut.cap.4.nu.15. Mynsinger centur.2.observ 33. Vandus libr.1.quæst.39. Wesenbec.in Paratitl ff.de mort. caus.donat nu 4. Treutler.disp 19.thes.4.lit.b.vol.2. Forster.disp.10 thes 7.Berlich part.2. conclusion practic.conclus 15 nu.6 & part 3.conclus.1.nu.30 & Thomas Sanchez. tom.1. de matrimon. libr.6. disput.10. pag.443.

Nec obstat quicquam textus in l.mortis 53.ff de donationib.inter vir.& uxor. ubi Papinianus respondit, 60
socerum frustrà donare genero vel nurui Hinc enim non rectè colligitur: si donatio mortis causa nurui à socero facta non valet propterea, quòd in maritum habet in potestate: ideò multo minùs valere donationem mortis causa, si ab ipso marito facta sit uxori. Diversa siquidem est ratio soceri & mariti, mortis causa donantis. Maritus namque donare potest uxori mortis causa: quia hæc donatio in id dirigitur tempus, quo matrimonium morte mariti fuerit dissolutum: atque ita demum suum effectum sortitur. At soceri 61
donatio non confertur in tempus permissum soluti matrimonii: cùm morte soceri conjugium inter filium & nurum donatoris non dissolvatur, sed adhuc duret. Hunnius d.quæst.6. in fine. & Piso: d.cap.4. num.16.

Sed an mortis causa donare possit mulier, quæ non 62
potest contractum facere absque consensu mariti sive curatoris vel duorum propinquorum, ita disponente municipali lege seu statuto, quæri solet? Negativam amplectuntur Petrus Acharanus in cons.384. Alexand.Socinus & Ripa in l.2 ff.de legat.1 idem Alexand. Francisc.Aretinus & Barbatius in l.2. ff. de verbor. obligat. aliiq; plures, quos commemorat. Tiraquellus

in tract. de legib. connubialib. gloss. 5. num. 71 & seqq.
item Wesenbecius cons. 26. num 47. lib. 1. & in Para-
tit. ff. de mort. caus. donat. num. 4. Grassus in d. §. dona-
tio causa mortis quæstion 2. num. 8. & Modestin. Pisto-
ris cons. 1. num. 24. volum. 1. Affirmativam verò tuen-
tur *Ludovicus Romanus, Iason. & Ruinus ad d. l. 2. ff.*
de legat. 1. Andreas Rauchbar. part. 1. quæst juris ci-
vil. & Saxonici. quest 12, D. Bocerus d Commentar.
de donat. cap. 5. num 30. Schneidevvin. hic num 18. &
Heigius num 20 cum seqq. & Fachineus lib 5. contro-
63 *vers. jur. cap 60. vers. sed mihi prior, &c.* Hæcque sen-
tentiæ rationibus haud improbabilibus nititur. Tum
quia verba in statutis strictè ac propriè accipi debent,
l. constitutionib. 24. ff. ad municipalem. d quod consti-
64 *tutum 21. ibiq. Bartol. ff. de testamento milit.* Atqui
mortis causa donatio strictè ac propriè vera & abso-
luta donatio non est. *l. 1. in fine principij. ff. hoc tit. l se-*
65 *natus 35 § sed mortis 2. ff. de mort. caus. donat.* Tum
quia donatio causa mortis naturam & effectum ha-
bet ultimæ, voluntatis, non autem contractûs inter
vivos, *per textum expressum in l. ult. C. de donat. caus.*
mort. & in hoc § nostro vers. ha mortis causa donatio-
nes, &c. Proindeque quodcunque in legatis juris est,
id quoque in mortis causa donationibus erit accipi-
endum, *d. l. illud 37 ff. de mort. caus. donat.* Tum et-
iam, quia non dubium est; mulierem posse testamen-
tum facere absque solennitate statuti. Neque enim
de testamento loquitur, sed de contractu. *l. verba con-*
66 *traxerunt 20. ff. de verb. signif.* Ergo multò magis
donare mortis causa poterit: præsertim cùm eadem
subsit ratio. Quoniam ut testamentum usque ad ex
tremum vitæ spiritum revocari potest *l. 1. C. de sa-*
crosanct. Eccles. & similibus. ita etiam donatio cau-
sa mortis *hoc §. nostro. l. ubi ita donatur. 27 ff. de*
mortis caus. donat. & paulò post audiemus. Tum quia
minor adultus curatorem habens, non potest con-
tractum facere sine consensu curatoris. *l. si curato-*
67 *rem. 3. C. de in integr. restitut. minor.* & tamen eo
inconsulto potest testamentum facere. *d. l. Aurelio.*
20. §. 1. ff. de liberat. legat. d. l. si frater. 4. C qui testa
ment. fac. possess Ergo multo magis poterit mortis
causa donare, *ut latius ostensum suprà num. 43* Tum
postremò quia modò dictum est: ipsam mortis
causa donationem revocari posse: & consequenter
non viget in ea statuti ratio, quæ militat in contracti-
bus, illa nimirum; nec mulier decipiatur, nevè ex
contractu lædatur. Siquidem donationem poterit
revocare; alium contractum non item. *l. sicut ini-*
tio. 5 C. de obligat. & actionib. Plures nostræ senten-
tiæ rationes videre est apud Rauchbarum *d. part. 1.*
quest. 32. ubi num. 38. & aliquot seqq. contraria ar-
gumenta prolixè refutat. Eàdem de re videatur quo-
que Hieronym. de Cævallos *in specul. aur. opin. com.*
contra commun. tom 1. quæst. 235.

68 Revocatur & resolvitur mortis causa donatio non
solum ipso jure, sed etiam donantis contrariâ volun-
tate subsequente, *ut docet Dn. Collega Bocerus in*
Commentar. de donat. cap. 5. num. 53. edit. a Vide Treut-
ler. volum. 2. disput. 19. th. 9. liter. F. & G. ibique in
suis not. Bachovium pag. 159. & seqq. item Gome- 69
zium lib. 2. var. resolut. cap. 4. num. 19. & 20. Ipso ju-
re hæc donatio revocatur finito periculo mortis, cu-
jus metu facta fuit, *hoc §. nostro l. non omnis 19 in prin-*
cip. ff. de rebus creditorib. l. cùm quis mortis 12. ff. de
condict. caus. dat. caus. non secut. l 1. in princip. & l. 2.
in fine. ff de mort. caus. donat. Eâ quippe conditione
donatio facta fuit, si eo casu, cujus contemplatione
fuit facta, vitam donator amiserit. Sed contraria igi-
tur conditione revocari isthæc donatio censetur. *l. qui-*
bus 40 §. 2 & l aliquando 107 ff de conditionib. & de-
monstrationib. Idem judicandum est de donatione,
quam quis in morbum gravem & periculosum dela-
psus facit, si ab ista infirmitate reconvaluerit & libera-
tus fuerit, *dict. l. non omnis 19. in princip. ibi, veluti si*
donator non reconvaluerit. ubi Bartolus, Iason, Al-
ciatus & reliqui Dd. ff de rebus credit. Riminaldus
in hoc §. in verb. supervixisset. num. 1110 & Fulvius
Constantinus num 12 cum seq Menoch. de presumpt.
lib. 3. presumpt. 37. num. 3. & seqq Revocatur præter-
ea mortis causa donatio ipso jure, si donator pœnâ ca-
pitis afficiatur. *l. si aliquis 7. ff. de mort. caus. donat, Cu-*
jacius lib. 12 responsor. Papin. pag 520. & seq. eumque
referens D Bocerus d cap. 5. num. 54. vers revocatur.
item, &c. Denique hæc donatio ipso jure resolvitur,
si donatarius vivo donatore moriatur, *hoc §. nostro.*
dict. l. non omnis 19 ff. de rebus credit. dict. l cùm quis.
12 ff. de condict. caus. dat. Menoch. dict. præsumpt. 37.
num. 43. In dubio tamen, si uterque simul perierit,
donatarius supervixisse creditur, *argum. l. si qui. 26.*
ff de mort. caus. donat. l. cùm bic status. 32 § si ambo. 14
ff. de donat. inter vir. & uxor. l. si inter. 8. l. quod de
pariter. 56 & seqq. ff. de rebus dubiis. Covarruv. lib. 2.
variar. resolut. cap. 7 eumque referens Fersterus junior 70
lib. singul. de dominio. cap. 9. num. 237 pag 353. Donan-
tis subsequente voluntate contraria revocatur & re-
solvitur mortis causa donatio, si pœniteat donato-
rem factæ donationis. *l. qui mortis 30 ff de mort. caus.* 71
donat. D Bocerus d. cap. 5. num. 55. Hæcque pœniten-
tia duobus modis, videlicet aut expressè, aut tacitè,
fieri assolet. Expressè quidem: si donator apertè
significet, se factam donationem revocare, & nolle, 72
ut ea subsistat. Cuius pœnitentiæ declarationem
duobus testibus probari posse; tradit *Decius in dict.*
l. non omnis 19. in princip. num. 9. ff. de rebus credit. &
cons. 505. num. 5 quem referendo sequitur Tiradeus Pi-
so libr. 4. variar resolut cap. 5. num. 2. Alii verò dis-
sentiunt, & quinque testium numerum desiderant:
Alciatus in l. 2. num. 17. in fine ff. de legat. 1. & Natta
cons. 578. num. 579 eosque laudans Menochius d. libr. 3.
presumpt. 37. num. 11. & seq. Prædicta tamen conclu-
sio non procedit, quando donator sine ullo herede
decessit. Tunc enim pœnitentia nihil operatur:
quoniam nemo est, qui revocationem objiciat. Ita-
que licèt donatio per pœnitentiam revocata habetur:
& per consequens firma manere debet: cùm paria 73
sint, aliquid valere, vel esse nullum & de nullitate di-
ci non posse. *Ita sentiunt Hippolytus Riminaldus in*
princip. hujus titul. num 1034. Michael Grassus lib. 1.
recept. sentent. §. donatio causa mortis. quæst. 21. num. 3.
Mon-

Mozzius in tractat.de donationibus. titul.ult. num.5. Iulius Clarus libr.4. sentent. §. donatio. quæst 25. numer.3. D.Obrecht. disput.4. de donationibus th. 220. cum seq. & Thadeus Piso dict. libr.4. cap.5. num.3. & sequentibus. ubi Iasonis, Decii, Cornei, & aliorum dissentium, quos ipse citat, argumenta diluit.

74 Cæterùm tacitè hæc mortis causa donatio dissolvitur rursus duobus modis. Primus est: si donator rem donatam, nullâ urgente necessitate, voluntariè alienavit, *l.uxori.22. & l.cùm hic status 32: §. si maritus.5. ff de donationib. inter viror.& uxor.* Ita tenent *Dynus, Baldus, Imol. Cumanus, Alexand. Aretinus, & Iason in l.Stichum, qui meus erit 6. ff de legat.1. Roman.cons 229. Ruinus cons.123.num.4 volum.1. Roland à Valle cons.61. num.2. volum 2. Clarus dict. quæst.25.num.2. Menoch. dict libr.3. de præsumptionib præsumpt 37.num.13. Dominic. Cardinal Tuschus tom.2. practicar.conclusion. liter D. conclusion. 710. num.8. Daniel Moller.libr.2 semestr.cap.39. D.Bocerus dict.cap.5 num.58. D Obrecht. dict.disput.4 thes. 222. Piso dict.libr.4.variar.resolut.cap.5.num.27 cum*
seqq. & Matthias Berlichius conclusion. practicabil.
75 *part.3. conclus.2. num 43. & seqq.* Illiusque ratio in promptu est: quia donationes causa mortis ad instar legatorum sunt redactæ. *l.Marcellus 15.in fine & l. illud.37 ff. de mort.caus.donat.* Sed legata per alienationem rei legatæ, à testatore voluntariè factam, revocantur. *l.cùm servus 15.l.rem legatam 18. ff de adimend. vel transfer. legat. l. fideicommissa. 11. §. si rem suam.12. ff de legat.3. & fusiùs indicatum est in §. si rem tuam.12. infrà de legat.num.2 & seq.* Ergo
& donatio causa mortis revocari debet. Enimverò i-
76 stud pronunciatum non sic indistinctè & simpliciter intelligendum est: sed tunc demum procedit, si rei donatæ specialis dispositio facta sit: secus, si dispositio generalis fuerit, ut heredis institutio universalis. Etenim si donator aliquem omnium suorum bonorum heredem in testamento instituit: per hanc subsequentem heredis institutionem donatio mortis causa revocata non censetur: sed donator potiùs heredem institutum ad persolvendum id, quod promiserat, astringere voluisse intelligitur, *ut concludunt Aretinus cons.74.num 11. Purpurat.cons.42.num.25. Cravetta cons.144.num.10.& cons.234 num 1. Covarruvias in rubric.de testament part.3.num.19 Cacheran. decis. Pedemontan.117. colum.ult. Mantica de conjectur. ultim. voluntat. libr 12. titul.17. num 6. Bursatus caus.136. num.152 Decianus cons.74. num 46. volum.4. Hartmann. Pistor.quæst 8.num.38.& num.119 libr.3 hosque recitans Berlichius dict.part.3 conclus.2*
num 44. Alter modus est: si inter donatorem & do-
77 natarium graves inimicitiæ supervenerint. Si enim ex hac causa legatum tacitè revocatum intelligitur, *l. si quis ita. 3. §.ultim. l.ex parte 22. ff. de adimend. vel transferend,legat.l si inimicitia 9 ff de his, quæ ut indign auferr.* cur non etiam intelligeretur mortis causa donatio revocata, quæ ad legati exemplum redacta est? *d.l. Marcellus 15. & d.l.illud 37. ff. de mort.caus. donat. Berlichius d conclus.2.num.45. & seq.* Neque refert, inimicitiæ illæ supervenerint culpa donatoris, vel donatarii: ut contra alios, quos recensent, præclarè ostendunt *Menochius dict. libr.3. præsumpt.37. num.21 cum seqq. & Thadeus Piso dict. libr.4. variar resolut.cap.5. numer. 24. & sequentib. pag.231. & 232.*

Illud non usque adeò expeditum est: an donatio 78
causa mortis revocetur per supervenientiam liberorum *ex dispositione l. si unquam.8. C.de revocand.donatione?* Sed id licet negent *Cacheranus in decisione Pedemontan.120. Mozzius in tract.de donationib.tit. ult.num.82. aliiq; quos refert Tiraquell. in repetitione d.l.si unquam.in verb.donatione largitus num.246.&*
seqq. affirmantium tamen sententia firmioribus ra- 79
tionibus munita videtur. Tum quia lex generaliter loquens, generaliter intelligi debet. *l.1. § initio.4 ff.de officio præfecti urbi. l.1. §.1. ff.de legat.præstand. l si pluribus.44 ff.de legat.2.* Atqui dicta lex *si unquam*, lo- 80
quitur generaliter. Ergo generaliter debet intelligi, tam de donatione inter vivos, quàm causa mortis. Tum quia donatio causa mortis faciliùs revocatur, quàm donatio inter vivos, *l. non omnis 19. in princ ff. de reb.credit.si cert.pet.* Sed donatio inter vivos per supervenientiam liberorum revocatur. *d.l.si unquam.* Ergo & donatio causa mortis multo magis debet re-
vocari. Tum quia verbum *donationis* simpliciter pro- 81
latum, omnem donationem comprehendit, sive mortis causa, sive non mortis causa fuerit *l.alienatum.67. §.1 ff de verb.signif.* At dispositio *dictæ l. si unquam.* simpliciter de donatione loquitur. Tum quia ratio ejusdem legis (quæ est: *quòd si de liberis cogitasset pater, non donasset*) militat etiam in donatione causa mortis: quoniam eodem modo si de liberis cogitasset pater, non donasset. Eadem igitur debet militare juris dispositio. *l.illud quæsitum 32. ff. ad l. Aquil.l.à Titio .108.ff.de verb. obligat.* Tum denique quia donatio causa mortis revocatur pœnitentiâ, etiam non susceptis liberis. *d.l qui mortis 30. ff. de mort. caus.donat.& superiùs nu.70.& seqq.latiùs probavi-*
mus. Ergò liberis postea susceptis, multo magis revo- 82
cabitur. Sanè si donatio isthæc à patre revocata non fuerit: à liberis postmodum natis revocari non poterit: nisi pro ratione Falcidiæ, sive ex testamento, sive ab intestato patri successerint. Siquidem ut in legatis etiam ab intestato Falcidiæ locus est, ex constitutione Divi Pii *l.filiusfamilias 11.in princ.ff.ad leg.Falcid.* ita quoque in donationibus causa mortis, ex constitutione divi Severii, non solùm testato, sed etiam intestato donatore. *l. si mortis 5. C. ad leg.Falcid. l 1.§. si quis 5.ff.quod legator.& l.2. C. de donationib.causa mort.* quæ posterma lex de hac donatione ab intestato facta, asserente D. Bocero *dict. Commentar. de donationibus cap.5. num. 64.* Atque ita prædictam sententiam defendunt *Corneus consil. 244. volum. 4. Castrens.consil.434.lib.1. Ripa in dict l. si unquam. 8. C.de revocand.donat nu.19.& 41.hosq; allegans Thadeus Piso dict.lib.4.var.resolut.cap.5.num.33.& seqq. pag.233.*

Repon

83 Repetitur autem & revocatur res mortis causâ donata conditione ob rem dati, re non secutâ, ex sententia Cassianorum, quasi res mortis causa veluti fiduciaria detur, ut reddatur, si convaluerit donator, vel si pœnitentiam egerit; vel si morte præventus fuerit is, cui donatum est. *l. senatus 35. §. ergo. 3. ff. de mort. caus. donat. l. cùm quis. 12. ff. de condict. causa data, causa non sec.* vel revocatur utili actione in rem, ex Sabinianorum sententia, quasi tacito jure ad donatorem dominium redierit, vel ab eo nunquam discesserit; ita tamen, ut conjunctâ utriusque Scholæ sententiâ, in arbitrio sit donatoris, utrùm conditione, an hac utili in rem actione experiri velit. *d. l. qui mortis. 30. l. si mortis. 14. l. si mortis 29. l. mortis causa. 18. § 1. ff. de mort. caus. donat. l. 1. C. de donat. quæ sub modo, &c.* Et ita ex Cujacio *tractat. ad African. 2. in l. si filiosfamil. 23. p. mihi. 52. & Rofredo Beneventano in quæstionib. Sabbatinis quæst. 4. & 11. num. 1. & 2.* docet D. Boecerus *dict. cap. 5. num. 65. & hic num. ult. pag. 211.*

84 Tandem ex fine hujus §. notandum: quòd auctoritas Poetarum ad confirmationem dicendorum non ineptè allegari possit, *arg. hujus textus, & §. item pretium. 2. infrà de empt. & vendit. item l. 1. ff. de contrahend. empt.* Quòd tamen primò tum demum procedit, quando illa auctoritas non est contra legem expressam & repugnantem: quia tunc standum est dispositioni legis, non auctoritati Poetarum. *l. in tantum 6. §. ult. ff. de rer. divis. Purpurat. num. 176. & alii in l. 1. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Deinde id verum est, quando auctoritas Poetarum allegatur ad decisionem illorum, quæ circa eorum artem & scientiam versantur, *arg. l. septimo mense 12. ff. de stat. homin. & l. si pater 36. ff. de solutionib.* Ita declarat *Ioannes Faber. in d. §. item pretium 2. infrà de empt. & vend. num. 4.* ubi asserit, hæc facere contra multos simplices Legistas, qui nil sciunt de libris Poetarum & Philosophorum. Eumque refert & sequitur Fulvius Constantinus *ad principium hujus tit. num. 1.* Ac sanè quòd artifici, in sua arte exercitato, omnino credendum sit, eleganter probat. D. Georg. Mundius, Gener meus exoptatissimus, *in Commentar. de diffamationib. cap. 5. §. 2. num. 69. & seqq. pag. 178. edit. 1.*

§. *Alia autem. 2.*

Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis. Quæ si fuerint perfectæ: temerè revocari non possunt. Perficiuntur autem, cùm donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit: ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et cùm retrò Principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum: constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit: sed & quasdam donationis invenit, quæ penitus insinuationem fieri minimè desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus: quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Sciendum est tamen, quòd etsi plenissimæ sint donationes: si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est: donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus, certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundùm enumeratos in constitutione nostra modos.

SUMMARIA.

1 *Donatio inter vivos cur sic appelletur.*
2 *Quomodo definiatur.*
3 *Quis principalis illius finis.*
4 *Liberalitas quid spectet.*
5 *Qui donare possint, vel non.*
6 *Quatenus muti vel surdi donare queant.*
7 *Qui sines donare prohibeantur.*
8 *Pupilli & minores an & quatenus donare possint.*
9 *Cur prodigi donare vetentur.*
10 *An & quatenus uxores sive fœminæ res suas donare valeant.*
11 *Tutor, curator, & administrator civitatis cur donare nequeant.*
12 *Procurator quando donari possit.*
13 *Qui per alium quid facit, ipse facere censetur.*
14 *An Reges & Principes regna sua, sine consensu subditorum, alienare queant.*
15 *Rex sive Princeps loco tutoris habetur.*
16 *Servi an, & qui donare possint.*
17 *Filius-familias quib. casibus donare possit.*
18 *Donatio ab eo facta, qui fraudandi propositum habet, ipso jure non subsistit.*
19 *Criminis alicujus reus quatenus donare queat.*
20 *Quibus personis donare liceat.*
21 *Donatio, stupri vel alterius improbæ consuetudinis causa facta, jure divino indistinctè damnatur.*
22 *Absentibus quomodo donetur.*
23 *Donatio facta absenti, Notario stipulante, nunquid valeat.*
24 *An nondum nati possit donari.*
25 *Consideratio l. si inter virum. 24. ff. de pact. dotalibus & similium.*
26 *Infantibus cur donari nequeat.*
27 *Tutore auctore, & per tutorem fieri, quid dicatur.*
28 *Donationes simplices cur inter conjuges sint prohibita.*
29 *Reciprocæ donationes inter conjuges recepta.*
30 *Mens & intellectus l. licet. 19. C. de pact.*
31 *Pactis hereditas non defertur. & num. 90.*

31. *Verùm*

32 Vtrùm, si maritus ignobilis, vel senex, ducat nobilem, vel ætate florentem uxorem, huic donare possit.
33 Objectio diluitur.
34 An simplex inter conjuges donatio juramenti religione confirmetur
35 Iuramentum contra bonos mores præstitum, non est obligatorium
36 Simplex donatio patris in filios collata, regulariter non valet
37 Pater & filius una eademq; persona censentur
38 Quicquid filiusfamilias acquirit, id patri acquirit
39 Nemo sibi donare potest
40 Summus princeps filiofamilias rectè donat
41 Pater filio donare potest causa dotis & donationis propter nuptias
42 Pater dotare liberos tenetur
43 An donatio remuneratoria patris, in filiumfamilias facta, valeat
44 Ad hoc, ut donatio ista subsistat, quæ requirantur: ibiq; objectionibus occurritur
45 Eadem donatio quatenus morte patris confirmetur
46 Item confirmatur tacitâ ratihabitatione patris, post filii emancipationem
47 Quid jure Wirtembergico de ista donatione cautum
48 Vsumfructum adventitii peculii filii, pater ipsi donare potest
49 Ecquid isthæc donatio juramento patris confirmetur
50 A communi opinione non temere recedendum. & num. 82
51 Inter patrem & filium nulla lis esse potest
52 Quod unâ viâ prohibitum est, aliâ viâ permitti non debet
53 Intellectus Auth sacramenta puberum C. si advers. vendit.
54 Num simplex donatio, a parentibus liberis facta, post mortem parentum sit conferenda
55 An sumptus studiorum filius conferre teneatur
56 Si inest, quod minus inesse videtur; inerit etiam, quod magis inesse putatur
57 Quod dignitatis nomine à patre est datum, à collationis necessitate eximitur
58 Consideratio l. qui filium 4. ff. ubi pup. ill. educar. deb.
59 … l. quæ pater. 50. ff famil. ercisc.
… consequens, vult etiam necessarium antecedens
61 Filius … ancipatus familiam mutat, jureque civili filius esse desinit
62 Quod sine conditione datur, pure datum esse censetur
63 Ad instantiam respondetur
64 Tacita sæpe pro expressis habentur
65 Expressa nocent, non expressa non nocent
66 Quatenus donatio inter patrem & filium valeat.
67 Ob causam donatio non est proprie donatio.
68 Eaque peculio adventitio adscribitur: adeóque in collationem non venit.
69 Donatio, studiorum causa in filium collata, morte patris confirmatur.
70 Quo jure utuntur milites armati, eodem etiam fruuntur togati.
71 Filiusfamilias miles omnia præcipua habet, quæ pater ei in castra proficiscenti dedit.
72 Consideratio l. jubemus 5. C. de silentiariis, &c.
73 Consideratio l. si filia. 20 §. 6. ff. famil. ercisc. und.
74 Collatio fieri debet arbitrio boni viri.
75 Publica privatis anteferenda.
76 Studia laborem indefessum requirunt.
77 An dos conferri debeat.
78 Dotis summus favor.
79 Respublica absq; viris eruditis diu consistere nequit.
80 Peculium castrense, & quasi, non conferendum.
81 Inter filios & filias bona intestatorum parentum æqualiter dividenda.
82 Liberi regulariter æqualiter instruendi.
83 Vtilitas publica privatæ anteferenda.
84 Propter piam causam a dispositione juris civilis discedittur.
85 Studiorum causa & pia & publica censetur.
86 Pater nec filias æqualiter dotare; nec æquales partes liberis relinquere tenetur.
87 Parentes bona sua in mare projicere possunt.
88 Nemo in legitima defraudandus.
89 Parentes liberis legitimam duntaxat relinquere tenentur.
90 Intellectus genuinus l. illud. 20. C. de collationib.
91 Varia sunt militia: armata, togata, palatina.
92 Pessimi exempli est, per largitiones ad officia viam munire
93 Mens & intellectus Novell. 18 cap. 6.
94 Generi per speciem derogatur.
95 Sententia l. etsi filium. 15. ff. de muneríb. & honorib.
96 An sumptus a matre in filium collati conferantur.
97 Consideratio l. si quis a liberis. 5 §. si mater. 14. ff. de agnoscend. & alend. liber.
98 Ecquid pater ad subministrationem sumptuum, studiorum causa, à filio cogi possit.
99 Explicatur d. l. si quis à liberis 5. c. non tantùm 12. ff. de agnoscend. & alend. liber.
100 Explicatur l. de bonis 6. §. non solùm. 3. ff. de Carbon. edict. cum similibus.
101 Consideratio l. Macedoniam. 5. C. ad SC. Macedon.
102 Consideratio l. item si. 7. §. quod dicitur. 13. ff. d. tit.
103 Iure etiam divino filii sunt erudiendi.
104 Ius patriæ potestatis in pietate potiùs, quàm atrocitate consistere debet.
105 Qualis castigatio liberorum patri sit permissa.
106 Sensus l. 3. C. de patria potestate.
107 Pater quando filio occidi possit.
108 Intellectus l. omnimodo. 30. §. imputari. Cod. de inoffic. testament.
109 Argumentum ab armata militia ad legalem est probabile.
110 Militia quale olim officium.
111 Patria in primis nati sumus.
112 Sensus l. ult. ff. de hereditat petit.
113 Honos alit artes.
114 Quibus casibus pater, ad subministrationem sumptuum studiorum causa, a filio cogi nequeat.
115 Quæ res donari possint.
116 Donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum, an valeant.
117 Communis opinionis magna auctoritas.
118 Permissum legibus, quatenus semper intelligatur permissum.
119 Res futura obligari possunt.
120 Obligatio ubi concessa, ibi & alienatio permissa judicatur.
121 An per donationem universorum bonorum jus testandi, sicq; publicum tollatur.
122 Qui actus & pactiones jure comprobentur.
123 Donator in quantum conveniatur. & nu. 152
124 Alimentis renunciari nequit: ibiq; instantia occurritur.
125 Quicquid inducit votum captandæ mortis alterius, illud legibus improbatur.
126 Delicta non præsumuntur.
127 Hereditas pactis neq; datur, neq; adimitur.
128 Hereditas nomen juris est.
129 Sententia l. si libertus 16. §. 1. ff. de jure patronat.
130 Sententia l. inter stipulantem 83. §. sacrament. 5. ff. de verbor. obligat.
131 Donatio quomodo perficiatur.
132 Num venditor ad rei venditæ traditionem præcisè cogi possit.
133 Verbum (oportere) quid importet.
134 Aliud pro alio invito creditori solvi nequit.
135 Donatio, quingentos aureos excedens, insinuationem requirit.
136 Insinuatio quid sit.
137 Ob quas rationes donatio, si 500. aureos egrediatur, sit insinuanda.
138 Ecquid donatio, in Ecclesiam, vel alias pias causas collata, insinuationem respuat.
139 Magnus favor piarum causarum.
140 Ecclesia ultrix & auctrix justitiæ.
141 Quibus casibus donatio, ultra 500. aureos facta, absq; insinuatione valeat.
142 Coram Principe nihil occultè fieri intelligitur: & in eo nulla fraus timetur.
143 Princeps legibus solutus: ejusq; liberalitas nullis frenis coerceri debet.
144 An donatio, à nostris Principibus & Comitibus facta, insinuationem desideret.

145 *Nostri hodie Duces & Principes, &c. in suis territoriis Imperatori comparantur.*
146 *Liberalitatem exercere, præcipuus est nobilitatis actus.*
147 *Donatio à privato ipsi Principi facta, insinuatione non indiget.*
148 *An insinuationis omissio totam donationem vitiet.*
149 *Utile per inutile non vitiatur in divisibilis.*
150 *Utrùm donatio cum juramento facta, etiam quoad excessum, sine insinuatione subsistat.*
151 *Quâ actione res donata peti possit.*
152 *Donator convenitur, in quantum facere potest.*
153 *Neq; usuras donator, neq; fructus ob moram præstat.*
154 *An & quatenus de evictione donator teneatur.*
155 *Donatio ob ingratitudinem donatarii revocari potest.*
155 *Quot sint ingratitudinis causæ.*
157 *Num ob alias etiam causas, expressis similes, vel majores, res donata revocari queat.*
158 *Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.*
159 *An & quatenus particula taxativa causas similes excludant.*
160 *Odia restringenda.*
161 *An donatarius ad alendum donatorem sit obligatus.*
162 *Liberi parentes alere tenentur.*
163 *Intellectus l. alimenta 6. §. 1. ff. de agnoscend. & alend. libert.*
164 *Intellectus l. decurionib. 8. ff. de decurionib.*
165 *Nunquid pactum donationi appositum, de non revocanda donatione propter ingratitudinem donatarii, valeat.*
166 *Pactum contra bonos mores non est validum.*
167 *Utrùm actio ingrati sit personalis, an verò realis.*
168 *Actio rem cui detur.*
169 *Omnis actio, ex delicto descendens, est personalis.*
170 *Actio in rem datur in possessorem, quatenus possessorem.*
171 *Donatarius ingratus quatenus teneatur res donata fructus restituere.*
172 *Donatio inofficiosa parentum & liberorum revocari potest.*
173 *Inofficiosa donationis querela an competat quoq; fratri.*
174 *Querela inofficiosi testamenti quando fratri detur.*
175 *Donatio inofficiosa an tota revocetur, an tantùm pro ratione legitima.*
176 *Ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti introducta est querela inofficiosæ donationis.*
177 *Mens & intellectus l. si libertus 16. §. si quis plures 1. ff. de jure patronat.*
178 *Expositio l. Titia. 87. § Imperator. 3. ff. de legat. 2.*
179 *Intellectus l. si unquam. 8. C. de revocand. donat.*
180 *Pater non præsumitur extraneos propriis liberis præferre voluisse & num. 184.*
181 *Quâ actione inofficiosa donatio revocetur.*
182 *Donatio revocari potest ob liberos, post eam susceptos.*
183 *An dispositio l. si unquam 8. Cod. de revocand. donat. porrigi possit etiam ad alium parentem, quàm patronum, liberto suo donantem.*
184 *Pater proprio sanguini extraneos anteferre voluisse non creditur.*
185 *Contrariorum refutatio: item Pater & patronus æquiparantur.*
186 *Scire leges, quid sit.*
187 *Ratio legis verbis potior est: & pro ipsa lege habetur.*
188 *Beneficium dicta l. si unquam: cur patrono tribuatur.*
189 *Parentum commune votum.*
190 *Nemini invito res sua auferenda.*
191 *Ultima hominum voluntas est ambulatoria usq; ad extremum vitæ spiritum.*
192 *Publice ac privatim interest, ultimas hominum voluntates servari.*
193 *Qualibet lex ita exaudienda, ne otiosa & supervacua existat.*
194 *Dicta l. si unquam. 8. an ad certam facti speciem fuerit accommodata.*
195 *Libertus patrono ad quæ sit obligatus.*
196 *Eadem ratio ubiq; idem jus suadet.*
197 *An & quatenus legitimè factum retractari possit.*
198 *Donator non cogitur liberis relinquere, quæ donat extraneo: Item, an & quatenus modica donatio ob nativitatem liberorum rescindenda.*
199 *Consideratio & interpretatio can. ult. caus. 17. quæst. 4.*
200 *An & quatenus pater juri donationem revocandi renunciare queat.*
201 *Quæ sententia in dubio tenenda.*
202 *Quisq; juro tantùm suo renunciare potest.*
203 *Factum patris non debet nocere liberis.*
204 *Ratio naturalis liberis hereditatem parentum addicit*
205 *Consideratio dicta l. 8. C. de revocand. donat.*
206 *Ratio dicta l. 8. in conjectura pietatis consistit.*
207 *Sua quisq; rei moderator atq; arbiter.*
208 *Ius donationem revocandi an & quatenus ad heredes transeat.*
209 *Actiones, vindictam concernentes, ad successores non transmittuntur.*
210 *Personalia personam non egrediuntur.*
211 *Ne quidem sub juramento pater beneficio dicta l. 8. renunciare potest.*
212 *An si liberi, post donationem suscepti, vivo donatore decesserint, donatio semel revocata reconvalescat.*
213 *Actio semel extincta revocari nequit.*
214 *Nemini invito res sua auferri debet.*
215 *Cessante causa quatenus cesset effectus.*
216 *An pariter sint: testamentum agnatione liberorum rumpi, & donationem agnatione liberorum revocari.*
217 *Explicatio l. fœmina 3. C. de secund. nupt.*
218 *Quo actionis genere res donata, natis postea liberis, revocentur.*

DE mortis causa donatione hactenus: sequitur tractatio de donatione non mortis causa sive inter vivos. Quæ sic appellatur, non quod ea sola celebretur inter vivos: quoniam & prior mortis causa donatio inter vivos fieri solet: cùm nihil sit, quod inter mortuos geri possit: sed ideirco sic dicitur; quòd fiat absque ulla mortis vel suspicione, vel mentione vel contemplatione; & quòd ipso donato[illegible] sortiatur effectum, *notantibus hic D. Vultejo, Hunnio, & Schneidevvine num. 2.* Hæcque non ineptè definitur datio vel præstatio alicujus rei, eâ mente facta, ut statim accipientis fiat, nullo casu reversura, liberalitatis tantùm causa, *l. 1. in princ. ff. hoc tit. l. munus 214. ff. de verb. signif. Biminald. num. 21. & Fulvius Constan. num. 2 vers. unde aliam assignat, ad rubr. hujus tit. eosque laudans Heigius hic num. 1.* Est quippe summus, seu principalis istius donationis finis, liberalitas & munificentia. Idcirco enim donator alteri donat quippiam, ut liberalitatem & munificentiam suam erga alterum cum laude exerceat. *d. l. 1. in princ. ff. hoc tit.* Hoc autem facit, ubi considerat, quid, cui, qualiter, quando, ubi & quare sit dandum, auctore Seneca. *lib. 1. de benefic.* Itaque hæc donatio expers est alieni finis, aut reposcentis antidorum: sed sicut liberalitas se ipsa est contenta, nec aliud spectat, quàm alteri benefacere: ita etiam hæc donatio, quæ ob solam liberalitatem & munificentiam exercetur. *Latè Dn. Obrecht. in Oeconomia donationis, &c. disput. 3. thes. 3. & seqq.*

Cæterùm hanc liberalitatem exercere, adeoque donare possunt omnes, qui non prohibentur, *argum. l. mutus 43. §. 1. ff. de procuratorib. l. cùm prætor. 12. ff. de judic. l. qui accusare. 8. ff. de accusat.* At prohibentur infantes, furiosi & mente capti. Illi quidem, quia intellectu & προαιρέσει destituuntur. *§. sed quod diximus. 10. infrà de inutilibus stipulat.* ac proinde donare non possunt, quibus oportet, quo tempore & ubi honestum est, ut in liberali exigit Aristoteles. *lib. 4.*

libr.4. Ethic. cap.2. Hi verò: quia in iis animus de-
est: & propterea consentire nequeunt. *l.2. in fin ff. de
procuratoribus l furiosi.40. ff. de regul.jur. L. Mode-
stinus 23.in fin.ff.hoc tit.l. Iulianus 10 §.1.ibique Dd.ff.*
6 *de curatoribus furioso, & aliis, &c.* Prohibentur
item muti & surdi nati : sicque vocis & scripturæ
munere privati. Licèt enim intellectum habeant: o-
peratio tamen intellectûs in iis deficit. Imò cùm tu-
torem, vel curatorem habeant ipsi, nec bona sua,
prohibente naturâ & lege, administrare possint: cur
iis bonorum donatio permitteretur? *D. Obrecht. in
dict. Oeconomia donat. disput.1 thes.58.59.& 65.* A-
liud statuendum est de illis, qui naturâ vel muti, vel
surdi sunt : quoniam ut intellectum habere, eoque
uti; ita & donare possunt : quia satis, quid velint,
ostendere queunt. *l.qui id, quod 33.§.mutus 2. ff. hoc
tit.* Aliud itidem judicandum de eo, qui casu est sur-
dus, vel mutus; vel qui utrumque est simul: litera-
rum tamen non ignarus. Casus siquidem mutus scri-
pto; ac surdus scripto vel ore donare potest: id quod
etiam potest mutus & surdus simul. *argum. l.mutus
43.in princip. ff.de procuratorib. Obrecht. dict. disput...*
7 *thes.71. & seqq.* Prohibentur quoque donare senes
deliri, & qui (*juxta Varronis proverbium*) bis pue-
ri effecti sunt : quia jam intellectu carent : & non
corpore solùm, sed & animo consenuerunt. Ideoque
non idem sentiendum de his senibus, qui adhuc ve-
geto sunt judicio, siquidem sola senectus donatio-
nem non impedit : sed illa demum, quæ delirium
& pueritiam secum affert. *l senectus 16. ibique Bal-*
8 *dus Cod. hoc titul.* Præterea pupilli donare non pos-
sunt: quia nec firmum judicium, nec liberam rerum
suarum administrationem habent. *l.pupillus 11. ff. de
acquir.rerum domin.* Sed & minores 25 annis, firmo
destituuntur judicio, *l.1.in princip.ff.minoribus 25.an-
nis.* & propterea res mobiles sine curatorum auctori-
tate donare nequeunt. *argum.l si curatorem.3 Cod.
de in integr.restitut.minor. Petrus Nicolaus Mozz.in
tractat. de donationib.titul.de person inter quas cade-
re possit.donat .num.4.* Quòd si verò nullos habeant
curatores; res mobiles tunc demum irrevocabiliter
quoniam intra 25.annos, causa cognitâ, isthæc dona-
tio in integrum restitutionis auxilio retractari potest,
dict.l 3.Cod.de in integr.restitut.minor.) poterunt do-
nare, si majores facti, donationem ejusmodi ratam
habuerint. *l.1.& 2.Cod.si major.fact.rat.hab.* Secus
est in rebus immobilibus. Harum enim alienatio mi-
noribus planissimè est interdicta: nec aliter subsistit,
quàm si cum decreti interpositione fiat. *l.2. ubi Dua-
renus Cod.si advers.donat.l.non solùm.4. l. minorem.
6 l si minor.15.l. si prædium.16. & tot.titul. Cod. de
præd. & aliis rebus minorib.sine decreto non alienand.
Menoch. consil.29. num.14.* & latiùs explicuimus *ad
§.1. infrà de iis, per quos agere poss. num.23. & seq.*
Similiter prodigi donare vetantur: quia rerum admi-
nistratio ipsis interdicta est, *l. is, cui bonis. 6. ff. de*
9 *verbor. obligat.* Curita? quia mente carere viden-
tur : cùm luxus amentia dicatur. *l 1. ff. de curato-
ribus furioso, & aliis, &c. l. his, qui. 12. in fine.
ff. de tutoribus & curatoribus datis ab his, &c.*

Vxores insuper res dotales, ne quidem consentiente
marito, donare possunt : quia lex Iulia donatio-
nem inhibet *tot.titul.ff.& Cod. de fundo dot.* At res 10
paraphernales, cùm nulla lex prohibeat, alienare, op-
pignorare, & donare bene possunt. *l.vellos 6. ibique
Baldus Cod. de revocand.donat.l.hac lege 8. Cod.de
pactis convent.l.si uxor tua.12.Cod.de pignorib.& hy-
pothec. Tiraquell.de legib.connubialib.gloss.8.verb. de
son marii. num 5.Wesenbecius consil.11.num.17.part.1.
hosque referens Berlichius part.2.conclusion. practi-
cabil.conclus.17.num.1.pag.278.* Cæterùm moribus
Gallorum & Saxonum fœminæ indistinctè sine ma-
ritis nihil donare queunt: quia non sui, sed alieni ju-
ris, adeòque in tutela ac potestate maritorum esse
videntur, *teste Wesenbecio in Paratit.ff. hoc titul.nu-
mer 4.* Quin & virgines & viduæ jure Saxonico, sine
consensu curatorum, nullo modo donare, contra-
here, se obligare, aut in judiciis versari possunt, *per
textum expressum in Novell. Elector. Augusti part.2.
constitut.15.post principium. ibique in suis Comment.
Daniel Mollerus num.1.& seq. eumque laudans Ber-
lichius dict. conclus 17.num.5. & 14.* quanquam ali-
ter sentiant *Schneidevvin. in hoc §. numer.53. & O-
brechtus dict. Oeconomia donat disput.1. thes.* 120.
Adhæc tutor, curator, & administrator civitatis do- 11
nare omnino prohibentur : quia res sibi commissas
administrare, non perdere debent. *l.non omni.16.Cod.
de administrat.tutor.vel curat.l.2. §. jus Reipublic.8.
ff de administrat.rer ad civitatem pertinent.* Perde- 12
re autem videntur, si donant, *l.filiusfamilias 7.in prin-
cip. ff. hoc tit.* At procurator donare potest, si hoc ei
mandatum sit: quoniam non tam ipse, quàm domi-
nus, cujus jussu & voluntate donat, donare putatur,
l.in ædibus 9. § penultim. ff. eod. Qui enim per alium 13
quid facit, perinde est, ac si faciat per seipsum *cap. qui
per alium.82.de regul.jur.in 6.l.qui mandat.56. ff. de
solutionibus.*

Quæstio hic satis ardua occurrit : an Reges seu 14
Principes regna ac ditiones, sine consensu subditorum,
donationis titulo, vel alio quovis modo alienare pos-
sint? Et neque posse, veritati magis est consentaneum,
*per textum in l. Imperatores.37.ff.de pactis & l.1. §.1.
ff.de offic.procur.Cæsar.* ubi procuratori Cæsaris non 15
alienandæ, sed bene gerendæ rei potestas permissa esse
traditur. Deinde Rex sive Princeps, tanquam tutor
populi sui constitutus, regulam tutoribus præscriptam
sequi debet: quòd tum demum pro domino habea-
tur, cùm subditis providet, non cùm eorum bona a-
lienat & perdit. *l. tutor.27.ff de administrat & peric.
tutor.l.interdum.56 §.penult ff.de furt.* Plures pro hac
sententia rationes adducunt *Fernand. Vasquius lib.1.
controvers.illustr.cap.4. Frideric.Pruckman. in tract.
de Regalibus §.soluta potestas membr.2.cap 4.effect.6
& D.Collega Boecrus in tract de Regalib. cap.4. nu-
mer.15. & multis seqq.* Eandemque & nos pluribus
tum auctoritatibus, tum rationibus confirmavimus
suprà *ad Titulum proœmii harum Institut. num.55.
& seqq.*

Servi præterea jure civili (quo nihil proprii habent: 16
& quicquid acquirunt, dominis acquirunt. §. *item*

vobis 3. infrà per quas person. cuique acquirit.) dona-
re non possunt. l. contra 28 § si filius aut servus 2. ff.
de pactis. Hodie verò, prisca illâ servitute sublatâ, ser-
vi nostri res proprias habere, & consequenter donare
possunt, ut post Zasium & Baronem à se citatos notat
17 D. Obrecht. d. disput. 1. thes. 129. Filius quoque familias
donare nequit. l. filiusfamilias 7 in princ. ff. hoc tit. d.
l. contra. 28. §. si filius ff. de pactis. Nisi peculium ha-
beat castrense, vel quasi: quia in eo vicem patrisfa
milias obtinet. l. 3. C de Castrens. pecul. d. l. filiusfami-
lias 7. §. ult. ff. hoc titul. Nisi item liberam peculii ad-
ministrationem habens, justâ ratione ad donandum
moveatur: veluti si matri, aut aliis conjunctis donet
personis: aut in magna dignitate sit positus. d. l. 7 §. 1.
& seqq. ibiq. Paulus Busius ff. eod. Novell. 117. cap. 1.
Petrus Nicol. Mezz. d tract. de donat. tit. de person. in-
18 ter quas cadere poss. ff donatio. nu 9 Illud etiam non
ignorandum: donationem ab eo factam, qui delin-
quendi & fraudandi propositum habet, ipso jure non
valere: quia quod fit in fraudem legis, ipso jure cor-
ruit. l. sed si maritus 14. §. penult. ff. qui, & à quibus
manumissi, &c. l. si libertus 16. circa princip. vers. di-
versitatis ff. de jure patronat. D. Obrecht. d. disput. 1.
19 thes. 86. & seqq. Denique capitalis criminis reus post
contractum crimen si donat, nihil agit, si condemna-
tio sequatur. l. post contractum. 15. ibiq. Gothofred. ff.
hoc tit. Stuck. part. 1. Exercitat. Iustin. decad 5. assert. 5.
ad lit a. Faman. disp. 13. th. 2. ad lit. d. Sed si perduel-
lionis sit crimen, licèt donator nondum sit postulatus;
revocantur tamen per fiscum donationes, post con-
tractum illud crimen factæ. l donationes. 31. § fin. ff.
hoc tit. l. ex judiciorum 20. ff. de accusationib. & l fin.
C. ad leg. Iul. Majest. Sanè crimen non capitale pro-
priam donationem non constituit irritam, ne quidem
post condemnationem: tametsi secus sit in mortis
causa donatione. l. si aliquis 7. ff. de mortis caus. do-
nat. Dn. Bocerus in tract. de donationib. cap. 3. num.
ult. Bronchorst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν assertat. 72. Eà-
que de re videatur Wesenbecius in Paratit ff h. tit.
in fine. itemque Hunnius in resolut. ad Treutler. vo-
lum. 2. disput. 31. th. 7. quæst 67. pag. 467. ubi diversas
diversorum opinationes refert & refellit.
20 Donari porrò potest non solùm amicis & bene me-
ritis; sed etiam ignotis & extraneis, honestis & inho-
nestis personis, adeoque meretricibus & concubinis. l.
affectiones. 5. l donationes 31. in princ. ff hoc tit. l idem
ss. 4. §. sed quod meretrici. 3 ff. de condict, ob turp. vel
injustit. caus. Petrus Ioannes Anchoran. familiarium
21 quæstion. lib. 2. quæst 12. num. 1. Etsi verò jus civile do-
nationem; stupri, vel alterius improbè consuetudinis
causa factam, admittit: non tamen eam probat jus
divinum. Hoc enim jus omnem fornicationem da-
mnat. 1. Corinth. cap 6. v. 9. 13. & seqq. Ephes. 5. v. 3. &
alibi. & consequenter etiam damnat donationem hoc
nomine factam. Nec distinguendum: an fiat à cle-
rico, vel à milite, vel ab alio: sed ea semper & ubique
rejicienda est: tum quia jure divino (ut modo di-
ctum) improbatur; tum quia ab omni justitia &
virtute aliena est, à quacunque persona fiat. Itaque
omnia, quæ hac de re contra verbum Domini scripta
sunt, pro non scriptis haberi, & unâ liturâ induci à
Christianis debent, ut piè ac præclarè scriptum reli-
quit D. Obrecht. disput. 3. de donationib. thes. 28 & ali-
quot seqq. pag. 310. Item donari potest præscribens & 22
absentibus: sive per epistolam, sive per nuncium, sive
per aliam personam ad hoc specialiter destinatam,
illos donator de liberali suâ voluntate certiores fa-
ciat, l etiam. 4 l. absenti, 10. ff. hoc tit. l. nec ambigi. 6.
ubi gloss. & l. si aliquid. 13. C. eod Mozz. in tractat. de
donat. sub tit de substantialibus &c. num. 25. Clarus
lib. 4 recept. sentent. §. donatio quæst. 12. num. 2. Hart-
mann. Pistor. lib. 1. quæst. 3. num. 2. & seqq. Matth. Ber-
lich. part 3. conclus practicabil conclus. 2. num. 4. ubi
plures allegat. Hæcque donatio priùs firma non erit,
quàm absens donatoris voluntatem ratam habuerit.
d. l. absenti. 10. ff. hoc tit. Cujacius lib. 12. observ. 28.
Sed quid, si Notarius loco donatarii absentis stipu- 23
latus sit, & donationem ipsius nomine acceptarit?
Adhuc illā mancam esse (utut Doctores communiter
reclament, teste Claro dict. §. donatio. quæst. 13 & Moz-
zio dict. tit. de substantialibus, &c. num. 25) proba-
bilius est: nec dominium rei donatæ in absentem
transfertur, antequam ab illo rata & grata fuerit habi-
ta donatio, argum. l hoc jure 19. §. si quis 3. ff. hoc tit.
dict l. nec ambigi. 6. ubi Sichardus nu. 2. C. eod. l si ego.
9. §. 1. ff de jure dotal. Riminald. Iun. ad rubric. hujus
tit. num 14 Hotom. libr. 4 observ. cap. 25. D. Bocerus
in Commentar. de donat. cap. 3. nu. 3 edit. 2. D. Obrecht.
disput. 2. de donat. thes 113 cum seqq. Anton. Faber
part. 2. de errorib pragmat. decad. 47 error. 1. & seqq.
ubi istud latè explicat. At quid de nondum natis, sive 24
nasciturls dicendum? Et his donari posse, plerique o-
pinantur, Guido Pap in decisionibus suis quæst. 267.
Socinus junior cons 53. num. 3. lib 2 & cons. 128 num. 5.
libr. 1. Bologuet cons 6. num. 12. eosque referens Moz-
zius d. tit. de person. inter quas cad. possess. donat. num. 1.
Verùm, cùm in donatione extremum, in quo consi-
stat, requiratur, argum. l. Seja. 42. ff. de mort. caus. do-
nat. contrarium rectiùs defendunt Hotomann. cons. 13.
num. 10. huncq. citans Obrechtus dict. disput. 1 thes.
106. & seq. Nec obstit textus in l. si inter virum. 24 25
ff. de pact. dotalibus l. quoties 3. C. de donationibus quæ
sub modo, &c. l divi. 5. §. pactis. C. de naturalibus li-
ber. cum similibus quibus dissentientes nituntur. Nam
in iis non dicitur donatio directò in nondum natum
facta; sed pactio in donatione erat apposita: ut is,
cujus in persona donatio consistebat, postea nasci-
turo restituat. Hotomannus & Obrechtus locis modò
designatis. De infantibus, hoc est, iis, qui sunt intra 26
septennium, quod judicandum? Et his donari non
posse, magis est: quia intellectu & consensu destitu-
untur. §. sed quod diximus. 10. infrà de inutilibus sti-
pulat. l in negociis. 5. ff. de regul. jur. eaque de causa
furiosis comparantur. l. 1. ff de bonor. possess. furioso,
infanti, &c. compet. Nec ad rem facit, quod obii-
citur, tutoris auctoritate illis donari posse; quia
tutor consensum, qui non est, probare nequit, ar-
gum. l. sed si, manente. 5. ff. de precario. l. decem
116. ff. de verborum obligationib. l. non potest vide-
ri, 208. ff. de reg jur. Enimverò donatio infantibus 27

facta,

facta, non tutore auctore, sed per tutorem approbari potest. Nam tutore auctore fit, quod fit per pupillum, approbante tutore. Non autem tutor approbare id, quod nullum est, *dictis legibus*. At per tutorem fit, quod solus tutor facit, remota pupilli persona. *l.1.§.2. ff de administrat. & peric. tutor.* Sic etiam donatio infanti facta, per servum idoneum acceptari approbarique potest, *l. si quis in emancipatum.26. Cod hoc titul.* Etsi igitur rem donatam infantes per se accipere nequeant: possunt tamen accipere per alios: id quod etiam possu t muti & surdi naturâ; ut & furiosi, *arg.l. ult.ubi Dd. ff. de curatorib furioso, & aliis ext. minor. dand. D.Obrecht. dict. disputat.1 th. 164. & aliquot subseqq.*

28 Donationes simplices inter conjuges esse prohibitas, apparet *ex toto tit. ff. & de donationibus inter vir. & uxor.* Cujus prohibitionis triplex maximè ratio à Icteconsultis affertur, 1. ne mutuo amore se invicem spolient conjuges. 2. ne alter ditior, alter pauperior fiat. 3. ne concordia maritalis precio conciliari videatur. *l. 1. 2. & 3. ff de tit. ibiq. Wesenbec. in Paratit. l. n. 1. l si liberis 27. ibi, venalis concordia. ff. de pactis dotalibus D Obrecht dict. disputat. 1. de donationibus. th 183. cum seqq. Hartman. Pistor dict. libr. 1. quaest. 44. numer. 4. & seqq. Andr. Gail. libr. 2. observ. 40. num. 1. Mozz. in tract. de donat sub tit. de person. inter quas cad. poss donat. numer 31. Beust. ad l. 1 ff de jurejur. num. 97. & seq. Schneidevvin. in hoc §. num. 57. Thomas Sanchez. tom. 1 de matrimon lib 6. disput 1. num. 2. & seqq. pag. 425. D. Bocer. dict. Comment. de don. cap 3. num. 20. Anton. Tessaur. de Pedemontan. 32. num 1. cum sequentib. Cujac ad l. 1. ff pro donat. Dominic. Card. Tuschus tom. 2 practicar. conclusion. lit. D. conclus. 690. num. 1. cum seqq. Berlichius part. 2. conclusion. practicab. conclus. 15. num. 1. pag. 237. & novissimè Quirinus Kubach. centur. 2 quaestion. illustr. Politico-juridicar decur. ult. quaest. 3. pag. 571. cum seqq.* Adde, quòd & aliàs usu inter conjuges omnia communia esse debeant. *l. 1 ff de rit. nupt. l. 5 §. si vir. 15. ff de senatusconf. Silanian. l. ad versus. 4. C. de crim. expil heredit. Ephes. c. 5. v. 25. cum seq. & 2 Sam. c. 12. v. 3. Plutarch. in precept connub c. 36 Didacus de Medrano in tr. de consensu connubiali c 3. num. 3. Alsbus libr. 1. dicaeolog. c. 79. num cum seq. & c. 82. num. 12. pag 291.*

29 Reciprocae tamen donationes seu conventiones (ut, *verbi gratia*, bona praedefuncti conjugis sine liberis, ad superstitem conjugem perveniant) notissimâ Germaniae consuetudine invaluerunt, & à Camerâ Imperiali judicando confirmatae sunt, *argum. l. quod autem. 7. § si vir & uxor. 2. l cum hic status 32. § si ambo. 14. & l. ult. ff de donat. int. vir. & uxor. l. Aquilius 27. ff hoc titul. l. si pater. 12. C. de inoffic. testament. ibiq. Iason. numer. 2. & seqq. Gail. d. libr. 2. observat. 40. num. 7. & observ. 126. num. 1. 2. & 3 Borcholt. in tractat. de pact cap. 5. num. 70. Mynsinger. cent. 2 observ. 33. Treutler. consil. 4. numer. 12. cum aliquot seqq. volum. 1. & idem disput. 19 de donat. th. 4. lit. b. volum. 2. ibiq. Hunnius in suis resolut. quaest 21. & seq. pagin 112. & seqq. item Bachovius in suis not. pag. 93. Brenchorst. cent. 1. Miscellan controvers assert 16. Petr. Peck. de testament. conjug. libr. 4. cap. 41. num. 4. Coler. decis. 12. num. 44. cum seqq. Berlich. de conclus. 15. n. 10. pag. 240.*

Huic decisioni non obstat *l. licèt. 19. C. de pact.* ubi 30 ab Impp. Diocletiano & Maximiano rescriptum est, istiusmodi conventionem de mutuâ successione valere tantùm inter milites ex speciali favore: quòd scilicet milites de bonis suis, in vim postremi judicii, quomodo velint, & quomodo possint, disponere & testari valeant. Ergo in paganis seu non militantibus contrarium, jus scilicet commune, est servandum, quod vetat, pactis hereditatem deferri. *l pactum. 15. C. d. tit. l. ex eo 4. C de inutilib stipulat. & similibus.* Lex, *inquam*, illa non obstat. Etenim quae causa Imperatores movit, 31 ut singulare hocjus de pactis reciprocae successionis in militibus admiserint, favor nimirum militibus, & utilitas Reipublicae: eadem quoque ratio conjugib. adaptari potest. Nam non minor favor pro conjugio, quàm pro militiâ, militat: plurimumque interest, ejusmodi conventiones sive pacta reciproca de succedendo inter conjuges valere: ut hoc praemio & emolumento de lucrandis bonis dotalibus facilius homines ad matrimonium contrahendum invitarentur, *arg. l. 1. ff. solut. matrim.* Adde, quod tam arctus & vehemens amor inter conjuges viget, ut nullo modo haec admittatur suspicio, quod propter praematuram successionem alter alterius fata accelerare velit, *docente Brenchorst. loco praeallegato. Huc, referri poterunt, quae tradita sunt infr. ad princ. tit. de hereditat. quae ab intestat. deferuntur. num. 9 & multis seqq.*

Quid verò, si maritus ignobilis, vel senex ducat no- 32 bilem vel aetate florentem uxorem, poterit ne in compensationem ignobilitatis aut juventutis uxori donare? Et posse, communiter Doctores existimant, *Iulius Clarus libr. 4. sentent. §. donatio. quaest. 9. numero. 5. ibique Giacharius in suis not. ad lit. A. lib. 2. obs. 40. num. ult. Dominic. Card. Tuschus d. tom. 2. practic. conclusion. lit. D. conclus. 691 num. 22. & seqq. Tiraquell. ad l. si unquam. 8. C. de revocand. donati. verb. donatione largitus. numer. 19 & tract 2. nobilit. c 18. num 19. & tract. de legibus connubial gl. 1. part. 5. numer 9. Berlich dict part. 2. conclus. 15. num. 16. pag. 244. Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ c. 4 numer. 23. Cravetta consil. 51. Bald. Novell. in tract. de dote. part. 10. numer. 8. Covarruv. ad tit. de sponsalib part. 2. cap. 3. §. 3. nu. 2. Nevizan. syl. nupt. libr. 2. num. 28 Mozzius dict. tit. de personis, inter quas cadere poss. donat. num. 34. aliiq. ab iis relati.* Sed contrarium juri nostro magis est consentaneum. Omnis enim donatio inter conjuges indistinctè est interdicta, *tot. tit. ff. & C. de donat. inter vir. & uxor.* Ergo etiam inter nobilem & ignobilem senem & juvenculam. Et ceterae rationes prohibitionis, quae *suprà num. 28.* allatae sunt; etiam in horum matrimonio militant. Adhaec multi jure nostro casus speciales sunt expressi, quibus donatio inter virum & uxorem cōsistit: & tamen hic, de quo jam agitur, eorum in numero non recensetur: ut verisimile sit, eum nec jure enumerandum esse. Neq; relevat, si dicatur: 33 ex eo sustinendam esse hanc donationem, quòd non simplex sit, quae prohibita; sed remuneratoria: eum donet senex in compensationem senectutis, & ignobi-

lis in recompensationem ignobilitatis. Nam primè sibi
imputet nobilis, cur in ignobilem consenserit. De-
inde cum hic nullum verum subsistit meritum: ergò
nec vera donatio reciproca seu remuneratoria erit.
Neque enim talem reciprocationem & proportionem
formæ aut generis ad pecuniam jura nostra agnos-
cunt: sed tantum propter reciprocationem in quan-
titate, donationem valere concedunt. Et ibi magis
occurrendum est, ubi gravius aut serius est periculum:
velut ut ne senex, vel ignobilis maritus à fœmina nobili
vel puella, vel blandiente, vel exprobante, pecuniis e-
mungatur & spolietur: Præterea illa argumenta ma-
nifeste diluit Vlpianus in d. l. 3. in princip. ff. de donat.
inter vir. & uxor. dum ita ex Antonino Augusto re-
spondit: Majores nostri inter virum & uxorem dona-
tiones prohibuerunt, amorem honestum solis animis æ-
stimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes: ne
concordia pretio conciliari videretur: neve melior in
paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Atque
hæc fortassis olfaciens Clarus loco paulò antè designa-
to ait: conclusionem contrariam in puncto juris non
transire sine magnâ difficultate. Verùm eâ de re con-
sule Fachineum libr. 3. controvers. jur. cap. 80. Pine-
lum ad l. 1. part. 3. Cod. de bon. matern. Alberic. Gen-
tilem libr. 4. de nupt. cap. 13. & Scipionem Gentil. de
donat. inter vir & uxor. libr. 2. cap. 3. item Hunnium
in resolut ad Treutler. volum. 2. disputat. 19. de dona-
tionib th. 4 quæst. 25 pag. 117. ibiq; Bachovium in suis
not. p 94. & seq.
34 Cæterùm an simplex inter conjuges donatio jura-
menti religione confirmetur, minimè expeditum est?
Et confirmari, vulgò receptum videtur. Ita enim,
post alios, quos laudant, sentiunt Michael Grassus
libr. 1. recept. senteat. §. donatio causa mortis. quæst.
6. numer 3. Gail. dict. libr. 2. observat. 40. Mynsin-
ger. centur. 2. observat. 33. numer. 5. Anton Gabriel.
libr. 3. commun. conclus. titul. de donat. conclus. 3.
Iul. Clarus dict. § donatio. question. 9. numer. 3. Va-
squius libr. 1. controvers. illustr. cap. 38. numer 4. Io-
an. Gutierrez. in tracta. de jurament. confirmator.
cap 3. numer. 2. cum sequentib Sanchez tom. 1 de ma-
trimon. libr. 6. disputat. 11, numer 2 pag. 444. Treut-
ler. dict. vol 2. disp. 19. th. 4. lit. C. ibiq; in suis notis Ba-
chovius pag. 95. & seq. Polydorus Ripa in Commentar.
de actis in mortis articulo. cap. 12. nu. 22. D. Bocer. class.
2. disp. 19. th. 19. edit. 2 & d Comment. de donat. cap 3.
num. 23. Fachin. dict. lib. 3 cap 21. Quirinus Kubachi-
us d. centur. quæst. illustr. decur. ultim q. 4. Anton. Tes-
saur. d. decis. Pedemont. 32. num. 2. & seq per tot. Gram-
mat. decis. 130. numer. 37. Covarruv. in rubr de te-
stam. part. 2. num. 30. cum seqq. & libr. 1. var. resolut.
cap. 7. num 3. Berlich. dict. part. 2. concl 15. numer. 12.
Dominic. Card. Tuschus tom. 2. practic. conclus. lit. D.
conclus. 690. num. 6. cum seq. & conclus. 691. num. 34
cum seq & conclus. 694. num. 1. & seqq. Rittershusius
lib. 3. differentiar. juris civil. & Canon. cap. 17. pag. 239.
35 & seqq. Ast opinio contraria non absque evidenti ra-
tione sustineri poterit. Siquidem non est obligatorium
contra bonos mores præstitum juramentum. c. non est.
58. de regul. jur. in 6. Hoc autem juramentum contra
bonos mores esse patescit ex d. l. 1 2. & 3. ff de donat. in-
ter vir. & ux. Tum quia donans ad paupertatem redu-
ceretur: tum quia cura educandi liberos negligeretur:
tum quia daretur occasio divortii: tum quia matrimo-
nia venalia essent: tum etiam quia prohibitio juris civi-
lis hoc pacto planè elusoria foret: tum postremò quia
alteruter conjugum facilè blanditiis induci ad juran-
dum posset. Atq; ita tenent Matth. Coler. de processib.
exec. part. 3. c. 1. n. 116. cum seqq Bald in l. 1 ff. de don. in-
ter vir. & ux. n. 1 & in l. si quis inquilinos. 112. §. Divi
Severus. 2 ff. de leg. 1. n. 2. & in l. cùm. multæ. 20. C. de
donat ante nupt. n. 15. & in c. cùm contingat. 28. ext. de
jurejur. n. 37. Chassan. ad consuet. Burg. §. 6. n. 4. & seqq.
usq; ad nu 28. D. Obrecht. d. disp. 1. de donationib. thes.
221. & seq. Forst. lib. 2. disp. 10. th. 6. Matthias Stephani
cent. 2. q. 42 ad lit. C. & plures alii, quos recitat Mozzi-
us. d tract. de donat. titul. de person. inter quas cader.
possit donat. n. 32. ver. contrariam opinionem, &c. Por-
rò plures fallentias sive casus, quibus donatio inter
conjuges subsistit, recenset Berlichius d. part. 2. conc. 15.
nu. 5. & seqq. usq; ad n. 27. nec non Thomas Sanchez.
d. tom. 1. de matrim. lib. 6. disp 3. & seq. p. 428. & seqq.
Adde Dn. Collegam Besoldum vol. 4. cons. 151. num. 26.
cum seqq. fol. 48. & subseqq.
Illud extra controversiam est: quòd simplex sive 36
propria donatio patris in filios collata regulariter non
valeat. l. cùm de bonis. 11. & l. sive emancipatis. 17. Co-
dic hoc tit. l. 1 §. 1. ff. pro donato. l. donationes, quas pa-
rentes. 25. Cod de donat. inter vir. & uxor. Tum quia 37
pater & filius una eademq; persona censentur. l. ult. in
fine. Cod de impuber. & al. substitutionib. Tum quia 38
quicquid filiusfamilias acquirit, id jure patriæ potesta-
tis, patri acquirit l. 1. ff si quis à parent. fuer. manumiss.
& l placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Non er- 39
go donatio subsistere potest: quia nemo sibi ipsi po-
test donare. l si quis pro eo. 56. §. 1. ff. de fidejussor. & quia
differentia esse debet inter dantem & accipientem, arg.
d. l si quis. 56. §. 1. ff. eod. quia denique eo momento, quo
rei donatæ dominium transit in filium, id mox ad pa-
trem revertitur. d. l. placet. 79 ff. de acqu. vel omitt. he-
red. Clarus. d § donatio. quæst. 8 nu 1. D. Obrecht. d. di-
sput 1 de don. th. 125. cum seqq. Mezz. de titul. de pers.
inter quas cad l. poss donat. n. 13. Gail. d lib. 2. observ 38.
n 2. cum seqq. Gutierrez. de tract. de juram. confirmat.
part 1. c. 4. Menoch. in tract. de præsumptionib lib 3. præ-
sumpt. 29. n. 2. & seq. Summum tamen Principem filio- 40
familias rectè donare censent Oldradus cons. 231. Are-
tin. in dict. l placet 79. ff. de acquir. vel omitt. hered.
Roman consil. 456. Gail. d. observ. 38. nu. 16 D. Bocer. d.
Comment. de donat. c. 3. nu. 6. Menoch. de præsumpt. 29.
num 97. & alii, ab eo allegati Sed probabilius videtur a
hunc casum à superiori regula minùs rectè excipi Nam
in regulá de donatione patris & filii agitur. Hic autem
tractatur de donatione Principis erga filium, & qui-
dem ut Principis, non patris, erga filium. Non ergo
est exceptio pertinens: cùm prorsus à regula sit alie-
na; ut, post Riminaldum jun hic numer. 62. docu-
it D. Obrechtus d. disputat. 1. th. 230. & sequentibus.
Si-

41 Similiter patrem donare posse filio ob causam, puta studiorum, dotis & donationis propter nuptias, tradunt *glossa & Dd in l. si pater. 2. Cod. de inofficios. donationibus. Ioan. Wolfgang. Hiller. in tractat. de expensis* 42 *studiorum. num. 43* Ast hæc quoque exceptio videtur impertinens esse: quia hoc casu pater non tam donare, quàm solvere censetur: cùm dotare liberos, iisque sumptus ad studia pertinentes suppeditare teneatur. *l. capite. 19. ff. de rit. nupt. l. si quis. 5. §. non tantùm 12. ff. de agnosc. & aland. liber. Obrecht. d. disputat. 1. thes. 235. & fusius explicabitur infrà numer. 66. & seq.* Donationem sanè remuneratoriam patris in fi-43 liumfamilias factam, valere Doctores communiter concludunt, *argumentum l. cùm pater. 77. §. rogo 25. ibi, ut quisque de te meruerit, ff. de legat. 2. l. de emancipatis 13. in princip. Cod. de legit. heredibus. l. fœmina. 3. circa princip. ibi, contemplatione meritorum. C. de secund. nupt. & Novell. 2. in præfat.* quibus in locis fit expressè mentio meritorum filii erga patrem, ob quæ singularem gratiam à parente obtinuerit. Accedit, quòd hæc propriè non sit donatio, sed accepti beneficii compensatio: nec tam ex substantiâ patris, quàm ex propriâ industriâ rem donatam adeptus filius videatur. Et hanc sententiam approbant *Bartol. numer. 57. Ioan. Baptista à Sancto Severino numer 64. Crotus num. 76. Corasius num. 49. & Cagnolus n. 319. in l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit. Clarus in d. §. donatio. quæst. 8. num. 2. Gail. d. observat. 38. num. 5. Roland. à Valle consil 98. num. 48 lib. 1. Tiraquell. in l. si unquam. 8. verb. donatione largitus. num. 20. Cod. de revocand. donat. Fachin. libr. 3. controvers. jur. cap. 34. Daniel Moller. libr. 2. semestr. cap. 16. Paulus Busius ad d. l. 7. ff. hoc tit. & Mozzius dict. tit. de person. int. quas cad poss. donatio. num. 13. & seq.* Tametsi illam speciosis argumentis impugnare conentur *Menochius dict. libr. 3. præsumpt 29. num. 4. & sequentib. Arius Pinel in l. 1. part 3. numer. 62. Cod. de bon. matern. & in l. 2. part. 1. cap. 4. numer 4. Codic. de rescind. vendit. Lancellot. Politus in repitit. l. filium, quem. 24. Codit. famil. erciscund. cap. 12. col. 1. vers. secunda conclusio, &c. Arumaeus Exercit. Iustin. 6. thes. 13. & D. Obrecht. dict. disputat. 1. th. 239. cum sequentibus & disput. 5. thes.* 44 *159. & seqq.* Cæterùm ad hoc, ut valeat remuneratoria patris in filiumfamilias facta donatio, tria requiruntur. Primum est; ut benemerita non sint obsequialia, sed artificialia, vel officialia. Alterum est: ut merita & servitia rei donatæ æquivaleant. Tertium est: ut benemerita ista hæc per filium probentur. Idque, *post alios*, latiùs explicant *Menochius d. præsumpt. 29. numer. 21. & sequentib. Clarus dict. §. donatio. q. 8. num. 3. & 4. Gutierrez. d. tract. de juram. confirmat part. 1. num. 2. & seqq. Mozz. d. tit. de person. int. quas. cad. poss donat. num. 15. Tiraquell. in d. l. si unquam. 8. verb. donatione largitus. num. 71 & multis seqq. C de revocan d. donat. & D. Bocer. d. Commentar de donat. cap 3. numer. 15. circa finem. & cap. 13. num. 10. & 14. edit. 2.* Non obstat huic traditioni, quòd ex sententiâ Philosophorum ea sint patris in filium beneficia & merita: ut is par nulla gratia à filio referri, & nullis ea beneficiis filii exæquari aut superari possint; ita ut, cùm filius quicquid etiam faciat, faciat ex debito, nullum planè patri beneficium aut meritum imputare possit *Aristot. libr. 8. Ethic. cap. 11. & 12. & ultim. in fine. Plato lib. 4. de legibus. Bodin. lib. 1. de Repub. cap. 4.* Nam respondetur: æstimari hic meritum ex judicio patris, qui, quod consid. ratione jam dictâ pro debito habere potest, pro beneficio ducit: quomodo etiam legi Dei jubemur proximum diligere, sicut nosmetipsos. *Romanor. cap. 13. v 8. & seqq.* & tamen quæ proximo præstamus, reverà merita & beneficia censentur. Huc pertinet, quod Seneca *lib 3. de benefic. cap. 29 & seqq. usq. ad finem libri.* prolixè & eleganter ostendit: patrem à filio beneficiis etiam superari posse. *Similiter* non obstat, quòd propter conditionem filiifamilias, qui omnia acquirit patri, *per tradita superiùs num. 38.* non possit subsistere donatio: eaque conditio & qualitas per benè merita filii non tollatur: adeòque durante impedimento, etiam duret donationis nullitas. *Dupliciter* enim Doctores respondent: *primùm*, quod filius ratione meritorum pro extraneo habeatur: *Deinde*, quòd donatum à patre filio ob benè merita sapiat naturam peculii adventitii, cujus jure novo filiusfamilias est capax. *Bartolus in dict. l. frater à fratre. 38. numer. 57. ff. de condict. indeb. Decius consil. 536. incip. in causa, quæ agitur, numero 3. & 4. Cephal. consil. 61. incip. nobilis. numero 13. volum. 1. glos. in Auth. unde & si parens. in verb. falcidia. C. de inoffic. testament. illosq. referens Andreas Gail dict. libr. 2. observat. 38. numero. 5.* Vide Reinhardum Bachovium *in not. & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disputat. 19. thes 3. liter. E. versic. Adde, quod & ab initio, &c. pagin. 87. & sequent. ubi eâ de re accuratiùs disserit.* Quamvis autem donatio inter patrem 45 & filium regulariter infirma sit: eam tamen solâ morte ipsius patris confirmari, si non appareat, patrem mutasse voluntatem, probatur *per textum in l. donationes, quas parentes. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. l. filia. 18. C. famil. ercisc. & Novell. 162. cap. 1. in fine.* & tradunt *Bartol. Iason. & Crotus in dict. l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit. hosq. citans Menochius dict. tractat. de præsumpt. libr. 3. præs. 29. numer. 66. Clarus in dict. §. donatio. quæst. 8. numer. 7. D. Bocer. dict. cap. 3. num. 8. Arumaeus Exercit. Iustin. 6. th. 14 in addit. & idem libr. 2 decis. 8 numero. 28. Matth. Stephan. cent. 2. quæst 44 liter. d. Vacconius à Vacuna lib. 4. declar. 57. nu 10. Treutler. d. vol 2. disput 19. th 3. lit. E. ibiq. latè Bachovius in suis not versic. demùm solâ patris morte pag. 85 & seq* Hujusque ratio non obscura est: tum quia videtur quasi testamento patris confirmatum, quod donatum est. tum quia sublata patria potestas nihil ampliùs obstat, *D. Obrecht. dict. disputat. 1. de donation. thes. 248.* Præterea donatio- 46 nem, à patre in filiumfamilias collatam, confirmari tacitâ ratihabitione patris, post filii emancipationem, constat *ex l. donationes. 31. §. pater. 2 ff. hoc tit. & l. sive emancipatis. 17. C. eod.* Iure etiam Wir- 47 tembergico revocare nequit pater donationem in liberos factam, ipsis postea è potestate patris liberatis: ut quando in convictu patris esse desierunt, Fürstlich Würtemb. erneuwert Landrecht. part

48 *part.2 tit.18.pagin.304.§.* **es mögen auch/ꝛc.** Quin &
usumfructum adventitii peculii filiifamilias pater ipsi
donare licitè potest. *l. cum oportet. 6. § non autem.2.*
vers sin autem res.C.de bon. quæ liber. Gutierrez. d.
tractat. de jurament.confirmator.part.1. cap. 4. num.
11 eumque citans D. Bocer.prædicto cap.3.num 13 Sed
49 donationem inter patrem & filium subsistere, si pater
donationem factam juramento confirmaverit, communiter
Doctores attestantur, *Bald.in l fin num. 8. C.*
de usucap.pro donato.Socin.consil 91.num.8.lib. 1. &
consil.107 num.1 lib.3.& consil. 131.numer 3 libr. 4.
Iason.in repetitione l. frater à fratre.38.ff de condict.
indeb colum.penult & consil. 184 col. fin.vers prætereà
talis. libr. 2. & consil. 118. num.1. lib. 4. Decius
consil.216. num 2. & consil.229. numer. 1. & consil.
414.num.12.& consil. 432 num.5. & consil.631 num.
5. & consil.688.num.6. Bertrand.consil. 39.numer.1.
& consil.89.num.2.& cons.144.numer. 1. libr. 1.part.
2. Rubeus consil.130.numer. 5. & consil 145.num.10.
Paris.consil.55 num.3. libr 1.& consil 33 num.35. libr.
3.Cravett. consil 19.num.1 & consil.102.num. 1. vers.
sed præmissis & consil.136.num.2.Ioan. Dilect. de arte
testand.tit 3 caut.2,num. 2.& plures alÿ, quos congessit
Iulius Clarus dict.§.donatio quæst.8.numer.8. ubi
subjicit, hanc rem in practicâ nullam solere habere difficultatem,
atque adeò ineptum esse Advocatum, qui
illam vellet in disceptationem deducere. Eidem opinioni
subscribunt *Andreas Fachin. libr.3. controvers.*
jur.cap.77. Fernand. Vasq. de success. creat. libr 2. §.
18.requisit 19.num. 162. Everhard à Middelburg. in
Top.legal. loco, à vi juramenti num.12 Andr Gail.lib.
2.observat.38.num.7.& seqq. Gutierrez. dict.tract.de
juram.confirmat. part.1 cap 4.num.4. Vivius in commun.
opin.in verb.donatio facta à patre. &c. Hilliger.
in Donell.enucl lib.9.c.5.lit.e.p mihi 790. Rittershusius
d.lib.3.differentiar.jur.civ.& cã.c.18.p.242. Mozzius
d.tract. de donat.sub titul.de person. inter quas cadere
possit donat. numer. 20. aliique per hunc adducti.
50 Verum hæc licèt sit receptissima & canonizata sententia,
ab eâq; in judicando & cõsulendo recedere sit temerarium,
secundùm Iasonem & Mozzium locis modo designatis:
attamen juris ratio & auctoritas vix admittere
videtur, ut juramento isthæc donatio confirmetur.
Tum quia quicquid filiusfamilias acquirit, patri acquiritur,
§.1 infr.per quas person. cuiq; acquir. l. placet.79 ff de acquir. vel omitt. heredit. etiamsi obligatio
sit, *instit tit infr. per quas person. nob. oblig.acqui-*
51 *rit.* Nemo autem sibi ipsi obligatur. Tum quia inter
patrem & filiumfamilias nulla lis esse potest. *l.lis nulla*
4.ff.de judic. Tum quia juramentum est accessio ipsius
donationis: quâ non subsistente, nec ipsum juramentum
vires ei præbere poterit, *c.accessorium. 42 de*
reg.jur in 6. Proinde etiam nullum hic perjurium
committitur. *Donell lib.21. Commentar. de jur. civil.*
52 *cap.13.pag.537.* Tum denique quia quod unâ viâ prohibitum
est, aliâ viâ permitti non debet. *c. cùm quid*
53 *una. 84. de reg. jur.in 6.* Neque obstat *vulgata Auth.*
sacramenta puberum.C.si adversus vendition. ubi dicitur,
sacramenta inviolabiliter custodienda esse. *Loquitur*
enim ista auth. de contractu sive conventione
quæ jure valet. Plura, quæ huic verissimæ assertioni
adversari videntur, accuratè diluit Dn. Collega Bocer.
d. Comment. de donat.cap 3.num.7. Cæterùm utrùm
valeat donatio facta à patre filio in potestate constituto,
ob causam legitimæ, examinat (in utramque partem
multis Dd. auctoritatibus relatis) Hieronymus
de Cævallos *in specul.aur. commun.opin. cont. comm.*
tom.1.quæst.245.

Nunquid verò simplex donatio, parentibus liberis 54
facta, post mortem parentum sit conferenda, & æqualiter
cum reliquis fratribus dividenda, gravis & anceps
quæstio est? Sed illam conferendam non esse, evidens
ratio suadet. Etenim aperti juris est, bona acquisita
per liberos, post mortem patris, non conferri; *l. à patre*
10. l. si donatione.13.in princ.& l.nec emancipati 25.
C.de collationibus. Atqui in proposito themate liberi
censentur consequi bona post mortem patris: quoniam
donatio collata in liberos, in sacris paternis constitutos,
initio non valet; sed demum morte patris confirmatur,
dict. l.donationes.25. Cod.de donat. inter vir.
& uxor. Accedit manifestus textus *in l illud.20.in fine*
Cod.de collationib. ubi Imp. Iustinianus simplicem
donationem non aliter, quàm si hujusmodi legem donator
tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit,
conferri statuit. Quare cùm in præsenti quæstione,
nihil de collatione parens caverit: ea tanquam omissa
in considerationem trahi, vel etiam donatario injungi
haud debet, *ut in simili arguit Imperator in l.*
unic.§.sin autem ad deficientis.11.Codic de caduc.tollend.
Atque hæc sententia communibus Scribentium
votis confirmata est, prout ejus rei testes sunt locupletes;
Iason.in authent : ex testamento. numer. 9.
Sichardus numer.7.& Gilkenius numer. 8. Codic. de
collationibus. Vitalis Nemarisens. quæst. 1. de collat.
Natta consil 109 numer.1. Volum.1. Anton.de Amat.
num.78. & Cagnolus num.597. ad l. si emancipati. 9.
Cod.de collat. Bronchorst.centur 3.ἐναντιοφανῶν assert.
68. Fabineus libr.5. controvers.jur cap.80. & Arumæus
dict.libr.2.decision.8.numer. 35. & sequentibus. ubi
ad contraria argumenta eleganter & prolixè respondet.
Eâdem de re videantur *Cujacius lib.3.observation.cap.30*
Donellus libr.9.Commentar.de jur.civil.c.5.
ibiq; ejus Enucleator Hilliger.in suis notat.ad lit. F. Anton.
Faber.part.2. de errorib.pragmat.decad.40 error.
1.& sequentibus.item decade 42.error.6.& sequentib.
nec non Fachineus parùm sibi constans libr. 6. controversiar.
jur.cap.64.& libr 12.c.46.itemq; lib.13.c.92.
& seqq.

Huic vicina & illa nobilis quæstio est: an filius sumptus, 55
studiorum causa sibi à parente suppeditatos, conferre
teneatur? Et non teneri, primò inde apparet, quòd
jure nostro illi sumptus, qui pietatis causa sunt facti,
repeti nequeant; atque adeò à collationis necessitate
exempti intelligantur. Ita enim rescripsit Alexander
Imperator *in l.alimenta.11.& l.quod in uxorem.13.C.*
de negoc. gest. Atquis negabit; eos quoque sumptus,
qui studiorum causa suppeditantur, exigente pietate,
postulanteque affectu paterno vel materno, erogari?
Si paterno affectu (rescripsit Imp. Gordianus) *privignas*
tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris ex-
pendi-

pendisti; ejus erogationis tibi nulla repetitio est. l. si pa-
56 *terne.* 15.*C. dict. tit.* Cæterùm si hoc procedit in vitri-
co, quantò magis obtinebit in genitore; qui & animo
& naturâ pater est? Etenim si id inest. quod minus in-
esse videtur; inerit etiam, quod magis inesse creditur,
arg. l. ult. ubi gloss. & Dd. C. qui ætate vel professione se
excusant cum in conjunctis. 7 *ibiq; gloss. super verb. mul-*
tò fortiùs Panormitan. Imola, & Canonistæ communi-
57 *ter ext. de electione, &c.* Secundò illud, quod dignita-
tis nomine à patre est datum, à collationis onere im-
mune esse, testatur excelsi ingenii IC. Papinianus, eum-
que sequutus Vlpianus *in l.* 1. *§ sed an id, quod.* 16. *& i-*
bi Dd. ff. de collat. bonorum. Idem igitur dicendum de
sumptibus studiorum causâ à patre subministratis: qui
æquè adipiscendæ dignitatis causa, & etiam ad pro-
movendam publicam utilitatem facti optimo jure per-
hibentur. Quò facit quoque textus *in l. unic. C. de*
periculo successor. parentis. ubi Imp. Alexand. sic re-
scribit: *Si de proprio suo patrimonio muneris editio-*
nem tuo nomine pater tuus repromisit, ideoq; etiam Sa-
cerdotem te creari impetravit. onus erogationis com-
mune omnium heredum ejus esse. Præses provinciæ non
58 *ignorabit.* Tertiò huic sententiæ patrocinatur IC.
Iulianus, dum *in l. qui filium.* 4. *ff. ubi pupill. educ. ar.*
deb. proponit casum, qui apprimè conducere videtur
ad præsentis nostræ quæstionis decisionem nempe ta-
lem: Quidam reliquerat filium & filiam impuberes,
eisque tutorem constituit, qui pupillæ alimenta dedit,
& præceptoribus mercedes, ut liberalibus artibus in-
stitueretur: quemadmodum olim mulieres institui
moris erat. Finitâ tutelâ filius vult repetere dicta ali-
menta & mercedes sorori suæ præstitas: respondit Iu-
lianus consultus, nihil eo nomine ipsi præstandum es-
se. Quo quid planius & apertius dici potuisset, ex
quo magis evidenter cognoscere liceuisset, sumptus
studiorum causa factos in collationem haudquaquam
venire? Quartò ab hac opinione non est alienus Vlpi-
59 anus *in l. qua pater. 50. ff. famil. ercisscund.* ubi dicit,
quòd æquitas non patiatur, ut ea, quæ pater pietate
debitâ ductus filio studiorum causa subministravit, in
rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem
filium pertinuit, computentur: nisi credendi animo i-
psi à patre suppeditata fuerint. Quo sanè innuit IC
sumptus studiorum causa factos regulariter conferen-
dos non esse: cùm non credendi, sed potiùs donandi a-
nimo pater illos sumptus fecisse præsumatur. Quæ pi-
etas & donandi animus exinde magis colligitur: quòd
pater mittens filium in Academiam, videtur sese illi ob-
60 ligare ad dandos sumptus, quibus ibi vivendum. Qui
enim vult consequens, vult etiam antecedens, sine quo
illud esse non potest, *arg. l. 2. ff. de jurisdict.* At pater
vult, filium esse in Academiâ, ibique bonas literas addi-
scere. Ergo vult illi etiam dare sumptus, sine quibus i-
bi esse non potest. Præterea *d. l. qua pater. 50. ff famil.*
ercisc. expressè concepta est de filio *emancipato*: & vult,
quòd sumptus studiorum causa factos conferre non
teneatur. Si igitur filius emancipatus istos sumptus
61 conferre non tenetur: multò minus filius, in sacris pa-
ternis constitutus, conferre tenebitur. Præsumptio
namque est: affectum paternum majorem esse erga

illum, quàm emancipatum, utpote qui mutat famili-
am, minimam capitis diminutionem patiendo. *§. mi-*
nima. 3. supr. de capit. deminut. qui jure civili filius esse
desinit, legis successione non gaudet, nec suus heres
esse dicitur. *§ emancipati. 9. infr. de hereditatibus quæ*
ab intest. deferunt §. emancipatos. 3. infr. de exhered.
liberor. Præsumptio insuper juris est: Patrem donan-
di animo pecuniam filio studioso mittere, *ut paulò*
antè monitum, numero. 59. Si enim tum demum fili-
us pecuniam conferre cogitur, quando conditio illa re-
peritur, *quòd credendi animo pater miserit,* ut traditur
in d. l. qua pater. 50 ff. famil. ercisc. sequitur è contra- 62
rio, quando conditio illa non adest, quòd donasse
censeatur. Siquidem quod sine conditione datur, pu-
rè datum esse præsumitur: & quod non animo repe-
tendi datum est, donatum esse intelligitur. *Nec est,* 63
quòd objiciat quispiam, nullam donationem inter pa-
trem & filium factam fuisse: cùm de eâ nullâ patris
testatoris extet voluntas. *Quandoquidem* satis appa-
ret, voluisse hoc patrem. Si enim voluit ablegare filium
ad artes addiscendas: utique & expensas ei dare voluit:
cùm sine his artes addisci nequeant, *arg. d. l. 2. ff. de ju-*
risdict. Nec stringit, quòd patris voluntas dicto, aut
scripto non sit expressa. Nam multa sæpenumero ta- 64
cita, pro expressis habentur. *l. cùm quid 3. ff. de rebus*
credit. si cert. pet. l. si debitor. 12. C. de distract. pignor l.
si mater. 3. C. de inoffic testament. nec quicquam re-
fert, utrùm quis voluntatem suam declaret verbis, an
rebus ipsis, vel factis. *l. de quibus. 32. §. 1. vers. nam*
quid interest. ff. de legibus. Sed & expressa nocent, non 65
expressa non nocent, respondente Modestino *in l. ex-*
pressa 198. ff de regul jur. Nec item est, quod regera-
tur: donationem inter patrem & filium non posse sub-
sistere, *per ea, quæ fusiùs tradita sunt suprà numero.*
36. *& aliquot sequentib.* Etenim distinguendum est 66
inter donationem puram vel simplicem seu meram,
quæ scilicet nullam habet causam annexam, nisi me-
ram liberalitatem & beneficentiam gratuitam; & do-
nationem ob causam. putà studiorum, aut officio-
rum, &c. Illa donatio sustineri nequit: hæc verò adeò
valet, ut nec omninò revocari, nec in legitimam com-
putari debeat, *Auth. unde & si parens. C. de inoffic te-*
stam. Ejusque ratio est perspicua: quia ob causam do- 67
natio, non est propriè donatio: eò quòd non sit meræ
liberalitatis exercendæ causa; sed ea lege, ut aliquid fi-
at, vel non fiat; vel sub modo. & conditione, vel ex cer-
to tempore, aut in certum tempus donetur. *l. 1. & tot.*
tit. C. de donationib quæ sub modo, vel condit. vel certo
temp. confic. Ideoque ejusce modi donatio peculio ad- 68
ventitio potiùs, quam profectitio adscribitur: quod ut
ab hereditate, defuncti scilicet, alienum est: ita colla-
tionis nullam considerationem habet. *Idq; latiùs ex-*
plicat Hiller. d. tract. de expens. studior. num. 48. Quin 69
& hoc non incommodè dici poterit: istam donatio-
nem, studiorum causa in filium à patre collatam, mor-
te patris censeri: confirmatam. *d. l. donationes, quas. 25.*
C. de donationibus. inter vir. & ux. & expositum supra
num 45.

Quintò nostra sententia stabilitur hoc argumento: 70
Quo jure & privilegio utuntur milites armati: eodem

etiam fruuntur togati *l.fin.C de palatinis sacrar.largi-
tion.lib.12 Everhard à Midelburg.in Top.à milite ar-
mata milit.num.1 Bartol. Angel. Alexand. Secin.& Ia-
son.in l.miles.6 ff.de re judicat. Cyn. & Salicet. in l.1.*
71 *C.de jur & fact.ignorant.* Atqui filiusfamilias miles o-
mnia præcipua habet, quæ pater ei, in castra Martis
proficiscenti, elargitus fuerit. *l. miles præcipua. 4.in
princ. ff. de castrensi pecul.* Ergo & filiusfamilias ad
Musarum castra proficiscens omnia præcipua habere
debet: cùm utrobique par subsit causa. *l.advocati. 14.*
72 *C.de advocat.divers.judiciorum.* Quò respicit Imp.A-
nastasius *in l.jubemus.5.C.de silentiariis & decurionib.
eor.* ita rescribens: *Iubemus clarissimorum silentiario-
rum præditos militiâ, etsi genitorum suorum in potesta-
te sint constituti: quæcunque solatiorum, seu emolu-
mentorum, vel donationum, seu hereditatum nomine
per militiam, vel quamlibet ejusmodi causam his ac-
quisita sunt, vel fuerint, jure castrensis peculii possi-
dere, nec ea posse vel parentes superstites sibi vindica-
re, vel auferre, vel etiam post eorum obitum fratres,
vel alios eorum heredes, quasi ad defunctorum domi-
nium pertinentia, in divisionem deducere. Nec enim
oportet labores eorum aliis fructum vel lucrum adfer-
re.* Ex horum verborum generali ratione idem de fi-
liofamilias studioso asserere possumus: cùm iisdem,
quibus miles, gaudeat privilegiis, *ut jam ante osten-
sum.* Non ergo deterioris, sed melioris conditionis &
prærogativæ esse debet. Quamvis enim, juxta notum
versiculum:

> *Dent magnum Martis victricia cornua nomen:*
> *Gloria, lausq; tamen major ab Arte venit.*

73 Sextò suffragatur huic sententiæ *l si filia.20 §. idem
scribit.6 ff.familia ercißcund.* ubi statuitur, filium de-
bere præcipere, si in muneribus publicis, in quibus
pater ei consentit, reliquatus sit; quòd hoc æs alienum
fit patris. Idemque reperitur *in § Neratius. 7. eâdem
lege.* Eòdem confert *l 3.§. final ff de muneribus &*
74 *honoribus.* Adde, quòd cùm collatio fiat arbitrio bo-
ni viri, is non videatur judicaturus, ut ea, quæ sine do-
lo & culpâ perierint, vel consumpta sint, conferan-
75 tur. *l. 2.§. de illis. 2. ff. de collat. bonor.* Septimò hûc
non parùm confert illud pervulgatum, quòd publica
privatis longè sint anteferenda. Ea siquidem, quæ
communiter omnibus prosunt, præponimus iis, quæ
specialiter quibusdam utilia sunt, præclarè inquit Iu-
stin. Imp. *in Novell.39. cap.1.* Quin autem ipsius Re-
ipublicæ intersit, ne sumptus studiorum causa facti in
collationem veniant, nemini ignotum esse potest. A-
lioquin enim quàm multi metu collationis faciendæ
studia desererent; imò planè negligerent? quàm mul-
ti de bonis hereditariis rectè conservandis magis soli-
citi forent, quàm de studiis proprio sumptu suscipien-
76 dis & pertexendis? Pecunia etenim hereditaria certa
est, ejusque conservatio non adeò magnum desiderat
laborem: studia verò immensam industriam, & labo-
rem indesessum requirunt. Postremò hanc decisio-
nem, tanquam æquissimam & verissimam, Doctores
plerique commendant, *Bartol.in l.1.§.nec castrense.15.
ff.de collat.bonor. Baldus in l.filia.18.C famil ercisc. Ia-
son.in auth. quod locum.C. de collationibus Vital. dict.
tract.de collat.quæst.1.& 18. Hartman.Pistor. libr.1.q.
19. Cravett.consil.125.numer.4. Horat. Luc. de privi-
leg Scholar.c 27.ver.primò amplia, &c. Menoch.lib.3.
præsumpt.30.numer.16. Gilken.in auth ex testamento.
num.57.& seqq C. de collationibus Schneidevvin. ad
§ quædam actiones.20.infr.de actionib.sub tit.de acti-
one famil.ercisc.n 42 & seqq. Wesenbec. in Paratitl.ff.
de collat.dot & conf 80. Petr. Gregor. Tholosan.lib.44.
syntagm.jur.univers.n 44 cum seq. Ioan. Garzias in
tract.de expens.& meliorat.c.4.num.6 cum seq. Sich.
ad l.pactum dotali.3.numer. 1.C de collationibus. Lud.
Schvvartz.major.lib.1.miscell.cap.12. Rutger. Ruland.
part.4.de commiss lib 5.cap 14. Trentacinq. lib. 1. reso-
lut.5.de legis Quirinus Kubach centur.2. quæst.illustr.
politico-juridicar.decur.9.quæst.7.pag.547.cum seqq.
Kremberg.in tract.de sumptib.studiosor.quæst. 1. Giph.
in antinom.jur.civil.disputat. 1.in coroll.Cujac. d. lib.
3 observ.30. Theming. decis 32. D. Collega Besold. class.
1.Collegii Polit.disput.5.coroll.8. & in delibat. jur. ex
lib.10.Pandect.num.3.pag.577.cum seqq. Arumæus di-
sput.Pandect.8.thes.15.& Cothman.respons.16 vol.4.
ubi pro utraq; parte multas rationes affert.* Quibus ad-
jiciendus est Ioan. Wolfgang. Hiller. *d tract. de expen-
sis studiorum.num.44.* ubi hanc doctrinam infinitis fe-
rè auctoritatibus corroborat.

Huic sententiæ non obstat textus *in l. quoniam.29* 77
C.de inoffic.testament. ex quâ relucet, quod dos omni- 78
no conferri debeat. Dotis autem favorem summum
esse, passim ex jurè nostro constat. *l. 1. & 2. ff. de jur.
dot. l. 1. ff. solut. matrim. l quilíberos.19. ff. de rit. nupt.
& l.ult.§. sive vers. utramque. C.de dot.premiss.* Nam
argumentum à dote sumptum ad hanc, vel aliam cau-
sam non procedit, quando alterutro in casu diversa est
ratio, *ut docet Everhard.à Midelburg. in locis suis le-
gal.loc.à dote ad piam causam.numer. 3 & loc. à dote
ad alimenta.num.3.* Multò sanè magis necessariam es- 79
se erogationem sumptuum causa studiorum ipsa dotis
datione, vel inde manifestum evadit, quòd Respubli-
ca absque viris eruditis diu consistere atque conserva-
ri non possit. Sed & evidens subest ratio diversitatis,
cùm dos conferenda sit, sumptus verò studiorum non
item. Quia dos non transit in quasi castrense peculi-
um, sed refertur inter bona profectitia: sumptus au- 80
tem, de quibus hîc loquimur, in quasi castrense pecu-
lium transeunt, ut meritò collationem effugere debe-
ant: cum nec castrense, nec quasi castrense peculium
conferendum sit, sed præcipuum esse oporteat: ut mul-
tis constitutionibus contineri refert Vlpianus *in d. l. 1.
§.nec castrense.15.ff.de collat bonor.*

Similiter non adversatur *l.inter filios.11. Cod.famil.
ercisc.* ubi dum Imperator Philippus rescripsit: inter fi- 81
lios & filias bona intestatorum parentum pro virilibus
portionibus æquo jure dividi oportere: inde dicendum
videtur, sumptus studiorum causa suppeditatos etiam
conferendos esse, nec eosdem præcipuos habere filios
posse. *Etenim* rescripsit illic quidem Philippus, bona
parentum æquo jure dividenda esse inter liberos: sed
quid tum? An ne propterea omnia conferenda erunt?
An ne etiam sumptus pietatis causa facti? An ne id,
quod ob dignitatem datum est? Num item castrense
& quasi

& quasi castrense peculium? Neutiquam verò. Nihil enim loquitur prædicta lex de his, & similibus sumptibus, collationem effugientibus. Nec nostrum id-
82 circò erit, de hisce eam exaudire. Præterea licèt aliquam videatur redolere iniquitatem; liberos, quos æquales fecit ipsa natura, qui communes habent parentes, & commune domicilium, inæqualiter instituere; & hac inæqualitate discordias & rixas inter fratres excitare, *argum. l. 1. C. unde liberi. l. si major. 4. in fine. C. commun. dividendo. dict. l. inter. 11. C. famil. ercisc. l. maximum vitium. 4. C. de liber. præterit.* illud
83 tamen in proposito nostro casu non valde attendendum erit. Tum quia utilitas publica semper præferenda est utilitati privatæ, *ut constat ex d. Nov. 39. cap. 1. l. unic. §. hæc autem omnia. 14. C. de cad. tollend. c. imperialis. in princip. de prohibit. feudi alienat. per Lothar. tit. 52. libr. 2. Feud.* Tum quia pia causa facit,
84 ut nonnunquam à dispositione juris civilis discedatur, *argum. c. relatum. 11. ext. de testament. Bald. in l. 1. C.*
85 *de SS. Eccles.* Studiorum autem causam esse piam, & concernere utilitatem publicam, cùm sine illis nulla Respublica gubernari possit, in confesso est. *Auth habita. C. ne filius pro patre, & c. Gloss. in l stipulatio. 21. §. sive autem 4. ff. de operis novi nuntiat. in l. 1. numero. 30. ff. solutien. matrimon.* Favor igitur studiorum facit, quò minùs hac in parte æqualitas lo-
86 cum sibi vindicare possit. Adhæc quemadmodum pater non tenetur filias æqualiter dotare, *teste Decio consil. 23. col. 4.* ita nec æquales partes tenetur liberis relinquere: imò eum plus uni filio, quàm alteri relinquere posse, expediti juris est. *l. parentibus. 8. C. de inoffic. testament. l. ex parte 39. ff. famil. ercisc. l. quoties 10. C. eod. l. cùm pater. 77. §. evictis. 8. ff. de legat. 2. & pluribus demonstrabitur infr. ad § sed cùm paulatim. 3. de testament. ordinand. numer. 266. &*
87 *sequentib.* Et quis parentibus eam ob causam justè succensere poterit: cùm bona ipsorum propria sint; in tantum, ut si velint, illa in mare projicere possint? *per notata Accursii in l. 1. in glos. magna, circa medium. C. de inoffic. donat. Roland. à Valle consil. 62. num. 25. vol. 1. Bertazol. consil. 57. numer. 4. cum sequentib. Surdi consil. 1. numer. 76. & aliorum relatorum à Kuchen in tractat. de Sax. non prevoc. jur. cap. 2. numer. 20.* Prædicta igitur objecta & jura, de æqualitate inter liberos servanda, locum habent in dubio, ubi patris voluntas expressa non est: secus, ubi de voluntate patris constat. Et ita consuluisse Parisium *consil. 34. num. 50. & seq.* testatur Andreas Gail. *libr. 2. observat. 112. num 25.*

88 Nihil item detrahit sententiæ nostræ, quòd nemo in legitimâ (quæ omni jure liberis debetur, vicemque alimentorum subit, adeòque statuto tolli nequit *l. cum ratio. 7. in princip. ff. de bon. damnator l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul. testam. null. extab. Novell. 18. cap. 3. vers. unde enim, & c. idq; fusius declarabitur ad §. ultim. infr. de inoffic testam. num. 38. & sequentib.*) sit defraudandus. *l. scimus. 36. §. illud. 2. ibi, ne filius defraudetur debito naturali & Auth. novissima. in fine ibiq. Sich. numer 24. C. d. tit.* Fratres autem & sorores in legitimâ defraudari videantur, si filius Studiosus pecuniam acceptam conferre non teneatur. *Respondetur* enim: nequaquam exinde, quòd pater in filium studiorum causa sumptus collocat, reliquos liberos defraudari. Certi 89
quippe juris est, quòd parentes liberis tantùm legitimam relinquere teneantur: de reliquis verò disponendi ipsis libera sit potestas. *d. auth. novissima. ibiq. Dd. l. quoniam. 29. l. omnimodo. 30. l. si quis fue. 33. C. de inoffic. testament. d. §. ult. infrà eod.* Legitima igitur relicta, continenti esse coguntur liberi: nec habent, quod amplius conquerantur: nec etiam ulla ipsis competit actio, *l. cum quæritur 6. C. eod. tit.* Adde item Ioannem Limneum *tom. 3. de jure publ. Imp. Rom. lib. 8. c. 7. num. 4. & seqq.*

Nihil quoque officit *l. illud. 20. in princ. C. de collationibus.* ubi cùm milites Martis conferant sumptus in militiam factos: idem obtinere videtur in militibus Musarum: siquidem paribus ambulant passibus, *arg. d. l. advocati. 14. C. de advocat. diversor. judicior.* Nam 90
respondetur: varias esse militias. Quædam enim est militia armata. *dict. l. miles. 6. ff. de re judic.* quædam togata. *d. l. advocati. 14. C. de advocat. diversor. judicior.* quædam palatina, *l. 1 & tot. tit. C. de privilegiis. eor. qui in sacro palatio militant libr. 12.* Quin & militiæ appellantur commoda annonatum, & salaria, quæ armatam vel inermem militiam exercentibus publicè præstari, quæque ita in commercio esse solent; ut emi, vendi, legari, aut alias relinqui potuerint. *l. Lucius. 22. & l. mortuo. 49. § 1. ff. de legat. 2. l fideicommissa. 11. §. si servo. 16. l. his verbis. 102. §. fin ff. de legat. 3. l. libertis. 18. §. ab heredibus. 2 ff. de aliment. legat. l. 3. §. si quid minori. 7 ff. de minorib. 25. annis. l. omnimodo. 30. §. imputari 2. C. de inofficioso testament. l. ultim. C. de pignorib. & hypothec.* De his igitur Iustinianus *in dict. l. illud. 20. C de collationibus.* intelligendus est: idque inde apparet, quòd non definiat, omne illud, quod in militiam erogatum sit, conferri debere; sed id demum, quod quis ex militia acquisita lucratur: Quasi dicere velit: quanti talis militia eo tempore, quo collatio instituenda est, vendi potest. Quod sanè de sumptibus, 92
circa studia vel alios honores versantibus, qui pecuniâ redimi non solent, dici non potest: cum pessimi reputetur esse exempli, ad hujusmodi officia per largitiones vel pecunias viam munire. *Novell. 8. ut Iudices sine quoquo suffragio fiant.* Vnde etiam graves pœnæ comparatæ sunt in illos, qui istud facere non erubescunt, tam in secularibus. *l. unic. C. ad leg. Iul. de ambitu. l. penult. C. ad leg. Iul. repetundar.* quam ecclesiasticis. *l. si quemquam. 31. C. de episcop. & cleric. Gilken. ad dict. auth. ex testamento. numer. 61. in fine. C. de collationibus.*

Nihil insuper urget textus *in Nov. 18. cap. 6.* ubi Imp. 93
Iustinianus inter cætera hunc in modum rescribit: *sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus; collatio, & exinde æqualitas, locum habet: nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem.* Ergò & filius studiosus pecuniam à patre acceptam conferre debet, si expressa patris voluntas hac de re non reperiatur. Nihil, inquam, textus iste urget. Loquitur enim eo de casu, quando quid donatum est filio à patre simpliciter, non ob causam studiorum. Hueque 94

Pertinet vulgata juris regula: quòd in toto jure generi per speciem derogetur. *l. in toto. 80. ff. de regul. jur.*

Denique assertioni nostræ non contrariatur *l. etsi fi-*
95 *lium. 15. ff. de muneribus & honeribus.* ubi Papinianus ita respondit: *Etsi filium pater decurionem esse voluit; tamen defuncto, honores, qui filio decurioni congruentes post mortem patris obtigerunt, ad onus coheredis filii non pertinent.* Ibi namque impenditur quippiam in honorem filii, post mortem patris: quod in collationem venit, *ut benè animadvertit glossa in dict. l. qua pater. 50. in verb. comprobatus. ff famil. ercisc.* Itaque semper dispiciendum: num sumptus sint facti post obitum patris, an vivente patre. Si post: sumptus conferendi sunt. *dict. l. 15. ff. de muneribus & honoribus* sin ante; non item: & de eo casu nostra concepta est quæstio. *Prædictis addantur, quæ tradidere explicatiùs Gomezius 5. cap 29. Tauri num. 170. Menochius de arbitr. jud lib. 2. Cas 131. Vasquez in opusc. de test. c. 7. §. 5. dub. 7. Lopez part. 2. c. 10 conclus 3. Navarrus c. 17. num. 6. Emmanuel. Sa in verb. hereditas. nume. 43. Molin. tract. 2. d. 239. Zechius 2. part. cap. 62. n. 11. hosq; laudans Martin. Bonacina in tract de contractib. disp. 3. q. 6 punct. 6. num. 7. cum seq. p. 549.*

96 Cæterùm huc usque exposita non solùm in patre, sed etiam in matre obtinent, *per textum in l. hac ratio. 3 §. secundùm hac. 4 ff. de donat. inter vir. & uxor.* ubi Vlpianus ita scribit: *Si mater filio, qui in patris potestate esset, donet: nullius momenti erit donatio; quia patri quæritur. Sed si in castra eunti filio dedit, videtur valere: quia filio quæritur, & est castrensis peculii.* Ergo & id, quod mater filio studiorum causa donat, ipsi quæritur: cùm sit quasi castrense peculium, propter comparationem *in dict. l. advocati. 14. C. de advocat. diversor. judicior. Hartman. Pistor. dict. libr. 1. quæstion. 19 numer. 2 Thoming dict. decis. 32. nu. 9. Schvvartzmajer. dict. lib. 1. miscell. cap. 12. hosque laudans Hillerus dict. tract. de expens. studior. num. 65.*

97 Nec adversatur *l. si quis à liberis. 5. §. si mater. 14. ff. de agnosc. & alend. liber.* ex quâ colligitur: quòd mater tantùm teneatur ad subsidia: ac proinde non ad sumptus studiorum. *Licèt* enim mater ad sumptuum præstationem minimè cogatur; si tamen eos præstiterit: filius eosdem conferre haud tenebitur. Nullo quippe jure hoc dispositum reperitur, quòd sumptus isti conferendi sint. *Bald. in l. filia. 18 num 10. vers. nec obstat. C. famil. erciśc. Pistor. dict. quæst 19 numero 2.* Porrò prædictam quæstionem etiam exposui *in volum. orationum mearum. oration. 24.* Eodem facere videntur, quæ notavit Hieronymus de Cævall. *in specul. aur. opin. commun. contra communes. quæstion, 208. tom. 1.*

98 Illud quoque silentio hic involvendum non est: quòd pater ad subministrationem sumptuum, studiorum causa, à filio cogi possit, *per textum in l. si quis à liberis. 5. § non tantum. 12. ff de agnoscend. & alend. liber.* ubi Vlpianus, *non tantùm*, inquit, *alimenta, verùm etiam cætera quoque onera libero-*
99 *rum, patrem à Iudice cogi præbere.* Quid, *per cætera onera*, Iurisconsultum intellexisse putabimus? an ea, quæ aliàs in legatis, nomine alimentorum veniunt? ut sunt vestitus & habitatio, *juxta l. legatis. 6. ff. de aliment. vel cibar. legat.* At quis negabit, aliam esse rationem in legatario, cui saltem jure testamenti alimenta legata debentur, ut meritò eo legato tantùm vestitus & habitatio, non autem cætera, quæ ad disciplinam pertinent, contineri debeant; aliam in filio, cui jure naturæ alimenta, id est, omnia ea, quæ ad vitam humanam honestè sustentandam necessaria sunt, pater præstare tenetur? Proinde cùm pater liberis non alimenta solùm, sed & *cætera onera* præbere jubeatur: quis non videt, per *cætera onera* Iurisconsultum dicto loco aliquid amplius requirere voluisse, nempe sumptus, qui ad disciplinam pertinent: quos aliàs sub alimentorum legato non contineri, Iavolenus respondit, *in dict. l legatis. 6. ff. de aliment. vel cibar. legat.* Accedit textus clarior *in l. de* 100
bonis. 6. § non solùm. 3 ff de Carbonian edict. ubi Paulus, *non solùm*, inquit, *alimenta pupillo præstari debent: sed & in studia, & in cæteras impensas debet impendi, pro modo facultatum.* Idcirco jubetur quoque tutor mercedes constituere pupilli Præceptoribus, ab eodem Iurisconsulto, *in l. cùm plures 12. §. cùm tutor 3. ff. de administrat & peric. tutor.* Nemo autem, opinor, dubitabit: multò magis hoc à patre requirendum, cùm à tutore id exigi videamus. Huc facit itidem textus *in l. Macedoniani. 5. C. ad SC.* 101
Macedonian. ubi disertis verbis Alexander Imperator rescripsit, non obstare senatusconsulti Macedoniani auctoritatem, quo minùs pecunia filiofamilias, studiorum causa alibi degenti credita, à patre exigi possit. Cui assentitur Vlpianus *in l. item si filius familias. 7. § quod dicitur. 13. ff. eodem tit. Quod dicitur*, ait, 102
in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare senatusconsultum: ita locum habet, si probabilem modum in mutuâ pecuniâ non excessit, &c. ubi in sequentibus, ad verbum, *solebat*, plus dicit Accursius, subjungens: patrem teneri ad solutionem pecuniæ, studiorum causa filiofamilias creditæ, licèt contra voluntatem ejus in Scholis filius versetur. Quocirca exponit verbum *solebat*, pro *solere debebat*: ut & *in dict. l. Macedoniani. 5.* verb. *non recusaret*, pro, *non recusare deberet.* Cum quo & jus divinum 103
perspicuè consensit. *Si filii tibi sunt, erudi illos*, traditur *Ecclesiastici cap 7. vers 25.* Noli subtrahere à puero disciplinam, inquit sapientissimus Rex Salomon, *Proverbior cap. 23. vers 13.* Item erudi filium tuum, & refrigerabit te, & dabit delicias animæ suæ; idem Rex inculcat, *Prov. 29. ver. 17. & alibi.*

Nihil juvat duros istos & tenaces parentes, qui sum- 104
ptus studiorum filiis prorsus denegant, jus patriæ potestatis, quod olim vitæ & necis fuit in liberos, teste Paulo Iurisconsulto, *in l. in suis. 11 ff. de liber & posthum. hered. instituend.* Etenim tam ex divino, quàm civili jure constat, quòd jus illud in pietate potiùs, quàm atrocitate consistere debeat. *l. divus. 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid l. unic. Cod. de his, qui parent. vel libr. occid.* Patres (inquit Divus Apostolus, gentium ille Doctor, Paulus, *Epist ad Coloss. cap 3. vers. 21.*) nolite ad indignationẽ provocare filios vestros, ut nõ pusillo.

fillo animo fiant. Item, nolite ad iracundiam provo-
care filios vestros: sed educate illos in disciplina &
105 correptione Domini. *Ephes. 6. v. 4.* Permissa equi-
dem patri est, imò verò mandata ac praecepta decens
& moderata quaedam castigatio, ac liberos colligendi
potestas, *Proverbior. cap. 13. v. 24. cap. 19. v. 18. cap. 23.
v. 13. & 14. & cap. 29. v. 15. item Ecclesiastici cap. 30.
v. 8 & aliquot seqq.* Veruntamen haec, & alia com-
plura sacrae Scripturae loca protervos comprimis, &
contumaces liberes concernunt, ut evidenter eluce-
106 scit *ex Deuteronom. cap. 21. v. 18. & tribus seqq.* Quo
respicit etiam rescriptum Alexandri Imper. *in l. si filium
3. C. de patr. potest.* quo patri permittitur castigare fi-
lium suum, qui pietatem patri debitam non agnoscit,
& in hac contumacia perseverat. Ast in eo, qui nec
contumax, nec protervus est, nulla emendatio necessa-
ria est. Cur itaque jus patriae potestatis eò usque ex-
tenderemus, ut ejus vigore patri licitum esset filium
studiis deditum pro lubitu ab iisdem abstrahere? Imò
verò ipse pater necessarios filio sumptus renuens, sic-
que pietatem debitam non agnoscens, indignum se
reddit patriâ potestate. Et certè minimè putandum
est; tantam esse (hodie praesertim) vim patriae pote-
statis, ut ejus praetextu quidvis patri in liberos con-
cessum sit, aut ut propter eam aliquid contra pieta-
tem, honestatem, ac bonos mores facere, aut adversus
107 Rempublic. moliri audeat. Nam contrà potiùs ma-
nifestum est: patrem, qui ad delendam atque oppu-
gnandam Patriam venit, non solùm impunè à filio
occidi posse; sed & praemio filium idcirco afficien-
dum esse, testante Marcello, *in l. minimè. 35. ff. de reli-
gios. & sumpt. fun.*

108 Nihil praeterea iniquis istis & sordidè parcis patro-
cinatur parentibus textus *in l. omnimodo. 30. §. impu-
tari. 2. C. de inoffic testament.* ubi filio imputantur in
legitimam, quae occasione militiae ex pecunia patris
acquisivit. Atqui nemo dixerit, patrem cogi posse, ut
suis sumptibus militiam filio, in castris militanti, prae-
paret, adornet, atque instruat. Quin imò contrà per-
spicuum est; quòd pater filium, castra sequi volentem,
prohibere, & domi detinere possit. Quod si procedit
in vera & armatâ militiâ: utique multò magis obti-
109 nebit in togata illa & legali studiorum militiâ. Fre-
quens enim & probabile est argumentum ab armatâ
militiâ ad legalem, *ut docet Everhard. à Midelburg. in
loc. à milite armata milit. ad militem coelestis milit.*
Nihil, *inquam*, textus ille duris parentibus patrocina-
tur. Palàm namque & certum est: illum textum ac-
cipiendum esse de ea militiâ, quae vendi, & ad heredes
transmitti potest: *de qua abundè dictum suprà nu. 91.*
110 Erat siquidem militia officium quoddam, ex quo quis
commodum & emolumentum percipere poterat, *ut
fusius paulò docet Dominicus Arumaeus Exercitat. Ju-
stin. 9. sub thes. 6. ex Cujacio in l. 3. ff. de minorib.* Ad
militiam vero armatam quod attinet: certè si Rei pu-
blicae salus postulet, ab ea filius in tantùm prohiberi
non potest à patre, ut potiùs, re ita ferente, & pater &
filius ad arripienda arma à Magistratu cogi possint.
111 Patriae quippe in primis: deinde parentibus nati su-

mus, *teste Cicerone libr. 4 ad Herrennium. & libr. 3
de finib.*

Nihil denique nostrae resistit sententiae responsum 112
Scaevolae *in l. ult. ff. de heredit. at. petit.* ubi pater repe-
tere potest ea, quae in honorem filii erogavit. Nemo
autem inficiabitur, quin & illa, quae in studia filii im-
penduntur, in ejusdem honorem erogata censeantur:
praesertim cùm ob artium disciplinas, probè cognitas,
quispiam ad ipsum dignitatis culmen evehatur. Ho-
nos enim alit artes, *ut praclarè ait idem Cicero in Pla-
tone.* omnesque gloria ad studia accenduntur. Cùm 113
itaque generaliter, quae ob honorem filii pater eroga-
vit, repetere possit: quis eundem ad subministratio-
nem ejuscemodi sumptum obligatum censebit? An
enim quenquam repetere posse dicemus, quod jure
coactus praestitit? Nihil, *inquam*, nostrae sententiae re-
sistit adductum Scaevolae responsum. Quoniam in eo
proponitur casus, in quo filius propria bonâ habebat.
Nostra autem sententia duntaxat tum procedit, quan-
do filius nulla habet bona materna, vel alia. Alioquin
enim ex his potiùs studiorum impensas fieri debere,
non dubitatur. Et sanè non est, ut quisquam existi- 114
met: hanc nostram sententiam sine ulla limitatione
obtinere. Quid enim, si pater egestate premeretur,
& plures haberet liberos? An ne unum solummodò
ditabit, & reliquos, quos pari amore diligit, fame per-
ire finet? Quid item, si filius esset pseudoscholasti-
cus, vagus & ignavus? Quid, si esset luxuriosus, &
protinus scorto pecuniam daturus? ut loquitur Julia-
nus *in l. si quis cùm sciret. 8. ff. pro empt.* An ne pater
sumptus suppeditare tenebitur perdituro? ut inquit,
Vlpianus, *in l. si verò non remunerandi. 12. § si adole-
lescens. ff mandat.* & Paulus *in l. quòd si minor 24. §.
restitutio. ff de minorib.* Verùm extrà hos, similesque
casus, patrem à filio ad subministrationem sumptuum
studiorum causa compelli posse, meritò concluditur.
Et ita in terminis tradit *Petrus Rebuffus in tractat. de
privileg. scholarium. &c. privileg. 53 & Linglois de-
cis. Iustin. 13. quaest. 1. num. 3 & seqq. fol. 129.* Eaque de
re explicatius disserui *in Orationib meis, Orat. 23. & in
additionib ad Iul. Clar. §. donatio. quaest. 8. num. 11. &
multis subseqq.*

Donari possunt res omnes, quae in patrimonio do- 115
nantis existunt, & quae in commercium cadunt, sive
sint corporales, sive incorporales, sive sint mobiles, si-
ve immobiles, *l. 2. in princip. l. in aedibus 9. in princip. ff.
hoc tit. l. 1. 2. 3. & l cum res. 22. C. eod. Petr. Nicol. Moz-
zius in tract. de donat sub tit de rebus quae donari pos-
sint, vel non num. 1. & 3. Treutler. volum. 2. disput 19.
thes. 5. ibique Bachovius in suis notis & animadvers.
ad liter. B pag 100. ubi defendi posse existimat, suo mo-
do etiam rei alienae donationem validam esse: quoniam
aliàs titulum usucapioni non praestaret.* An autem 116
donatio omnium vel universorum bonorum, praesen-
tium & futurorum valeat, difficilis & abstrusa quae-
stio est? Et sanè non valere, maximè verò quoad bona
futura, communis Doctorum Schola affirmat, *Bartol.
Angel. Castrens. Alexander, Iason, Ripa, Cretus, & alij
in l. stipulatio hoc modo concepta. 61. ff. de verb. oblig.
Baldus, Fulgos. & caeteri in l fin. C. de pact. Ioan. De-*

Rr 3 lect,

lect. Durant. in tractat. de art. test and. tit. 10. cautel. 2. num. 2. Clarus in d. §. Donatio. quæst. 19. Mozz. d. tit. de reb. qua don. poss. num. 6. Fachin. lib. 6 controvers. jur. cap. 87 Alexand Trentacinq. libr. 3 resolut. 3. de donat. Modestin. Pistor. lib. 2. consil. 19 nu. 1. Gutierrez. in tract. de juramento confirmat. part. 1. cap. 11. num 16. Broncherst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν. assert. 71. Anton. de Gamma decis. Lusitan 386 fol. 346 cum seq. Olemann ad disput. 12. Giphanii. num. 2. aliique per illos citati.

117 Licèt verò communis opinionis magna sit auctoritas, & ab ea in judicando non facilè recedatur. argum. l. 1. in princ. vers. sanè crebrior apud veteres opinio ff. de offic. quæsto. l. athletas. 4. in princ. ibi, & generaliter ita omnes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l ita vulneratus 51. in princ. ibi, dicitur vulgò. ff. ad leg. Aquil. attamen sententia contraria, utpote expressis legum textibus suffulta, verior putatur. l. si quis argum. 35. §. sed si quis universitatis 4. & §. seq. C. de donat. l. si unquam 8. C. de revocand. donat. l. omnes 17. § 1. ff. quæ in fraud. creditor. l. si totas 5. C. de inoffic. donat. Quæ leges inter præsentia & futura bona non distinguunt. Et de donatione rerum futurarum videtur esse textus in l. in adib. 9. §. 1. ff. de donat. l. spem 3. C. eod. & l. si re-

118 rum 1. C. de donationib. quæ sub modo, &c. Quin quicquid naturale, quicquid concessum & permissum est legibus, id semper & in infinitum intelligitur concessum & licitum: nisi in quantum vicissim à legibus & moribus est restrictum, argum. l. Gracchus 4 C. ad leg. Iul. de adult. At nos posse donare res nostras, est naturale §. per traditionem 40 suprà de rerum divis. & legibus concessum. tot. tit. ff. & C. de donat. l. in re mandata. 21. C. mandati. l. nemo. 9 C. de Iudæis cap. unic. per quos fiat invest. libr 2. F. tit. 3. Ergo & semper & in infinitum donare possumus, nisi in quantum à legibus hoc jus repetitur restrictum. Iam verò nullibi in toto jure legitur jus donandi restrictum ad omnia præsentia tantum bona; quasi scilicet omnia præsentia, non etiam futura donare possimus.

119 Præterea explorati juris est, quòd res futuræ possint obligari. l. fin. Cod quæ res pignor obligari possiss.

120 Ast ubi obligatio concessa: ibi & alienatio permissa intelligitur. l. ultim. Codic. de rebus alienis non alienand. Quia per oppignorationem pervenitur ad alienationem. l. 2. & l. 3. ff. de distract. pignor.

121 Nec huic assertioni quicquam obstat, quod objicitur: per donationem universorum; adeoque etiam futurorum bonorum, liberam voluntatem sive jus testandi (cùm nihil donator habeat, de quo in testamento disponere possit) & sic publicum tolli l. 3. ff. qui testament. fac. poss. quod tamen maximè adversum sit legibus, & contra bonos mores. l. pactum. 15. C. de pact. l. jus publicum 38. ff. eod. Primùm enim in arbitrio cujuslibet est, testari velle, aut nolle, arg. l. 1. ff. qui testam. fac. possunt. Ideoque qui omnia sua bona alteri donat: testamentum non videtur facere velle: ac proinde etiam dici non potest, quòd ejus voluntatem faciendi testamentum donatio isthæc tollat, aut impediat: privatio siquidem habitum præsupponit. l. manumissiones 4. ff. de just. & jur. l. decem stipulatus. 116. ff. de verb. oblig. l. non potest. 208. ff. de reg. jur. Deinde quamvis nihil quis habeat proprii, tamen testari potest, videlicet de rebus alienis, puta cõmodatis, precario acceptis, &c. ut probat tit. ff. pro herede, &c. Et scribit disertè Iulius Clarus libr 3 receptar sentent. §. testamentum quæst. 22. num. 3. testamentum & hereditatem utique considerari etiam in eo, qui nihil in bonis relinquit: neque id prorsus esse sine utilitate. Nam qui potest (inquit ille) testari: poterit (licèt ipse nihil habeat in bonis) substituere filio suo pupillariter: quod tamen facere non posset, si non haberet testamenti factionem. l. 2. ff. de vulg. & pupill. substitut. Item poterit dare tutorem filiis suis: quod pariter fieri non potest, nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis l. 3 ff. de testament. tutel. 122 Bona igitur propria ad testamenti factionem præcisè non requiruntur. Præterea illi actus & pactiones iure improbantur, quæ directò libertatem & facultatem testandi impediunt, vel alicui præripiunt. l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verb. obligat. d. l. pactum. 15. C. de pact. l. ex eo instrumento. 4. C. de inutil. stipulationib. qualis pactio aut actus non est donatio. Quandoquidem per indirectum & consequentiam tantùm donator testari nequit: quod tamen in considerationem venire non debet, l. 1. ff. de auctorit. & consensu tutor. & curator. Sic etiam potest paterfamilias arrogari, §. 1. suprà de adoptionib. ingredi monasterium. Novell. 5 de monachis. & vendere semetipsum. §. servi 4 vers. aut jure civili. suprà de jure person. l. & servorum. 5. §. 1. ff. de stat hominum. & tamen hisce tribus actibus consequenter testamenti factio perditur, initio tit. suprà quibus non est permiss. fac. testam l. qui in potestate 6. ff qui testam. fac poss Authent. ingressi. C. de sacrosanct. Eccles. §. illud. 12. suprà de adoptionib. Adhæc vanum est, & nullius momenti, quod dissentientes objectant: contra bonos mores & humanitatem esse, aliquem in eum statum ponere, ut nihil prorsus habeat, vel habiturus sit; atque adeò infeliciter & miserè vivere debeat. 123 Namque donator in id tantum, quod commodè facere potest, convenitur: nec illi necessaria vitæ alimenta auferuntur, ne egeat. Semper quippe ita est interpretanda donatio, ne donator liberalitate suâ inops factus periclitetur. l. si extraneus 33. ff. de reg. jur. det. l. inter. 19 §. fin. & l. ne liberalitate 50 ff de re judic. 124 Quinimò alimentis renunciari non posse, tradunt Decius in l. jura. 8. ff. de regul. jur. & Trentacinquius libr. 1. resolut. 2. de aliment. num. 15. Quare licèt quispiam omnia, & præsentia & futura bona donârit: adhuc tamen de alimentis, hoc est, cibariis, vestibus, lectis, medicinis, habitatione, potionibus, suppellectile, &c. testari poterit. l. legatis 6. ff de aliment. legat. l. obligatione. 6. & libris seqq ff. de pignorib. & hypoth. Neque bene regeritur istam universorum bonorum donationem cadere in vitium prodigalitatis. Etenim unum prodigentiæ sive donationis actum non efficere prodigum, manifesto manifestius est: cùm crebri pluresque profusionis actus & prodigalitatis vitium induendum requirantur, argum. l. 1. in princip. ff. de curatorib. furioso, & aliis extra minor dandis. ubi prodigus ille dicitur, 'quis neque tempus, neque finem expen-

expensarum habet: sed bona sua dilacerando & dissipando profundit.

125 Similiter nihil decerpit nostro pronunciato, quòd quicquid inducit votum captandæ mortis alterius, illud sit contra bonos mores, & legibus improbetur. *l. fin. C. de pact.* Donatio autem omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum, inducat votum mortis donatoris, & donatio præbeat occasionem insidiandæ vitæ illius. *Nam* negatur omninò assumptio. Tum quia ad effectum & exitum hujusmodi donationis non opus est morte donatoris: cùm statim ex illa, si pura est, ad rerum donatarum traditionem agi possit, *hoc §. nostro. juncto §. omnis. 3. infrà de verb. obligat.* Tum quia interest donatarii, diu superstitem esse donantem, propter bona illa, quæ is suâ industriâ sibi parare & acquirere potest: ob hereditates item, quæ interim ipsi obtingere deferrique possunt: quæ omnia, vi donationis factæ, ad donata-
126 rium quandoque pertinebunt. Tum etiam quia nihil tale suspicari vel præsumere licèt de donatario, insigni beneficio à donatore affecto: sed quævis potius gratitudo ac benevolentia ab ipso expectanda, & sperandaest, *argum. l. si verò non remunerandi. 11. §. inde Papinian 8. ff. mandat. & l. sed & si lege. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. hered.* Tum postremo quia delicta non præsumuntur, *l meritò. 51 ff pro socio.* & quilibet præsumitur bonus, nisi in contrarium aliud ostendatur. *cap. ult. in fine. ext. de præsumptionib. Menoch. libr 2. de præsumpt. 76. num. 5. & lib. 5. præsumpt. 3. num. 14. & seqq.*

127 Nihil quoque adversatur, quòd pactis seu conventione partium neque dari possit, neque adimi hereditas. *l. hereditas 5. C. de pact. convent. & latiùs exposui ad princip. tit. infrà de hereditat. quæ ab intest. defer. num 9. & seqq.* At conventione partium daretur hereditas, si donatio de universis bonis, tam præsentibus, quàm futuris valeret: cùm bona universa nil aliud sint, quàm hereditas, *argum. l. hereditas 62. ff. de regul. jur.* Hoc, *inquam*, nihil adversatur. Haud enim si universa bona donantur, protinus hereditas
128 delata censetur: siquidem hereditas nomen juris est, jurisque intellectum habere dicitur, etiam sine ullo corpore, sive ullâ re hereditariâ, teste Papiniano, *in l. hereditas 50. in princip ff. de heredit. petit.* Sed & diversissimam esse rationem hereditatis, atque donationis universorum bonorum, hinc patescit: quòd donatarius in commoda solùm succedat, non etiam in onera & incommoda, ut heres. Etenim si ære alieno gravatus est donator, non valet donatio in fraudem creditorum facta, *l. non possunt. 11. ff. de jure fisci l. 2. §. 1. ff de collat. bonor. l. 1. & tot. tit ff quæ in fraud. creditor. facta sunt, ut restituantur.*

129 Ampliùs non obloquitur textus *in l. si libertus 16. §. 1. ff. de jure patronat.* ubi expressè dicitur magis sive verius esse, ut omnium rerum alienatio, sicque donatio facta, nullius momenti sit. *Nam* ibi non idcirco donatio nullius momenti esse affirmatur, quòd de omnibus bonis facta est: sed potiùs, quia facta est in fraudem legis, quæ prohibet, ne libertus se centenario minorem faciat, *dict. l. si libertus. 16. in princip ff. eodem.* Centenarii autem liberti in lege Papiâ dicebantur, quia centum millium sestertiorum rem habebant, id est, qui mille aureos illius ætatis in bonis habebant. *Idque latiùs exposuimus ad §. postea. 2. infrà de successione libertorum num. 4. & 5. Hucque pertinent, quæ annotata sunt infrà numer. 177.*

Denique nihil ad rhombum facit *l. inter stipulantem. 83. §. sacram 5. vers. nam de his rebus ff. de V. Ob.* ex qua lege dicendum videtur, quòd propterea futurorum bonorum donatio non valeat, quia negocia rectè gerimus de his rebus, quæ sunt nostri dominii, aut subjici dominio nostro statim possunt. Atqui bona futura nondum sunt nostra, neque statim dominio nostro subjici possunt. Nihil, *inquam*, lex ista ad rhombum facit. Quia non solùm de rebus præsentibus & acquisitis; sed de futuris etiam nascituris & acquirendis rectè negocia gerimus. Quæ licèt nunc nostri dominii non sint: futuræ tamen aliquando sunt: adeòque tunc statim dominio nostro subjici queunt, *argum. §. ea quoque res. 8. infra de legat. & § 1. infrà de inutilibus stipulat.* Nam validè replicatur: omnem donationem debere ex præsenti valere. *Quoniam* & futurorum bonorum donatio vires ex præsenti accipere dicitur, quamvis petitio ex ea suspensa sit, *argum. l. ususfructus 26 ff. de stipulatione server.* Atque ita docent *Ioannes Corasius libr. 6. miscellan. jur. civil. cap. 17. D. Collega Bocerus in Commentar. de donat. cap. 3 num. 39. & seqq. edit. 2. Hunnius li. 2. variar resolut. juris civil. tractat. 4. quæst. 7. Vaud. libr. 1. quæst 31. Arumæus Exercitat. Iustin. 6. thes. 15. Alciatus ad l. fin. num. 72. C. de pact. Mascard. in tractat. de probat. volum. 3 conclus. 1120. Matthias Stephani. centur. 2. quæst. 47. ad liter. b. Anton. Faber. part. 2. de erroribus pragmat. decad. 48. error. 6. hujusque strenuus assertor. Schifordegherus libr. 1. tractat. 13 quæst 1. cum seqq. D Obrechtus disput. 2 de donationibus thes 9. & seqq. Hœnonius disputat. 6. controvers. 18. Gailus libr. 2. observ. 11. num. 10. Forster. junior. in libro singul. de dominio. cap. 9 num. 227. pag. 347 cum seq. Vogetaur. exercit. Iustin. 7. quæst. 5. pag. 297. & seq edit. ult. Paulus Borens disput 5. ad Institut. thom. 2 quæst. 2. & Quirinus Kubach. centur. 2. quæst. illustr. politico-jurid. decur. ult quæst. 1.* Vide Bachovium *in notis & animadversionibus ad Treutlerum volum. 2. disput. 19. th. 5. liter C. & D. pag. 101 & seqq. ubi latissimè enarrat, an & quatenus appellatione bonorum, jura contineantur: an item, & quatenus tam futura, quàm præsentia bona donari possint.* Adde D. Besoldum *in delibatis jur. ex lib 39 ff quæst. 2. pag. 139.* 130

Porrò ut tandem ad interpretationem hujus §. nostri propriùs accedam: in eo tria de donatione inter vivos adferuntur. Primum est de perfectione, alterum de insinuatione: tertium de revocatione. Ad primum quod attinet, ait Imperator Iustinianus: donationem perfici solâ voluntate, scriptis, aut sine scriptis, manifestatâ: & donatori incumbere necessitatem 131

vobis 3. infrà per quas person. cuique acquirit.) dona-
re non possunt. l. contra 28. § si filius aut servus 2. ff.
de pactis. Hodie verò, priscâ illâ servitute sublatâ, ser-
vi nostri res proprias habere, & consequenter donare
possunt, ut post Zasium & Baronem à se citatos notat
17 D. Obrecht. d. disput. 1. thes. 129. Filius quoque familias
donare nequit. l. filiusfamilias 7. in princ. ff. hoc tit. d.
l. contra. 28. §. si filius ff. de pactis. Nisi peculium ha-
beat castrense, vel quasi: quia in eo vicem patrisfa-
milias obtinet. l. 3. C de Castrens. pecul. d. l. filiusfami-
lias 7. §. ult. ff. hoc titul. Nisi item liberam peculii ad-
ministrationem habens, justâ ratione ad donandum
moveatur: veluti si matri, aut aliis conjunctis donet
personis: aut in magna dignitate sit positus. d. l. 7 §. 1.
& seqq. ibiq. Paulus Busius ff. eod. Novell. 117. cap. 1.
Petrus Nicol. Mozz. d. tract. de donat. tit. de person. in-
18 ter quas cadere possit donatio. nu 9 Illud etiam non
ignorandum: donationem ab eo factam, qui delin-
quendi & fraudandi propositum habet, ipso jure non
valere: quia quod fit in fraudem legis, ipso jure cor-
ruit. l. sed si maritus 14. §. penult. ff. qui, & à quibus
manumissi, &c. l. si libertus 16. circa princip. vers. di-
versitatis ff. de jure patronat. D. Obrecht. d. disput. 1.
19, thes. 86. & seqq. Denique capitalis criminis reus post
contractum crimen si donat, nihil agit, si condemna-
tio sequatur. l. post contractum. 15. ibiq. Gothofred. ff.
hoc tit. Stuck. part. 1. Exercitat. Iustin. decad 5. assert. 5.
ad lit a. Eman. disp. 13. th. 2. ad lit. d. Sed si perduel-
lionis sit crimen, licèt donator nondum [illegible] tus;
revocantur tamen per fiscum donationes, post con-
tractum illud crimen factæ. l. donationes. 31. § fin. ff.
hoc tit. l. ex judiciorum 20 ff. de accusationib. & l fin.
C. ad leg. Iul. Majest. Sanè crimen non capitale pro-
priam donationem non constituit irritam, ne quidem
post condemnationem: tametsi secus sit in mortis
causa donatione. l. si aliquis 7. ff. de mortis caus. do-
nat. Dn. Becerus in tract. de donationib. cap. 3. num.
ult. Bronchorst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν assertat. 72. Eà-
que de re videatur Wesenbecius in Paratit ff hoc tit.
in fine. itemque Hunnius in resolut ad Treutler. vo-
lum. 2. disput. 31. th. 7. quæst 67. pag. 467. ubi diversas
diversorum opinationes refert & refellit.
20. Donari porrò potest non solùm amicis & bene me-
ritis; sed etiam ignotis & extraneis, honestis & inho-
nestis personis, adeoque meretricibus & concubinis. l.
affectiones. 5. l donationes 31. in princ ff hoc tit. l idem.
si. 4. §. sed quod meretrici. 3 ff. de condict, ob turp. vel
injustit. caus. Petrus Ioannes Ancharan. familiarium
21 quæstion. lib. 2. quæst 12. num. 1. Etsi verò jus civile do-
nationem stupri, vel alterius improbè consuetudinis
causa factam, admittit: non tamen eam probat jus
divinum. Hoc enim jus omnem fornicationem da-
mnat. 1. Corinth. cap 6. v. 9. 13. & seqq. Ephes. 5. v. 3. &
alibi. & consequenter etiam damnat donationem hoc
nomine factam. Nec distinguendum: an fiat à cle-
rico, vel à milite, vel ab alio: sed ea semper & ubique
rejicienda est: tum quia jure divino (ut modo di-
ctum) improbatur: tum quia ab omni justitia &
virtute aliena est, à quacunque persona fiat. Itaque
omnia, quæ hac de re contra verbum Domini scripta
sunt, pro non scriptis haberi, & unâ liturâ induci à
Christianis debent, ut piè ac præclarè scriptum reli-
quit D. Obrecht. disput. 3. de donationib. thes. 28 & ali-
quot seqq. pag. 350. Item donari potest præscribens & 22
absentibus: sive per epistolam, sive per nuncium, sive
per aliam personam ad hoc specialiter destinatam,
illos donator de liberali suâ voluntate certiores fa-
ciat, l etiam. 4 l. absenti, 10. ff. hoc tit. l. nec ambigi. 6.
ubi gloss. & l. si aliquid. 13. C. eod Mozz. in tractat. de
donat. sub tit de substantialibus &c. num. 25. Clarus
lib. 4 recept. sentent. § donatio quæst. 12. num. 2. Hart-
mann. Pistor. lib. 1. quæst. 13. num. 2. & seqq. Matth. Ber-
lich. part 3. conclus practicabil conclus. 2. num. 4. ubi
plures allegat. Hæcque donatio priùs firma non erit,
quàm absens donatoris voluntatem ratam habuerit.
d. l. absenti. 10. ff. hoc tit. Cujacius lib. 12. observ. 28.
Sed quid, si Notarius loco donatarii absentis stipu- 23
latus sit, & donationem ipsius nomine acceptarit?
Adhuc illâ manca esse (utut Doctores communiter
reclament, teste Claro dict. §. donatio. quæst. 13 & Moz-
zio dict. tit. de substantialibus, &c. num. 25) proba-
bilius est: nec dominium rei donatæ in absentem
transfertur, antequam ab illo rata & grata fuerit habi-
ta donatio, argum. l hoc jure 19. §. si quis 3. ff. hoc tit.
dict l. nec ambigi. 6. ubi Sichardus nu 2. C. eod. l si ego.
9. §. 1. ff de jure dotal. Riminald. iun. ad rubric. hujus
tit. num 14 Hotom. libr. 4. observ. cap. 25. D. Becerus
in Commentar. de donat. cap. 3. nu. 3 edit. 2. D. Obrecht.
disput. 2. de donat. thes 113 cum seqq. Anton. Faber
part. 2. de errorib pragmat. decad. 47 error. 1. & seqq.
ubi istud latè explicat. At quid de nondum natis, sive 24
nascituris dicendum? Et his donari posse, plerique o-
pinantur, Guido Pap in decisionibus suis quæst. 267.
Socinus junior cons 53. num. 3. lib 2 & cons. 128 num. 5.
libr. 1. Bologuet cons 6. num. 12. eosque referens Moz-
zius d. tit. de person. inter quas cad. posses. donat. num. 1.
Verùm, cùm in donatione externum, in quo consi-
stat, requiratur, argum. l. Seja. 42. ff. de mort. caus. do-
nat. contrarium rectiùs defendunt Hotomann. cons. 13.
num. 10. hunc q. citans Obrechtus dict. disput. 1. thes.
106. & seq. Nec oberit textus in l. si inter virum. 24 25
ff. de pact. dotalibus l. quoties 3. C. de donationibus quæ
sub modo, &c. l divi. 5. §. pactis. C. de naturalibus li-
ber. cum similibus quibus dissentientes nituntur. Nam
in iis non dicitur donatio directò in nondum natum
facta; sed pactio in donatione erat apposita: ut is,
cujus in persona donatio consistebat, postea nasci-
turo restituat. Hotomannus & Obrechtus locis modò
designatis. De infantibus, hoc est, iis, qui sunt intra 26
septennium, quod judicandum? Et his donari non
posse, magis est: quia intellectu & consensu destitu-
untur. §. sed quod diximus. 10. infrà de inutilibus sti-
pulat. l in negociis. 5. ff. de regul. jur. eaque de causa
furiosis comparantur, l. 1. ff de bonor. possess. furioso,
infanti, &c. compet. Nec ad rem facit, quod obji-
citur, tutoris auctoritate illis donari posse: quia
tutor consensum, qui non est, probare nequit, ar-
gum. l. sed si, manente. 5. ff. de precario. l. decem.
116. ff. de verborum obligationib. l. non potest vide-
ri, 208. ff. de reg jur. Enimverò donatio infantibus 27
facta,

facta, non tutore auctore, sed per tutorem approbari potest Nam tutore auctore fit, quod fit per pupillum, approbante tutore. Non autem tutor approbare id, quod nullum est, *dictis legibus.* At per tutorem fit, quod solus tutor facit, remota pupilli persona *l.1.§.2. ff de administrat. & peric. tutor.* Sic etiam donatio infanti facta, per servum idoneum acceptari approbarique potest, *l. si quis in emancipatum.26. Cod hoc titul.* Etsi igitur rem donatam infantes per se accipere nequeant: possunt tamen accipere per alios: id quod etiam possu t muti & surdi naturâ: ut & furiosi, *arg. l. ult. ubi Dd. ff. de curatorib. furioso, & aliis ext. minor. dand. D. Obrecht. dict. disputat. 1 thes 164. & aliquot subseqq.*

23 Donationes simplices inter conjuges esse prohibitas, apparet *ex toto tit. ff. & de donationibus inter vir. & uxor.* Cujus prohibitionis triplex maximè ratio à Iureconsultis affertur. 1. ne mutuo amore se invicem spolient conjuges. 2. ne alter ditior, alter pauperior fiat. 3. ne concordia maritalis precio conciliari videatur. *l. 1.2.&3 ff de tit ibiq. Wesenbec. in Paratit. l. n. 1. l. si liberis 27. ibi, venalis concordia. ff. de pactis dotalibus D Obrecht dict. disputat. 1. de donationibus. th 183. cum seqq. Hartman. Pistor dict. libr. 1. quaest. 44. numer. 4. & seqq. Andr. Gail. libr. 2. observ. 40. num. 1. Mozz. in tract. de donat sub tit. de person. inter quas cad. poss donat. numer 31. Beust. ad l. 1 ff de jurejur. num. 97. & seq. Schneidevvin. in hoc §. num. 57. Thomas Sanchez. tom. 1 de matrimon lib 6. disput 1. num. 2 & seqq. pag. 425. D. Bocer. dict. Comment. de don. cap 3. num. 20. Anton. Tessaur. de. Pedemontan. 32. num 1. cum sequentib. Cujac ad l. 1. ff. pro donat. Dominic. Gard Tuschus tom. 2 practicar. conclusion. lit. D. conclus. 690. num. 1. cum seqq. Berlichius part. 2. conclusion. practicab. conclus. 15. num. 1. pag. 237. & novissimè Quirinus Kubach. centur. 2 quaestion. illustr. Politico-juridicar decur. ult. quaest. 3. pag. 571 cum seqq.* Adde, quòd & aliàs usu inter conjuges omnia communia esse debeant. *l. 1 ff de rit. nupt. l. 1 §. si vir. 15. ff. de senatusconf. Silanian l. ad versus. 4. C. de crim. expil heredit. Ephes. c. 5. v. 25. cum seq. & 2 Sam. c. 12. v. 3. Plutarch. in praecept connub c. 36 Didacus de Medrano in tr. de consensu connubiali c 3. num. 3. Althus libr. 1. dicaeolog. c. 79. num cum seq. & c. 82. num. 11. pag 291.*

29 Reciprocae tamen donationes seu conventiones (ut, *verbi gratia*, bona praedefuncti conjugis sine liberis, ad superstitem conjugem perveniant) notissimâ Germaniae consuetudine invaluerunt, & à Camerâ Imperiali judicando confirmatae sunt, *argum. l. quod autem. 7. § si vir & uxor. a. l cum hic status 32 § si ambo. 14. & l. ult. ff de donat. int. vir. & uxor. l. Aquilius 27. ff hoc titul. l. si pater. 12. C de inoffic. testament. ibiq. Iason. numer. 2. & seqq. Gail. d. libr. 2. observat 40. num. 7. & observ. 126. num. r. 2. & 3 Borcholt. in tractat. de pact. cap. 5. num. 70. Mynsinger. cent. 2 observ. 33. Treutler. consil. 4. numer. 12. cum aliquot seqq. volum. 1. & idem disput. 19 de donat. th. 4. lit. b. volum. 2. ibiq. Hunnius in suis resolut. quaest 21. & seq. pagin 112. & seqq item Bachovius in suis not. pag. 93. Bronchorst. cent 1. Miscellan controversiar assert 16. Petr. Peck. de testament. conjug. libr. 4. cap. 41. num. 4. Coler. decis. 12. num. 44. cum seqq. Berlich. de conclus. 15. n. 10. pag. 140.*

Huic decisioni non obstat *l. licèt. 19. C. de pact.* ubi ab Impp. Diocletiano & Maximiano rescriptum est, istiusmodi conventionem de mutuâ successione valere tantùm inter milites ex speciali favore: quòd scilicet milites de bonis suis, in vim postremi judicii, quomodo velint, & quomodo possint, disponere & testari valeant. Ergo in paganis seu non militantibus contrarium, jus scilicet commune, est servandum, quod vetat, pactis hereditatem deferri. *l pactum. 15. C. d. tit. l. ex eo 4. C de inutilib stipulat. & similibus.* Lex, inquam, illa non obstat. Etenim quae causa Imperatores movit, 31 ut singulare hoc jus de pactis reciprocae successionis in militibus admiserint, favor nimirum militibus, & utilitas Reipublicae: eadem quoque ratio conjugib. adaptari potest. Nam non minor favor pro conjugio, quàm pro militiâ, militat: plurimumque interest, ejusmodi conventiones sive pacta reciproca de succedendo inter conjuges valere: ut hoc praemio & emolumento de lucrandis bonis dotalibus facilius homines ad matrimonium contrahendum invitarentur, *arg. l. 1. ff solut. matrim.* Adde, quod tam arctus & vehemens amor inter conjuges viget, ut nullo modo haec admittatur suspicio, quod propter praematuram successionem alter alterius fata accelerare velit, *docente Bronchorst. loco praallegato. Huc referri poterunt, quae tradita sunt infr. ad princ. tit. de hereditat. quae ab intestat. deferunt. num. 9 & multis seqq.*

Quid vero, si maritus ignobilis, vel senex ducat nobilem vel aetate florentem uxorem, poterit ne in compensationem ignobilitatis aut juventutis uxori donare: Et posse, communiter Doctores existimant, *Iulius Clarus libr. 4 sentent. §. donatio. quaest. 9. numero. 5. ibique Giacharius in suis not. ad lit. A. lib. 2. obs. 40. num. ult Dominic. Card. Tuschus d. tom. 2. practic. conclusion. lit. D. conclus. 691 num. 22. & seqq. Tiraquell. ad l. si unquam. 8. C. de revocand. donati. verb. donatione largitus. numer. 19 & tract 2. nobilit. c 18. num. 19. & tract. de legibus connubial gl. 1. part. 5. numer 9. Berlich dict part 2. conclus. 15. num. 16. pag. 244. Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ c. 4 numer. 23. Cravetta consil. 51. Bald. Novell. in tract. de dote. part. 10. numer. 8. Covarruv. ad tit. de sponsalib part. 2. cap. 3. §. 3. num. 2. Nevizan. syl. nupt. libr. 2. num. 28 Mozzius dict. tit. de personis, inter quas cadere poss. donat. num. 34. aliiq. ab iis relati.* Sed contrarium juri nostro magis est consentaneum. Omnis enim donatio inter conjuges indistinctè est interdicta. *tot. tit. ff. & C. de donat. inter vir. & uxor.* Ergo etiam inter nobilem & ignobilem, senem & juvenculam. Et certè rationes prohibitionis, quae *suprà num. 28.* allatae sunt, etiam in horum matrimonio militant. Adhaec multi jure nostro casus speciales sunt expressi, quibus donatio inter virum & uxorem cõsistit: & tamen hic, de quo jam agitur, non cum in numero non recensetur: ut verisimile sit, cum nec jure enumerandum esse. *Neq; relevat,* si dicatur: 33 ex eo sustinendam esse hanc donationem, quod non simplex sit, quae prohibita: sed remuneratoria: cum donet senex in compensationem senectutis, & ignobilitatis

lis in recompensationem ignobilitatis. *Nam primò sibi imputet nobilis*, cur in ignobilem consenserit. *Deinde* cum hîc nullum verum subsistit meritum: ergò nec vera donatio reciproca seu remuneratoria erit. Neque enim talem reciprocationem & proportionem formæ aut generis ad pecuniam jura nostra agnoscunt: sed tantum propter reciprocationem in quantitate, donationem valere concedunt. Et ibi magis occurrendum est, ubi gravius aut serius est periculum: vel uri ne senex; vel ignobilis maritus à fæmina nobili vel puella, vel blandiente, vel exprobante, pecuniis emungatur & spoliatur: Præterea illa argumenta manifeste diluit Vlpianus *in d.l. 3. in princip. ff. de donat. inter vir. & uxor.* dum ita ex Antonino Augusto respondit: *Majores nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes: ne concordia pretio conciliari videretur: neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Atque hæc fortassis olfaciens Clarus *loco paulò antè designato* ait: conclusionem contrariam in puncto juris non transire sine magnâ difficultate. *Verùm eâ de re consule Fachineum libr. 3. controvers. jur. cap. 80. Pinelum ad l. 1. part. 3. Cod. de bon. matern. Alberic. Gentilem libr. 4. de nupt. cap. 13. & Scipionem Gentil. de donat. inter vir. & uxor. libr. 2. cap. 3. item Hunnium in resolut. ad Treutler. volum. 2. disputat. 19. de donationib. th. 4. quæst. 25 pag. 117. ibiq. Bachevium in suis not. p. 94. & seq.*

34 Cæterùm an simplex inter conjuges donatio juramenti religione confirmetur, minimè expeditum est? Et confirmari, vulgò receptum videtur. Ita enim, *post alios, quos laudant*, sentiunt *Michael Grassus libr. 2. recept. sentent. §. donatio causa mortis. quæst. 6. numer 3. Gail. dict. libr. 2. observat. 40. Mynsinger. centur. 2. observat. 33. numer. 5. Anton Gabriel. libr. 3. commun. conclus. titul. de donat. conclus. 3. Iul. Clarus dict. § donatio. quæstion. 9. numer. 3. Vasquius libr. 1. controvers. illustr. cap. 38. numer 4. Ioan. Gutierrez. in tracta. de jurament. confirmator. cap 3. numer. 2. cum sequentib Sanchez tom. 1 de matrimon. libr. 6. disputat. 11. numer 2 pag. 444. Treutler. dict. vol 2. disp. 19. th. 4. lit. C. ibiq. in suis notis Bachevius pag. 95. & seq. Polydorus Ripa in Commentar. de actis in mortis articulo. cap. 12. nu. 22. D. Bocer. class. 2. disp. 19. th. 19. edit. 2 & d Comment. de donat. cap 3. num. 23. Fachin. dict. lib. 3 cap 81. Quirinus Kubachius d. centur. quæst. illustr. decur. ultim q. 4. Anton. Tessaur. d. decis. Pedemont. 32. num. 2. & seq per tot. Grammat. decis. 130. numer. 37. Covarruv. in rubr de testam. part. 2. num. 30. cum seqq. & libr. 1. var. resolut. cap. 7. num 3. Berlich. dict. part. 2. concl 15. numer. 12. Dominic. Card. Tuschus tom. 2. practic. conclus. lit. D. conclus. 690. num. 6. cum seq. & conclus. 691. num. 34 cum seq & conclus. 694. num. 1. & seqq. Rittershusius lib. 3. differentiar. juris civil. & Canon. cap. 17. pag. 239.*
35 *& seqq.* Ast opinio contraria non absque evidenti ratione sustineri poterit. Siquidem non est obligatorium contra bonos mores præstitum juramentum. *c. non est. 58. de regul. jur. in 6.* Hoc autem juramentum contra bonos mores esse patescit *ex d. l. 1. 2. & 3. ff. de donat. inter vir. & ux.* Tum quia donans ad paupertatem reduceretur: tum quia cura educandi liberos negligeretur: tum quia daretur occasio divortii: tum quia matrimonia venalia essent: tum etiam quia prohibitio juris civilis hoc pacto planè elusoria foret: tum postremò quia alteruter conjugum facilè blanditiis induci ad jurandum posset. *Atq. ita tenent Matth. Coler. de processib. exec. part. 3. c. 1. n. 116. cum seqq Bald in l. 1 ff. de don. inter vir. & ux. n 1 & in l. si quis inquilinos. 112. §. Divi Severus. 2 ff. de leg. 1. n. 2. & in l. cùm. multa. 20. C de donat. ante nupt. n. 15. & in c. cùm contingat. 28. ext. de jurejur. n. 37. Chassan. ad consuet. Burg. §. 6. n. 4. & seqq. usq. ad nu 28. D. Obrecht. d. disp. 1. de donationib. thes. 221. & seq. Forst. lib. 2. disp. 10. th. 6. Matthias Stephani cent. 2. q. 42 ad lit. C. & plures alii, quos recitat Mezzi. ni. d tract. de donat. titul. de person. inter quas cadere possit donat. n. 32. ver. contrarium opinionem, &c.* Porrò plures fallentias sive casus, quibus donatio inter conjuges subsistit, recenset Berlichius *d. part. 2. conc. 15. nu. 5. & seqq. usq. ad n. 27.* nec non Thomas Sanchez. *d. tom. 1. de matrim. lib. 6. disp 3 & seq. p. 428. & seqq.* Adde Dn. Collegam Besoldum *vol. 4. cons. 151. num. 26. cum seqq. fol. 48. & subseqq.*

Illud extra controversiam est: quòd simplex sive 36
propria donatio patris in filios collata regulariter non
valeat *l. cùm de bonis. 11. & l. sive emancipatis. 17. Codic hoc tit. l. 1 §. 1. ff pro donato. l. donationes, quas parentes. 25. Cod de donat. inter vir. & uxor.* Tum quia 37
pater & filius una eademq; persona censentur. *l. ult. in
fine. Cod de impuber. & in l. substitutionib.* Tum quia 38
quicquid filiusfamilias acquirit, id jure patriæ potestatis, patri acquirit *l. 1. ff si quis à parent. fuer. manumiss.
& l placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Non er- 39
go donatio subsistere potest: quia nemo sibi ipsi potest donare. *l si quis pro eo. 56. §. 1. ff. de fidejussor.* & quia differentia esse debet inter dantem & accipientem, *arg. d. l si quis. 56. §. 1. ff. eod.* quia denique eo momento, quo rei donatæ dominium transit in filium, id mox ad patrem revertitur. *d. l. placet. 79 ff. de acqu. vel omitt. hered. Clarus. d. § donatio. quæst. 8 nu 1. D. Obrecht. d. disput 1 de don. th. 225. cum seqq. Mezz. de titul. de pers. inter quas cad l. poss donat. n. 13. Gail. d lib. 2. observ 38. n. 2. cum seqq. Gutierrez. de tract. de juram. confirmat. part 1. c. 4. Menoch. in tract. de præsumptionib lib 3. præ-
sumpt. 29. n. 2. & seq.* Summum tamen Principem filio- 40
familias rectè donare censent Oldradus *cons. 231. Aretin. in dict. l placet 79. ff. de acquir. vel omitt. hered. Roman consil. 456. Gail. d. observ. 38. nu. 16 D. Bocer. d. Comment. de donat. c. 3. nu. 6. Menoch. de præsumpt. 29. num 97. & alii, ab eo allegati* Sed probabilius videtur: hunc casum à superiori regula minùs rectè excipi Nam in regulâ de donatione patris & filii agitur. Hic autem tractatur de donatione Principis erga filium, & quidem ut Principis; non patris, erga filium. Non ergo est exceptio pertinens: cùm prorsus à regula sit aliena; ut, *post Riminaldum jun hic numer. 62.* docuit D. Obrechtus *d. disputat. 1. th. 230. & sequentibus.*

Si-

41 Similiter patrem donare posse filio ob causam, puta studiorum, dotis & donationis propter nuptias, tradunt glossa & Dd in l.si pater.2. Cod.de inofficios. donationibus. Ioan. Wolfgang. Hiller.in tractat. de expensis
42 studiorum. num. 43 Ast hæc quoque exceptio videtur impertinens esse: quia hoc casu pater non tam donare, quàm solvere censetur: cum dotare liberos, iisque sumptus ad studia pertinentes suppeditare teneatur. l. capite. 19. ff.de rit nupt.l.si quis.5 §.non tantùm 12.ff.de agnosc & alend. liber. Obrecht. d. disputat. 1. thes 235. & fusius explicabitur infrà numer. 66. & seq.
43 Donationem sanè remuneratoriam patris in filiumfamilias factam, valere Doctores communiter concludunt, argumentum l.cùm pater.77.§. rogo 25.ibi, ut quique de te meruerit, ff. de legat. 2. l. de emancipatis 13. in princip.Cod. de legit. hæredibus. l.fœmina.3. circa princip. ibi, contemplatione meritorum. C. de secund.nupt. & Novell.2.in præfat. quibus in locis fit expressè mentio meritorum filii erga patrem, ob quæ singularem gratiam à patente obtinuerit. Accedit, quòd hæc propriè non sit donatio, sed accepti beneficii compensatio: nec tam ex substantiâ patris, quam ex propriâ industriâ rem donatam adeptus filius videatur. Et hanc sententiam approbant Bartol. numer.57.Ioan. Baptista à Sancto Severino numer 64. Crotus num.76. Corasius num.49.& Cagnolus n.319. in l frater à fratre.38.ff. de condict. indebit. Clarus in d § donatio. quæst.8.num.2.Gail.d.observat.38. num. 5. Roland.à Valle consil 98.num.48 lib. 1. Tiraquell.in l. si unquam.8.verb.donatione largitus. num.20.Cod. de revocand. donat. Fachin.libr.3. controvers.jur. cap. 74. Daniel Moller.libr.2.semestr.cap.36. Paulus Busius ad d l.7.ff. hoc tit.& Mozzius dict. tit. de person. int. quas cad poss.donatio.num.13. & seq. Tametsi illam speciosis argumentis impugnare conentur Menochius dict. libr.3.præsumpt 29.num.4.& sequentib. Arius Pinel in l.1.part 3.numer.62. Cod.de bon.matern.& in l. 2.part.1.cap.4.numer 4.Codic.de rescind.vendit. Lancellot.Politus in repitit.l.filium, quem.24.Codic.famil. excifcund.cap.12.col.1.vers.secunda conclusio, &c. Arumæus Exercit. Iustin.6. thes. 13. & D. Obrecht. dict. disputat 1.th.239. cum sequentibus & disput. 5. thes.
44 159.& seqq. Cæterùm ad hoc, ut valeat remuneratoria patris in filiumfamilias facta donatio, tria requiruntur. Primum est; ut benemerita non sint obsequialia, sed artificialia, vel officialia. Alterum est: ut merita & servitia rei donatæ æquivaleant Tertium est: ut benemerita isthæc per filium probentur. Idque, post alios, latiùs explicant Menochius d. præsumpt. 29. numer.21. & sequentib. Clarus dict.§.donatio.q. 8. num 3.& 4. Gutierrez.d.tract.de juram. confirmat part.1. num.2.& seqq. Mozz. d. tit. de person. int. quas. cad. poss donat.num.15.Tiraquell. in d.l si unquam.8. verb. donatione largitus. num.71 & multis seqq.C de revocan l. donat. & D. Bocer.d.Commentar de donat.cap 3. numer. 15.circa finem. & cap.13. num. 10. & 14.edit.2. Non obstat huic traditioni, quòd ex sententiâ Philosophorum ea sunt patris in filium beneficia & merita: ut ea par nulla gratia à filio referri, & nullis ea beneficiis filii exæquari aut superari possint; ita ut, cum filius quicquid etiam faciat, faciat ex debito, nullum planè patri beneficium aut meritum imputare possit Aristot libr.8. Ethic.cap.11. & 12. & ultim. in fine. Plato lib.4.de legibus.Bodin lib. 1. de Repub. cap.4. Nam respondetur: æstimari hic meritum ex judicio patris qui, quod considerationem jam dictâ pro debito haberi potest, pro beneficio ducit: quomodo etiam legi Dei jubemur proximum diligere, sicut nosmetipsos. Romanor.cap.13. v 8. & seqq. & tamen quæ proximo præstamus, reverâ merita & beneficia censentur Huc pertinet, quod Seneca lib 3.de benefic.cap.29 & seqq. usq. ad finem libri. prolixè & eleganter ostendit: patrem à filio beneficiis etiam superari posse. Similiter non obstat, quòd propter conditionem filiifamilias, qui omnia acquirit patri, per tradita superiùs num. 38. non possit subsistere donatio: eaque conditio & qualitas per benè merita filii non tollatur: adeòque durante impedimento, etiam duret donationis nullitas. Dupliciter enim Doctores respondent: primùm quod filius ratione meritorum pro extraneo habeatur: Deinde, quòd donatum à patre filio ob benè merita sapiat naturam peculii adventitii, cujus jure novo filiusfamilias est capax. Bartolus in dict. l.frater à fratre.38.numer.57.ff. de condict.indeb. Decius consil.536. incip. in causa, quæ agitur, numero 3. & 4. Cephal. consil.61.incip.nobilis.numero 13.volum.1.glos in Auth unde & si parent. in verb. falcidia. C. de inoffic. testament. illosq. referens Andreas Gail dict. libr. 2. observat.38. numero. 5. Vide Reinhardum Bachovium in not. & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disputat.19.thes 3. liter.E. versic. Adde, quod & ab initio, &c.pagin.87. & sequent. ubi eâ de re accuratiùs disserat. Quamvis autem donatio inter patrem 45
& filium regulariter infirma sit: eam tamen solâ morte ipsius patris confirmari, si non appareat, patrem mutasse voluntatem, probatur per textum in l. donationes, quas parentes. 25. C. de donat. inter vir. & uxor.l. filia.18. C.famil. ercisc.& Novell.162. cap. 1. in fine.& tradunt Bartol. Iason. & Crotus in dict.l.frater à fratre.38. ff. de condict. indebit. hosq, citans Menochius dict tractat. de præsumpt. libr.3. præs. 29. numer. 66.Clarus in dict.§ donatio. quæst. 8 numer.7. D. Bocer.dict.cap.3.num.8. Arumæus Exercit. Iustin. 6. th. 14 in addit. & idem libr.2 decis.8 numero. 28. Matth: Stephan.cent.2. quæst 44 liter. d. Vaconius à Vacuna lib.4.declar.57.nu 10.Treutler.d.vol 2.disput 19.th.3. lit.E.ibiq, latè Bachovius in suis not versic.denique solâ patris morte pag.85.& seq Hujusque ratio non obscura est: tum quia videtur quasi testamento patris confirmatum, quod donatum est. tum quia sublata patria potestas nihil ampliùs obstat, D. Obrecht. dict. disputat. 1.de donation.thes.248. Præterea donationem, à patre in fil.umfamilias collatam, confirmari tacitâ ratihabitione patris, post filii emancipationem, constat ex l. donationes.31.§.pater. 2 ff. hoc tit. 46
& l.sive emancipatis.17.C. eod. Iure etiam Wirtembergico revocare nequit pater donationem in liberos factam, ipsis postea è potestate patris liberatis: ut quando in consortio patris esse desierunt, Fürstlich Würtemb. erneuert Landrecht. 47

pendisti; ejus erogationis tibi nulla repetitio est. l. si pa-
56 *terno. 15. C. dict. tit.* Cæterùm si hoc procedit in vitrico, quantò magis obtinebit in genitore; qui & animo & naturâ pater est? Etenim si id inest, quod minus inesse videtur; inerit etiam, quod magis inesse creditur, *arg. l. ult. ubi gloss. & Dd. C. qui ætate vel professione se excusant cum in conjunctis. 7 ibiq. gloss. super verb. multò fortiùs Panormitan. Imola, & Canonistæ communi-*
57 *ter ext. de electione, &c.* Secundò illud, quod dignitatis nomine à patre est datum, à collationis onere immune esse, testatur excelsi ingenii IC. Papinianus, eumque sequutus Vlpianus *in l. 1. § sed an id, quod. 16. & ibi Dd. ff. de collat. bonorum.* Idem igitur dicendum de sumptibus studiorum causâ à patre subministratis: qui æquè adipiscendæ dignitatis causa, & etiam ad promovendam publicam utilitatem facti optimo jure perhibentur. Quò facit quoque textus *in l. unic. C. de periculo successor. parentis.* ubi Imp. Alexand. sic rescribit: *Si de proprio suo patrimonio muneris editionem tuo nomine pater tuus repromisit, ideoq; etiam Sacerdotem te creari impetravit, onus erogationis commune omnium heredum ejus esse, Præses provinciæ non*
58 *ignorabit.* Tertiò huic sententiæ patrocinatur IC. Iulianus, dum *in l. qui filium. 4. ff. ubi pupill. educar. deb.* proponit casum, qui apprimè conducere videtur ad præsentis nostræ quæstionis decisionem nempe talem: Quidam reliquerat filium & filiam impuberes, eisque tutorem constituit, qui pupillæ alimenta dedit, & præceptoribus mercedes, ut liberalibus artibus institueretur: quemadmodum olim mulieres institui moris erat. Finitâ tutelâ filius vult repetere dicta alimenta & mercedes sorori suæ præstitas: respondit Iulianus consultus, nihil eo nomine ipsi præstandum esse. Quo quid planius & apertius dici potuisset, ex quo magis evidenter cognoscere licuisset, sumptus studiorum causâ factos in collationem haudquaquam venire? Quartò ab hac opinione non est alienus Vlpi-
59 anus *in l. qua pater. 50. ff. famil. ercisc.* ubi dicit, quòd æquitas non patiatur, ut ea, quæ pater pietate debitâ ductus filio studiorum causâ subministravit, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computentur: nisi credendi animo ipsi à patre suppeditata fuerint. Quo sanè innuit IC sumptus studiorum causâ factos regulariter conferendos non esse: cùm non credendi, sed potiùs donandi animo pater illos sumptus fecisse præsumatur. Quæ pietas & donandi animus exinde magis colligitur: quòd pater mittens filium in Academiam, videtur se illi obligare ad dandos sumptus, quibus ibi vivendum. Qui
60 enim vult consequens, vult etiam antecedens, sine quo illud esse non potest, *arg. l. 2 ff. de jurisdict.* At pater vult, filium esse in Academiâ, ibique bonas literas addiscere. Ergo vult illi etiam dare sumptus, sine quibus ibi esse non potest. Præterea *d. l. qua pater. 50. ff famil. ercisc.* expressè concepta est de filio *emancipato*: & vult, quòd sumptus studiorum causâ factos conferre non teneatur. Si igitur filius emancipatus istos sumptus
61 conferre non tenetur: multò minus filius, in sacris paternis constitutus, conferre tenebitur. Præsumptio namque est: affectum paternum majorem esse erga hunc, quàm emancipatum, utpote qui mutat familiam, minimam capitis diminutionem patiendo. *§. minima. 3. supr. de capit. deminut.* qui jure civili filius esse desinit, legis successione non gaudet, nec suus heres esse dicitur. *§ emancipati. 9. infr. de hereditatibus quæ ab intest. deferunt § emancipatet. 3. infr. de exhered. liberor.* Præsumptio insuper juris est: Patrem donandi animo pecuniam filio studioso mittere, *ut paulò antè monitum, numero. 59.* Si enim tum demum filius pecuniam conferre cogitur, quando conditio illa reperitur, *quòd credendi animo pater miserit*, ut traditur *in d. l. qua pater. 50 ff. famil. ercisc.* sequitur è contra- 62
rio, quando conditio illa non adest, quòd donasse censeatur. Siquidem quod sine conditione datur, purè datum esse præsumitur: & quod non animo repetendi datum est, donatum esse intelligitur. *Nec est,* 63
quòd objiciat quispiam; nullam donationem inter patrem & filium factam fuisse: cùm de eâ nullâ patris testatoris extet voluntas. *Quandoquidem* satis apparet, voluisse hoc patrem. Si enim voluit ablegare filium ad artes addiscendas: utique & expensas ei dare voluit: cùm sine his artes addisci nequeant, *arg. d. l. 2. ff. de jurisdict.* Nec stringit, quòd patris voluntas dicto, aut scripto non sit expressa. Nam multa sæpenumero tacita, pro expressis habentur. *l. cùm quid 3. ff. de rebus* 64
credit. si cert. pet. l. si debitor. 12. C. de distract. pignor. l. si mater. 3. C. de inoffic. testament. nec quicquam refert, utrùm quis voluntatem suam declaret verbis, an rebus ipsis, vel factis. *l. de quibus. 32. §. 1. vers. nam quid interest. ff. de legibus.* Sed & expressa nocent, non 65
expressa non nocent, respondente Modestino *in l. expressa 198. ff. de regul. jur.* Nec item est, quod tegeratur: donationem inter patrem & filium non posse subsistere, *per ea, quæ fusius tradita sunt suprà numero. 36. & aliquot sequentib.* Etenim distinguendum est 66
inter donationem puram vel simplicem seu meram, quæ scilicet nullam habet causam annexam, nisi meram liberalitatem & beneficentiam gratuitam; & donationem ob causam, putà studiorum, aut officiorum, &c. Illa donatio sustineri nequit: hæc verò adeò valet, ut nec omninò revocari, nec in legitimam computari debeat, *Auth. unde & si parens. C. de inoffic. testam.* Ejusque ratio est perspicua: quia ob causam do- 67
natio, non est propriè donatio: eo quòd non sit meræ liberalitatis exercendæ causa; sed ea lege, ut aliquid fiat, vel non fiat; vel sub modo, & conditione, vel ex certo tempore, aut in certum tempus donetur. *l. 1. & tot. tit. C. de donationib. quæ sub modo, vel condit. vel certo temp. confic.* Idcoque ejusmodi donatio peculio ad- 68
ventitio potiùs, quam profectitio adscribitur: quod ut ab hereditate, defuncti scilicet, alienum est: ita collationis nullam considerationem habet. *Idq; latius explicat Hiller. d. tract. de expens. studior. num. 42.* Quin 69
& hoc non incommodè dici poterit: istam donationem, studiorum causâ in filium à patre collatam, morte patris censeri confirmatam. *d. l. donationes, quas. 25. C. de donationibus inter vir. & ux. & expositum suprà num. 45.*

Quintò nostra sententia stabilitur hoc argumento: 70
Quo jure & privilegio utuntur milites armati: eodem

etiam fruuntur togati *l. fin. C de palatiis sacrar. largi-*
tion. lib. 12 Everhard à Midelburg. in Top. à milite ar-
mata milit. num. 1 Bartol. Angel. Alexand. Socin. & Ia-
son. in l. miles 6 ff. de re judicat. Cyn. & Salicet. in l. 5.
71 *C. de jur & fact. ignorant.* Atqui filiusfamilias miles o-
mnia præcipua habet, quæ pater ei, in castra Martis
proficiscenti, elargitus fuerit. *l. miles præcipua. 4. in*
princ. ff. de castrensi pecul. Ergo & filiusfamilias ad
Musarum castra proficiscens omnia præcipua habere
debet: cùm utrobique par subsit causa. *l. advocati. 14.*
72 *C. de advocat. divers. judiciorum.* Quò respicit Imp. A-
nastasius *in l. jubemus. 5. C. de silentiariis & decurionib.*
eor. ita rescribens: *Iubemus clarissimorum silentiario-*
rum præditos militiâ, etsi genitorum suorum in potesta-
te sint constituti: quæcunque solatiorum, seu emolu-
mentorum, vel donationum, seu hereditatum nomine
per militiam, vel quamlibet ejusmodi causam his ac-
quisita sunt, vel fuerint, jure castrensis peculii possi-
dere, nec ea posse vel parentes superstites sibi vindica-
re, vel auferre, vel etiam post eorum obitum fratres,
vel alios eorum heredes, quasi ad defunctorum domi-
nium pertinentia, in divisionem deducere. Nec enim
oportet labores eorum alius fructum vel lucrum adfer-
re. Ex horum verborum generali ratione idem de fi-
liofamilias studioso assesere possumus: cùm iisdem,
quibus miles, gaudeat privilegiis, *ut jam ante osten-*
sum. Non ergo deterioris, sed melioris conditionis &
prærogativæ esse debet. Quamvis enim, juxta notum
versiculum:

Dent magnum Martis victricia cornua nomen:
Gloria, lausq; tamen major ab Arte venit.

73 Sextò suffragatur huic sententiæ *l si filia. 20 §. idem*
scribit. 6 ff. familiæ ercif cund. ubi statuitur, filium de-
bere præcipere, si in muneribus publicis, in quibus
pater ei consentit, reliquatus sit; quòd hoc æs alienum
sit patris. Idemque repetitur *in § Neratius. 7. eâdem*
lege. Eòdem confert *l 3. §. final ff de muneribus &*
74 *honoribus.* Adde, quòd cùm collatio fiat arbitrio bo-
ni viri, is non videatur judicaturus, ut ea, quæ sine do-
lo & culpâ perierint, vel consumpta sint, conferan-
75 tur. *l. 2. §. de illis. 2. ff. de collat. bonor.* Septimò huic
non parùm confert illud pervulgatum, quòd publica
privatis longè sint anteferenda. Ea siquidem, quæ
communiter omnibus prosunt, præponimus iis, quæ
specialiter quibusdam utilia sunt, præclarè inquit Iu-
stin. Imp. *in Novell. 39. cap. 1.* Quin autem ipsius Re-
ipublicæ intersit, ne sumptus studiorum causa facti in
collationem veniant, nemini ignotum esse potest. A-
lioquin enim quàm multi metu collationis faciendæ
studia desererent; imò planè negligerent? quàm mul-
ti de bonis hereditariis rectè conservandis magis soli-
citi forent, quàm de studiis proprio sumptu suscipien-
76 dis & pertexendis? Pecunia etenim hereditaria certa
est, ejusque conservatio non adeò magnum desiderat
laborem: studia verò immensam industriam, & labo-
rem indefessum requirunt. Postremò hanc decisio-
nem, tanquam æquissimam & verissimam, Doctores
plerique commendant, *Bartol. in l. 1. §. nec castrense. 15.*
ff. de collat. bonor. Baldus in l. filia. 18. C famil ercisc. Ia-
son. in auth. quod locum. C. de collationibus Vital. dict.
tract. de collat. quæst 1. & 18. Hartman. Pistor. lib. 1. q.
19. Cravett. consil. 123. numer. 4. Horat. Luc. de privi-
leg Scholar. c 27. ver. primò amplia, &c. Menoch. lib. 3.
præsumpt. 30. numer. 16. Gilken. in auth ex testamento.
num. 57. & seqq C. de collationibus Schneidevvin. ad
§ quædam actiones. 20 infr. de actionib. sub tit. de acti-
one famil. ercisc. n 42 & seqq Wesenbec. in Paratitl. ff.
de collat. dot & cons 80. Petr. Gregor. Tholosan. lib. 44.
syntagm. jur. univers. n 44 cum seq. Ioan. Garzias in
tract. de expens. & meliorat. c. 4. num. 6 cum seq. Sich.
ad l. pactum dotali. 3. numer. 1. C de collationibus. Lud.
Schvvartz. major. lib. 1. miscell. cap. 12 Rutger. Ruland.
part. 4. de commiss lib 5. cap 14. Trentacinq. lib. 1. reso-
lut. 5. de legit Quirinus Kubach centur. 2. quæst. illustr.
politico-juridicar. decur. 9. quæst. 7. pag. 547. cum seqq.
Kremberg. in tract. de sumptib. studiosor. quæst. 1. Giph.
in antinom jur. civil. disputat. 1. in coroll. Cujac. d. lib.
3 observ. 30. Theming. decis 32. D. Collega Besold. class.
1. Collegii Polit. disput. 5. coroll. 8. & in delibat. jur. ex
lib. 10. Pandect. num. 3. pag. 577. cum seqq. Arumæus di-
sput. Pandect. 8. thes. 15. & Cothman. respons. 16 vol. 4.
ubi pro utraq; parte multas rationes affert. Quibus ad-
jiciendus est Ioan. Wolfgang. Hiller. *d tract. de expen-*
sis studiorum. num. 44. ubi hanc doctrinam infinitis fe-
rè auctoritatibus corroborat.

Huic sententiæ non obstat textus *in l. quoniam. 29* 77
C. de inoffic. testament. ex quâ relucet, quod dos omni- 78
no conferri debeat. Dotis autem favorem summum
esse, passim ex jure nostro constat. *l. 1. & 2. ff. de jur.*
dot. l. 1. ff. solut. matrim. l qui liberos. 19. ff. de rit. nupt.
& l. ult. §. sive vers. utramque. C. de dot. promiss. Nam
argumentum à dote sumptum ad hanc, vel aliam cau-
sam non procedit, quando alterutro in casu diversa est
ratio. *ut docet Everhard. à Midelburg. in locis suis le-*
gal. loc. à dote ad piam causam. numer. 3 & loc. à dote
ad alimenta. num. 3. Multò sanè magis necessariam es- 79
se erogationem sumptuum causa studiorum ipsa dotis
datione, vel inde manifestum evadit, quòd Respubli-
ca absque viris eruditis diu consistere atque conserva-
ri non possit. Sed & evidens subest ratio diversitatis,
cùm dos conferenda sit, sumptus verò studiorum non
item. Quia dos non transit in quasi castrense peculi-
um, sed refertur inter bona profectitia: sumptus au- 80
tem, de quibus hic loquimur, in quasi castrense pecu-
lium transeunt, ut meritò collationem effugere debe-
ant: cum nec castrense, nec quasi castrense peculium
conferendum sit, sed præcipuum esse oporteat: ut mul-
tis constitutionibus contineri refert Vlpianus *in d. l. 1.*
§. nec castrense. 15. ff. de collat. bonor.

Similiter non adversatur *l. inter filios. 11. Cod. famil.*
ercisc. ubi dum Imperator Philippus rescripsit: inter fi- 81
lios & filias bona intestatorum parentum pro virilibus
portionibus æquo jure dividi oportere: inde dicendum
videtur, sumptus studiorum causa suppeditatos etiam
conferendos esse, nec eosdem præcipuos habere filios
posse. *Etenim* rescripsit illic quidem Philippus, bona
parentum æquo jure dividenda esse inter liberos: sed
quid tum? An ne propterea omnia conferenda erunt?
An ne etiam sumptus pietatis causa facti? An ne id,
quod ob dignitatem datum est? Num item castrense
& quasi

& quasi castrense peculium? Neutiquam verò. Nihil enim loquitur prædicta lex de his, & similibus sumptibus, collationem effugientibus. Nec nostrum id-
82 circò erit, de hisce eam exaudire. Præterea licèt aliquam videatur redolere iniquitatem; liberos, quos æquales fecit ipsa natura, qui communes habent parentes, & commune domicilium, inæqualiter instituere; & hac inæqualitate discordias & rixas inter fratres excitare, *argum. l. 1. C. unde liberi. l. si major. 4. in fino. C. communi dividendo. dict. l. inter. 11. C. famil. ercisc. l. maximum vitium. 4. C. de liber. præterit.* illud
83 tamen in proposito nostro casu non valde attendendum erit. Tum quia utilitas publica semper præferenda est utilitati privatæ, *ut constat ex d. Nov. 39. cap. 1. l. unic. §. hac autem omnia. 14. C. de caduc. tollend. c. imperialis. in princip. de prohibit. feudi alienat. per Lo-*
84 *thar. tit. 52. libr. 2. Feud.* Tum quia pia causa facit, ut nonunquam à dispositione juris civilis discedatur, *argum. c. relatum. 11. ext. de testament. Bald. in l. 1. C.*
85 *de SS. Eccles.* Studiorum autem causam esse piam, & concernere utilitatem publicam, cùm sine illis nulla Respublica gubernari possit, in confesso est. *Auth. habita. C. ne filius pro patre, & c. Gloss. in l. stipulatio. 21. §. sive autem. 4. ff. de operis novi nunciat. in l. 1. numero. 30. ff. solution. matrimon.* Favor igitur studiorum facit, quò minùs hac in parte æqualitas lo-
86 cum sibi vindicare possit. Adhæc quemadmodum pater non tenetur filias æqualiter dotare, *teste Decio consil. 26. col. 4.* ita nec æquales partes tenetur liberis relinquere: imò cum plus uni filio, quàm alteri relinquere posse, expediti juris est. *l. parentibus. 8. C. de inoffic. testament. l. ex parte 39 ff. famil. ercisc. l. quoties 10. C. eod. l. cùm pater. 77. §. evictis. 8. ff. de legat. 2. & pluribus demonstrabitur infr. ad § sed cùm paulatim. 3. de testament. ordinand. numer. 266. &*
87 *sequentib.* Et quis parentibus eam ob causam justè succensere poterit: cùm bona ipsorum propria sint; in tantum, ut si velint, illa in mare projicere possint? *per notata Accursii in l. 1. in glos. magna, circa medium. C. de inoffic. donat. Roland. à Valle consil. 62. num. 25. vol. 1. Bertazol. consil. 57. numer. 4. cum sequentib. Surdi consil. 1. numer. 76. & aliorum relatorum à Kuechen in tractat. de Sax. non provoc. jur. cap. 2. numer. 20.* Prædicta igitur objecta & jura, de æqualitate inter liberos servanda, locum habent in dubio, ubi patris voluntas expressa non est: secus, ubi de voluntate patris constat. Et ita consuluisse Parisium *consil. 34. num. 50. & seq.* testatur Andreas Gail. *libr. 2. observat. 112. num 25.*

88 Nihil item detrahit sententiæ nostræ, quòd nemo in legitimâ (quæ omni jure liberis debetur, vicemque alimentorum subit, adeòque statuto tolli nequit *l. cum ratio. 7. in princip. ff. de bon. damnator l. scripto. 7. in fin ff. si tabul. testam. null extab. Novell. 18. cap. 3. vers. unde enim, & c. idq; fusius declarabitur ad §. ultim. infr. de inoffic testam. num. 38. & sequentib.*) sit defraudandus. *l. scimus. 36. §. illud. 2. ibi, ne filius defraudetur debito naturali & Auth. novissima. in fine ibiq. Sich. numer 24. C. d. tit.* Fratres autem & sorores in legitimâ defraudari videantur, si filius Studiosus pecuniam acceptam conferre non teneatur. *Respondetur* enim: ne- 89
quaquam exinde, quòd pater in filium studiorum causa sumptus collocat, reliquos liberos defraudari. Certi quippe juris est, quòd parentes liberis tantùm legitimam relinquere teneantur: de reliquis verò disponendi ipsis libera sit potestas. *d. auth. novissima. ibiq. Dd. l. quoniam. 29. l. omnimodo. 30. l. si quis suo. 33. C. de inoffic. testament. d. §. ult. infrà eod.* Legitima igitur relicta, continenti esse coguntur liberi: nec habent, quod ampliùs conquerantur: nec etiam ulla ipsis competit actio, *l. cum quæritur 6. C. eod. tit.* Adde item Ioannem Limneum *tom. 3. de jure publ. Imp. Rom. lib. 8. c. 7. num. 4. & seqq.*

Nihil quoque officit *l. illud. 20. in princ. C. de collationibus.* ubi cum milites Martis conferant sumptus in 90
militiam factos: idem obtinere videtur in militibus Musarum: siquidem paribus ambulant passibus, *arg. d. l. advocati. 14. C. de advocat. diversor. judicior.* Nam
respondetur: varias esse militias. Quædam enim est 91
militia armata. *dict. l. miles. 6. ff. de rejudic.* quædam togata. *d. l. advocati. 14. C. de advocat. diversor. judicior.* quædam palatina. *l. 1 & tot. tit. C. de privilegiis. eor. qui in sacro palatio militant libr. 12.* Quin & militiæ appellantur commoda annonatum, & salaria, quæ armatam vel inermem militiam exercentibus publicè præstari, quæque ita in commercio esse solent, ut emi, vendi, legari, aut aliàs relinqui potuerint, *l. Lucius. 22. & l. mortuo. 49. § 1. ff. de legat. 2. l fideicommissa. 11. §. si servo. 16. l. his verbis. 102. §. fin ff. de legat. 3. l. libertis. 18. §. ab heredibus. 2 ff. de aliment. legat. l. 3. §. si quid minori. 7 ff. de minorib. 25. annis. l. omnimodo. 30. §. imputari 2. C. de inofficioso testament. l. ultim. C. de pignorib. & hypothec.* De his igitur Iustinianus in *dict. l. illud. 20. C. de collationibus.* intelligendus est: idque inde apparet, quòd non definiat, omne illud, quod in militiam erogatum sit, conferri debere, sed id demum, quod quis ex militia acquisita lucratur: Quasi dicere velit: quanti talis militia eo tempore, quo collatio instituenda est, vendi potest. Quod famè de sumptibus, 92
circa studia vel alios honores versantibus, qui pecuniâ redimi non solent, dici non potest: eum pessimi reputetur esse exempli, ad hujusmodi officia per largitiones vel pecunias viam munire. *Novell. 8. ut Iudices sine quoque suffragio fiant.* Vnde etiam graves pœnæ comparatæ sunt in illos, qui istud facere non erubescunt, tam in secularibus. *l. unic. C. ad leg. Iul. de ambitu. l. penult. C. ad leg. Iul. repetundar.* quam ecclesiasticis. *l. si quemquam. 31. C. de episcop. & cleric. Gilken. ad dict. auth. ex testamento. numer. 61. in fine. C. de collationibus.*

Nihil insuper urget textus *in Nov. 18. cap. 6.* ubi Imp. 93
Iustinianus inter cætera hunc in modum rescribit: *sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus; collatio, & exinde æqualitas, locum habet: nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem.* Ergò & filius studiosus pecuniam à patre acceptam conferre debet, si expressa patris voluntas hac de re non reperiatur. Nihil, *inquam*, textus iste urget. Loquitur enim eo de casu, quando quid donatum est filio à patre simpliciter, non ob causam studiorum. Hucque 94

Pertinet vulgata juris regula: quòd in toto jure generi per speciem derogetur. *l. in toto. 80. ff. de regul. jur.*

Denique assertioni nostræ non contrariatur *l. etsi fi-*
95 *lium. 15. ff. de muneribus & honoribus.* ubi Papinianus ita respondit: *Etsi filium pater decurionem esse voluit: tamen defuncto, honores, qui filio decurioni congruentes post mortem patris obtigerunt, ad onus coheredis filii non pertinent.* Ibi namque impenditur quippiam in honorem filii, post mortem patris: quod in collationem venit, *ut benè animadvertit glossa in dict. l. qua pater. 50. in verb. comprobatus. ff. famil. ercisc.* Itaque semper dispiciendum: num sumptus sint facti post obitum patris, an vivente patre. Si post: sumptus conferendi sunt. *dict. l. 15. ff. de muneribus & honoribus* si ante: non item: & de eo casu nostra concepta est quæstio. *Prædictis addantur, quæ tradidere explicatius Gomezius 5. cap 29. Taurs num. 170. Menochius de arbitr. jud lib. 2. Cas 131. Vasquez in opusc. de test. c. 7. §. 5. dub. 7. Lopez part. 2. c. 10 conclus 3. Navarrus c. 17. num. 6. Emmanuel. Sa in verb. hereditas. nume. 43. Molin. tract. 2. d. 239. Zechius 2. part. cap. 62. n. 11. hosq; laudans Martin. Bonacina in tract de contractib. disp. 3. q. 6 punct. 6. num. 7. cum seq p. 549.*

96 Cæterùm huc usque exposita non solùm in patre, sed etiam in matre obtinent, *per textum in l. hac ratio. 3 §. secundùm hæc. 4 ff. de donat. inter vir. & uxor.* ubi Vlpianus ita scribit: *Si mater filio, qui in patris potestate esset, donet: nullius momenti erit donatio: quia patri quæritur. Sed si in castra eunti filio dedit, videtur valere: quia filio quæritur, & est castrensis peculii.* Ergo & id, quod mater filio studiorum causa donat, ipsi quæritur: cùm sit quasi castrense peculium, propter comparationem *in dict. l. advocati. 14. C. de advocat. diversor. judicior. Hartman. Pistor. dict. libr. 1. quæstion. 19 numer. 2 Thoming dict. decis. 32. nu. 9. Schvvartzmajer. dict. lib. 1. miscell. cap. 12. hosque laudans Hillerus dict. tract. de expens. studior. num. 65.*

97 Nec adversatur *l. si quis à liberis. 5. §. si mater. 14. ff. de agnosc. & alend. liber.* ex quâ colligitur: quòd mater tantùm teneatur ad subsidia: ac proinde non ad sumptus studiorum. *Licèt* enim mater ad sumptuum præstationem minimè cogatur; si tamen eos præstiterit: filius eosdem conferre haud tenebitur. Nullo quippe jure hoc dispositum reperitur, quòd sumptus isti conferendi sint. *Bald in l. filia. 18 num 10. vers. nec obstat. C. famil. ercisc. Pistor. dict. quæst 19 numero 2.* Porrò prædictam quæstionem etiam exposui *in volum. orationum mearum. oration. 24.* Eodem facere videntur, quæ notavit Hieronymus de Cævall. *in specul. aur. opin. commun. contra commun. quæstion. 208. tom. 1.*

98 Illud quoque silentio hîc involvendum non est: quòd pater ad subministrationem sumptuum, studiorum causa, à filio cogi possit, *per textum in l. si quis à liberis. 5. § non tantùm. 12. ff de agnoscend. & alend. liber.* ubi Vlpianus, *non tantùm*, inquit, *alimenta, verùm etiam cætera quoque onera libero-*
99 *rum, patrem à Iudice cogi præbere.* Quid, *per cætera onera*, Iurisconsultum intellexisse putabimus? an ea, quæ aliàs in legatis, nomine alimentorum veniunt? ut sunt vestitus & habitatio, *juxta l. legatis. 6. ff. de aliment. vel cibar. legat.* At quis negabit, aliam esse rationem in legatario, cui saltem jure testamenti alimenta legata debentur, ut meritò eo legato tantùm vestitus & habitatio, non autem cætera, quæ ad disciplinam pertinent, contineri debeant: aliam in filio, cui jure naturæ alimenta, id est, omnia ea, quæ ad vitam humanam honestè sustentandam necessaria sunt, pater præstare tenetur? Proinde cùm pater liberis non alimenta solùm, sed & *cætera onera* præbere jubeatur: quis non videt, per *cætera onera* Iurisconsultum dicto loco aliquid amplius requirere voluisse, nempe sumptus, qui ad disciplinam pertinent: quos aliàs sub alimentorum legato non contineri, Iavolenus respondit, *in dict. l. legatis. 6. ff. de aliment. vel cibar. legat.* Accedit textus clarior *in l. de* 100
bonis. 6. § non solùm. 3 ff de Carbonian edict. ubi Paulus, *non solùm*, inquit, *alimenta pupillo præstare debent: sed & in studia, & in cæteras impensas debet impendi, pro modo facultatum.* Ideireo jubetur quoque tutor mercedes constituere pupilli Præceptoribus, ab eodem Iurisconsulto, *in l. cùm plures. 12. §. cùm tutor 3 ff. de administrat & peric. tutor.* Nemo autem, opinor, dubitabit: multò magis hoc à patre requirendum, cùm à tutore id exigi videamus.
Huc facit itidem textus *in l. Macedoniani. 5. C. ad SC.* 101
Macedonian. ubi disertis verbis Alexander Imperator rescripsit, non obstare senatusconsulti Macedoniani auctoritatem, quo minùs pecunia filiofamilias, studiorum causa alibi degenti credita, à patre exigi possit. Cui assentitur Vlpianus *in l. item si filius familias.*
7. § quod dicitur. 13. ff. eodem tit. Quod dicitur, ait, 102
in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare senatusconsultum: ita locum habet, si probabilem modum in mutuâ pecuniâ non excessit, &c. ubi in sequentibus, ad verbum, *solebat*, plus dicit Accursius, subjungens: patrem teneri ad solutionem pecuniæ, studiorum causa filiofamilias creditæ, licèt contra voluntatem ejus in Scholis filius versetur. Quocirca exponit verbum *solebat*, pro *solere debebat*: ut & *in dict. l. Macedoniani. 5.* verb. *non recusaret*,
pro, *non recusare deberet.* Cum quo & jus divinum 103.
perspicuè consentit. *Si filii tibi sunt, erudi illos*, traditur *Ecclesiastici cap 7. vers 25.* Noli subtrahere à puero disciplinam, inquit sapientissimus Rex Salomon, *Proverbior cap. 23. vers 13.* Item erudi filium tuum, & refrigerabit te, & dabit delicias animæ tuæ; idem Rex inculcat, *Prov. 29. Ver. 17. & alibi.*

Nihil juvat duros istos & tenaces parentes, qui sum- 104
ptus studiorum filiis prorsus denegant, jus patriæ potestatis, quod olim vitæ & necis fuit in liberos, teste Paulo Iurisconsulto, *in l. in suis. 11 ff. de liber & posthum. hered. instituend.* Etenim tam ex divino, quàm civili jure constat, quòd jus illud in pietate potiùs, quam atrocitate consistere debeat. *l. divus. 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid l. unic. Cod. de his, qui parent. vel libr. occid.* Patres (inquit Divus Apostolus, gentium ille Doctor, Paulus, *Epist ad Coloss. cap 3. vers. 21.*) nolite ad indignationē provocare filios vestros, ut nō pusillo.

fillo animo fiant. Item, nolite ad iracundiam provocare filios vestros: sed educate illos in disciplina &
105 correptione Domini. *Ephes.6. v.4.* Permissa equidem patri est, imò verò mandata ac præcepta decens & moderata quædam castigatio, ac liberos colligendi potestas, *Proverbior.cap.13. v.24.cap.19.v.18.cap.23. v.13.& 14. & cap.29.v.15. item Ecclesiastici cap.30. v.8 & aliquot seqq.* Veruntamen hæc, & alia complura fìcræ Scripturæ loca protervos comprimis, & contumaces liberos concernunt, ut evidenter elucescit ex *Deuteronom.cap.21.v.18.& tribus seqq.* Quò
106 respicit etiam rescriptum Alexandri Imper. *in l.si filius 3.C.de patr.potest.* quo patri permittitur castigare filium suum, qui pietatem patri debitam non agnoscit, & in hac contumacia perseverat. Ast in eo, qui nec contumax, nec protervus est, nulla emendatio necessaria est. Cur itaque jus patriæ potestatis eò usque extenderemus, ut ejus vigore patri licitum esset filium studiis deditum pro lubitu ab iisdem abstrahere? Imò verò ipse pater necessarios filio sumptus renuens, sicque pietatem debitam non agnoscens, indignum se reddit patriâ potestate. Et certè minimè putandum est; tantam esse (hodie præsertim) vim patriæ potestatis, ut ejus prætextu quidvis patri in liberos concessum sit, aut ut propter eam aliquid contra pietatem, honestatem, ac bonos mores facere, aut adversus
107 Rempublic. moliri audeat. Nam contrà potiùs manifestum est: patrem, qui ad delendam atque oppugnandam Patriam venit, non solùm impunè à filio occidi posse; sed & præmio filium idcirco afficiendum esse, testante Marcello, *in l.minimè.35 ff.de relig.& sumpt.fun.*

108 Nihil præterea iniquis istis & sordidè parcis patrocinatur parentibus textus *in l.omnimodo.30. §. imputari.2.C.de inoffic testament.* ubi filio imputantur in legitimam, quæ occasione militiæ ex pecunia patris acquisivit. Atqui nemo dixerit, patrem cogi posse, ut suis sumptibus militiam filio, in castris militanti, præparet, adornet, atque instruat Quin imò contrà perspicuum est; quòd pater filium, castra sequi volentem, prohibere, & domi detinere possit. Quod si procedit in vera & armatâ militiâ: utique multò magis obti-
109 nebit in togata illa & legali studiorum militiâ. Frequens enim & probabile est argumentum ab armatâ militiâ ad legalem, *ut docet Everhard. à Midelburg. in loc. à milite armata milit. ad militem cœlestis milit.* Nihil, *inquam*, textus ille dutis parentibus patrocinatur. Palàm namque & certum est: illum textum accipiendum esse de ea militiâ, quæ vendi, & ad heredes transmitti potest: *de qua abundè dictum suprà nu.9 t.*
110 Erat siquidem militia officium quoddam, ex quo quis commodum & emolumentum percipere poterat, *ut fusius paulò docet Dominicus Arumaus Exercitat. Iustin.9. sub thes.6. ex Cujacio in l.3. ff. de minorib.* Ad militiam vero armatam quod attinet: certè si Reipublicæ salus postulet, ab ea filius in tantùm prohiberi non potest à patre, ut potiùs, re ita ferente, & pater & filius ad arripienda arma à Magistratu cogi possint.
111 Patriæ quippe in primis: deinde parentibus nati sumus, *teste Cicerone libr.4 ad Herrennium.& libr.3 de finib.*

Nihil denique nostræ resistit sententiæ responsum 112
Scævolæ *in l ult ff. de heredit.at.petit.* ubi pater repetere potest ea, quæ in honorem filii erogavit. Nemo autem inficiabitur, quin & illa, quæ in studia filii impenduntur, in ejusdem honorem erogata censeantur: præsertim eùm ob artium disciplinas, probè cognitas, quispiam ad ipsum dignitatis culmen evehatus. Honos enim alit artes, *ut præclarè ait idem Cicero in Platone.* omnesque gloria ad studia accenduntur. Cùm 113
itaque generaliter, quæ ob honorem filii pater erogavit, repetere possit: quis eundem ad subministrationem ejusce modi sumptum obligatum censebit? An enim quenquam repetere posse dicemus, quod jure coactus præstitit? Nihil, *inquam*, nostræ sententiæ resistit adductum Scævolæ responsum Quoniam in eo proponitur casus, in quo filius propria bonâ habebat. Nostra autem sententia duntaxat tum procedit, quando filius nulla habet bona materna, vel alia. Alioquin enim ex his potiùs studiorum impensas fieri debere, non dubitatur. Et sanè non est, ut quisquam existi- 114
met: hanc nostram sententiam sine ulla limitatione obtinere. Quid etenim, si pater egestate premeretur, & plures haberet liberos? An ne unum solummodò ditabit, & reliquos, quos pari amore diligit, fame perire sinet? Quod item, si filius esset pseudoscholasticus, vagus & ignavus? Quid, si esset luxuriosus, & protinus scorto pecuniam daturus? ut loquitur Iulianus *in l si quis cùm sciret.8. ff. pro empt.* An ne pater sumptus suppeditare tenebitur perdituro? ut inquit, Vlpianus, *in l.si verò non remunerandi.12. § si adolescens.ff mandat.* & Paulus *in l.quod si minor 24. §. restitutio.ff de minorib.* Verùm extrà hos, similesque casus, patrem à filio ad subministrationem sumptuum studiorum causa compelli posse, meritò concluditur. Et ita in terminis tradit *Petrus Rebuffus in tractat. de privileg.scholarium,&c. privileg.53 & Lingleis de eccl.Iustin.13.quæst.1.num.3 & seqq.fol.129.* Eaque de re explicatius disserui *in Orationib meis, Orat.23.& in additionib ad Iul.Clar. §.donatio. quæst.8.num.11. & multis subseqq.*

Donari possunt res omnes, quæ in patrimonio donantis existunt, & quæ in commercium cadunt, sive 115
sint corporales, sive incorporales, sive sint mobiles, sive immobiles, *l.2.in princip.l.in ædibus 9.in princip. ff. hoc tit.l.1.a.3.& l eum rei.22.C.eod.Petr.Nicol.Mozzius in tract. de donat sub tit de rebus quæ donari possint, vel non num.1.& 3. Treutler.volum.2.disput 19. thes.5.ibique Bachovius in suis notis & animadvers. ad liter. B pag 100. ubi defendit posse existimat, suo modo etiam rei alienæ donationem validam esse: quoniam aliàs titulum usucapioni non præstaret.* An autem 116
donatio omnium vel universorum bonorum, præsentium & futurorum valeat, difficilis & abstrusa quæstio est? Et sanè non valere, maximè verò quoad bona futura, communis Doctorum Schola affirmat, *Bartol. Angel.Castrens. Alexander, Iason, Ripa, Cretus, & alij in l.stipulatio hoc modo concepta.61. ff. de verb.oblig. Baldus, Fulgos. & cæteri in l fin. C. de pact. Ioan. Di-*

lect. Durant.in tractat. de art. testand. tit.10. cautel.2.
num.2. Clarus in d § Donatio. quæst.19. Mozz. d tit. de
reb. quæ don. poss. num.6. Fachin. lib.6 controvers. jur.
cap.87 Alexand Trentacinq. libr.3 resolut.3 de donat.
Modestin. Pistor. lib.2. cons.19 nu.1. Gutierrez in tract.
de juramento confirmat. part.1. cap.11. num 16. Bren-
cherst. cent.3. i' αντιφανῶν. assert.71. Anton. de Gam-
ma decis. Lusitan 386 fol.346 cum seq. Olemann ad
disput.12. Giphanii. num. 2. aliique per illos citati.
117 Licèt verò communis opinionis magna sit auctoritas,
& ab ea in judicando non facilè recedatur. *argum l.1.*
in princ. vers. sanè crebrior apud veteres opinio ff de
offic. quæst. l. athletas. 4. in princ. ibi. & generaliter ita
omnes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l ita vulne-
ratus 51. in princ. ibi, dicitur vulgò. ff. ad leg. Aquil. at-
tamen sententia contraria, utpote expressis legum te-
xtibus suffulta, verior putatur. *l si quis argum.35. §. sed*
si quis universitatis 4. & §. seq. C. de donat. l si un-
quam 8. C. de revocand. donat l. omnes 17. § 1. ff. quæ
in fraud. creditor. l. si totas 5. C. de inoffic. donat. Quæ
leges inter præsentia & futura bona non distinguunt.
Et de donatione rerum futurarum videtur esse textus
in l. in ædib. 9. §.1. ff. de donat. l. spem 3. C. eod. & l. si re-
118 *rum 1. C. de donationib. quæ sub modo, &c.* Quin quic-
quid naturale, quicquid concessum & permissum est
legibus, id semper & in infinitum intelligitur conces-
sum & licitum: nisi in quantum vicissim à legibus &
moribus est restrictum, *argum. l. Gracchus 4 C. ad*
leg. Iul de adult. At nos posse donare res nostras, est
naturale *§. per traditionem 40 suprà de rerum divis.*
& legibus concessum. *tot. tit. ff. & C. de donat l. in re*
mandata. 21. C. mandati. l. nemo. 9 C. de Iudæis cap.
unic. per quos fiat invest. libr.2. F. tit.3. Ergo & sem-
per & in infinitum donare possumus, nisi in quan-
tum à legibus hoc jus reperitur restrictum. Iam ve-
rò nullibi in toto jure legitur jus donandi restrictum
ad omnia præsentia tantum bona; quasi scilicet o-
mnia præsentia, non etiam futura donare possimus.
119 Præterea explorati juris est, quòd res futuræ pos-
sint obligari. *l. fin. Cod quæ res pignor obligari possess.*
120 Ast ubi obligatio concessa: ibi & alienatio per-
missa intelligitur. *l. ultim. Codic. de rebus alienis*
non alienand. Quia per oppignorationem perve-
nitur ad alienationem. *l. 2. & l. 3. ff. de distract.*
pignor.
Nec huic assertioni quicquam obstat, quod objici-
121 tur: per donationem universorum; adeoque etiam fu
sutorum bonorum, liberam voluntatem sive jus te-
standi (cùm nihil donator habeat, de quo in testa-
mento disponere possit) & sic publicum tolli *l.3. ff. qui*
testament fac. poss. quod tamen maximè adversum sit
legibus, & contra bonos mores. *l. pactum. 15. C de pact.*
l. jus publicum 38. ff eod. Primùm enim in arbitrio cu-
juslibet est, testari velle, aut nolle, *arg l 1. ff qui testam.*
fac. possunt. Ideoque qui omnia sua bona alteri do-
nat: testamentum non videtur facere velle: ac proin-
de etiam dici non potest, quòd ejus voluntatem faci-
endi testamentum donatio isthæc tollat, aut impediat:
privatio siquidem habitum præsupponit. *l manumis-*
siones 4. ff. de just. & jur. l. decem stipulatus. 116. ff. de
verb. oblig. l. non potest. 208. ff. de reg. jur Deinde quam-
vis nihil quis habeat proprii, tamen testari potest, vi-
delicet de rebus alienis, purà cõmodatis, precario ac-
ceptis, &c. ut probat *tit. ff. pro herede, &c.* Et scribit
disertè Iulius Clarus *libr 3 receptar. sentent. §. testa-*
mentum quæst. 22. num.3. testamentum & heredita-
tem utique considerari etiam in eo, qui nihil in bonis
relinquit: neque id prorsus esse sine utilitate. Nam
qui potest (*inquit ille*) testari: poterit (licèt ipse nihil
habeat in bonis) substituere filio suo pupillariter:
quod tamen facere non posset, si non haberet testa-
menti factionem. *l.2. ff. de vulg. & pupill. substitut.* I-
tem poterit dare tutorem filiis suis: quod pariter fieri
non potest, nisi in testamento aut codicillis testa-
mento confirmatis *l.3 ff. de testament. tutel.* Bona igi- 122
tur propria ad testamenti factionem præcisè non re-
quiruntur. Præterea illi actus & pactiones jure impro-
bantur, quæ directò libertatem & facultatem testan-
di impediunt, vel alicui præripiunt. *l. stipulatio hoc mo-*
do. 61. ff. de verb. obligat. d l. pactum. 15. C. de pact. l. ex eo
instrumento. 4. C. de inutil. stipulationib. qualis pa-
ctio aut actus non est donatio. Quandoquidem per
indirectum & consequentiam tantùm donator testari
nequit: quod tamen in considerationem venire non
debet, *l.1. ff. de auctorit. & consensu tutor. & curator.*
Sic etiam potest paterfamilias arrogari, *§.1. suprà de ad-*
optionib. ingredi monasterium. *Novell. 5 de monachis.*
& vendere semetipsum. *§. servi 4 vers. aut jure civili.*
suprà de jure person. l. & servorum. 5. §.1. ff. de stat ho-
min. & tamen hisce tribus actibus consequenter te-
stamenti factio perditur, *initio tit. suprà quibus non*
est permiss. fac testam l. qui in potestate 6. ff qui te-
stam. fac poss Authent. ingressi C. de sacrosanct. Eccles.
§. illud, ta. suprà de adoptionib. Adhæc vanum est, &
nullius momenti, quod dissentientes objectant: con-
tra bonos mores & humanitatem esse, aliquem in
eum statum ponere, ut nihil prorsus habeat, vel habi-
turus sit; atque adeò infeliciter & miserè vivere de-
beat. *Namque* donator in id tantum, quod commo- 123
dè facere potest, convenitus: nec illi necessaria vitæ a-
limenta auferuntur, ne egeat. Semper quippe ita est in-
terpretanda donatio, ne donator liberalitate suâ inops
factus periclitetur. *l. si extraneus 33. ff. de reg. jur. dot.*
l. inter. 19 §. fin. & l. ne liberalitate 50 ff de re judic.
Quinimò alimentis renunciari non posse, tradunt *De-* 124
cius in l. jura. 8. ff. de regul. jur. & Trentacinquius
libr.1. resolut.2. de aliment. num.15. Quare licèt quis-
piam omnia, & præsentia & futura bona donârit: ad-
huc tamen de alimentis, hoc est, cibariis, vestibus, le-
ctis, medicinis, habitatione, potionibus, suppellectil-
le, &c. testari poterit. *l. legatis 6. ff de aliment. legat.*
l obligatione. 6. & libris seqq ff de pignorib. & hypoth.
Neque bene regeritur istam universorum bonorum
donationem cadere in vitium prodigalitatis. *Etenim*
unum prodigentiæ sive donationis actum non effice-
re prodigum, manifesto manifestius est: cùm crebri
pluresque profusionis actus & prodigalitatis vitium
inducendum requirantur, *argum. l.1. in princip. ff. de*
curatorib furioso, & aliis extra minor dandis. ubi pro-
digus ille dicitur, quis neque tempus, neque finem
expen-

expensarum habet: sed bona sua dilacerando & dissipando profundit.

125 Similiter nihil decerpit nostro pronunciato, quòd quicquid inducit votum captandæ mortis alterius, illud sit contra bonos mores, & legibus improbetur. *l.fin.C.de pact.* Donatio autem omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum, inducat votum mortis donatoris, & donatio præbeat occasionem insidiandæ vitæ illius, *Nam* negatur omninò assumptio. Tum quia ad effectum & exitum hujusmodi donationis non opus est morte donatoris: cùm statim ex illa, si pura est, ad rerum donatarum traditionem agi possit, *hoc §. nostro. juncto §. omnis. 3. infrà de verb. obligat.* Tum quia interest donatarii, diu superstitem esse donantem, propter bona illa, quæ is suâ industriâ sibi parare & acquirere potest: ob hereditates item, quæ interim ipsi obtingere deferrique possunt: quæ omnia, vi donationis factæ, ad donata-

126 rium quandoque pertinebunt. Tum etiam quia nihil tale suspicari vel præsumere licèt de donatario, insigni beneficio à donatore affecto: sed quævis potius gratitudo ac benevolentia ab ipso expectanda, & sperandа est, *argum. l. si verò non remunerandi. 11. §. inde Papinian 8. ff. mandat. & l. sed & si lege. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. hered.* Tum postremò quia delicta non præsumuntur, *l meritò. 51 ff pro socio.* & quilibet præsumitur bonus, nisi in contrarium aliud ostendatur. *cap. ult. in fine. ext. de præsumptionib. Menoch. libr. 2. de præsumpt. 76. num. 5. & lib. 5. præsumpt. 3. num. 14. & seqq.*

127 Nihil quoque adversatur, quòd pactis seu conventione partium neque dari possit, neque adimi hereditas. *l. hereditas 5. C. de pact. convent. & latiùs exposui ad princip. tit. infrà de hereditat. quæ ab intest. defer. num 9. & seqq.* At conventione partium daretur hereditas, si donatio de universis bonis, tam præsentibus, quam futuris valeret: cùm bona universa nil aliud sint, quàm hereditas, *argum. l. hereditas 62. ff. de regul. jur.* Hoc, *inquam*, nihil adversatur. Haud enim si universa bona donantur, protinus hereditas

128 delata censetur: siquidem hereditas nomen juris est, jurisque intellectum habere dicitur, etiam sine ullo corpore, sive ullâ re hereditariâ, teste Papiniano, *in l. hereditas 50 in princip ff. de heredit. petit.* Sed & diversissimam esse rationem hereditatis, atque donationis universorum bonorum, hinc patescit: quòd donatarius in commoda solùm succedat, non etiam in onera & incommoda, ut heres. Etenim si ære alieno gravatus est donator, non valet donatio in fraudem creditorum facta, *l. non possunt. 11. ff. de jure fisci l. 2. §. 1. ff de cessat. bonor. l. 1. & tot. tit ff quæ in fraud. creditor. facta sunt, ut restituantur.*

129 Ampliùs non obloquitur textus *in l. si libertus 16. §. 1. ff. de jure patronat.* ubi expressè dicitur magis sive verius esse, ut omnium rerum alienatio, sicque donatio facta, nullius momenti sit. *Nam* ibi non idcirco donatio nullius momenti esse affirmatur, quòd de omnibus bonis facta est: sed potiùs, quia facta est in fraudem legis, quæ prohibet, ne libertus se centenario minorem faciat, *dict. l. si libertus. 16. in princip ff. eodem.* Centenarii autem liberti in lege Papiâ dicebantur, quia centum millium sestertiorum rem habebant, id est, qui mille aureos illius ætatis in bonis habebant. *Idque latiùs exposuimus ad §. postea. 2. infrà de successione libertorum num. 4. & 5. Hucque pertinent, quæ annotata sunt infrà numer. 177.*

Denique nihil ad rhombum facit *l. inter stipulantem. 83. §. sacram 5. vers. nam de his rebus ff. de V. Ob.* ex qua lege dicendum videtur, quòd propterea futurorum bonorum donatio non valeat, quia negocia rectè gerimus de his rebus, quæ sunt nostri dominii, aut subjici dominio nostro statim possunt. Atqui bona futura nondum sunt nostra, neque statim dominio nostro subjici possunt. Nihil, *inquam*, lex ista ad rhombum facit. Quia non solùm de rebus præsentibus & acquisitis; sed de futuris etiam nascituris & acquirendis rectè negocia gerimus. Quæ licèt nunc nostri dominii non sint: futuræ tamen aliquando sunt: adeòque tunc statim dominio nostro subjici queunt, *argum. §. ea quoque res. 8. infra de legat. & § 1. infrà de inutilibus stipulat.* Nam validè replicatur: omnem donationem debere ex præsenti valere *Quoniam* & futurorum bonorum donatio vires ex præsenti accipere dicitur, quamvis petitio ex ea suspensa sit, *argum. l. ususfructus 26 ff. de stipulatione server.* Atque ita docent Ioannes *Cerasius libr. 6. miscellan. jur. civil. cap. 17. D. Collega Becerus in Commentar. de donat. cap. 3 num. 39. & seqq. edit. 2. Hunnius li. 2. variar resolut. juris civil. tractat. 4. quæst. 7. Vaud. libr. 1. quæst 31. Arumæus Exercitat. Iustin. 6. thes. 15. Alciatus ad l. fin. num. 72. C. de pact. Mascard. in tractat. de probat. volum. 3 conclus. 1120. Matthias Stephani. centur. 2. quæst. 47. ad liter. b. Anton. Faber. part. 2. de erroribus pragmat. decad. 48. error. 6. hujusque strenuus assertor. Schifordegherus libr. 1. tractat. 13. quæst. 1. cum seqq. D Obrechtus disput. 2 de donationibus thes 9. & seqq. Hœnonius disputat. 6. controvers. 18. Gailus libr. 2. observ. 11. num. 10. Forster. junior. in libro singul. de dominio. cap. 9 num. 217. pag. 347. cum seq. Vngepaur. exercit. Iustin. 7. quæst. 5. pag. 297. & seq. edit. ult. Paulus Berons disput 5. ad Institut. them. 2 quæst. 2. & Quirinus Knbach. centur. 2. quæst. illustr. politico-jurid. decur. ult quæst. 1.* Vide Bachovium *in notis & animadversionibus ad Treutlerum volum. 2. disput. 19. th. 5. liter C. & D. pag. 101. & seqq. ubi latissimè enarrat, an & quatenus appellatione bonorum, jura contineantur: an item, & quatenus tam futura, quàm præsentia bona donari possint.* Adde D. Besoldum *in delibatis jur. ex lib. 39 ff quæst. 2. pag. 159.*

Porrò ut tandem ad interpretationem hujus §. nostri propriùs accedam: in eo tria de donatione inter vivos adferuntur. Primum est de perfectione, alterum de insinuatione: tertium de revocatione. Ad primum quod attinet, ait Imperator Iustinianus: donationem perfici solâ voluntate, scriptis, aut sine scriptis, manifestatâ: & donatori incumbere necessitatem

traditionis. Etsi igitur donatio olim nudo & solo consensu non perficiebatur, sed rei donatæ traditione opus habebat: hodie tamen nudâ conventione perfectissimum robur accipit. Etenim quamprimùm donator voluntatem suam donandi declaraverit, eaque accepta fuerit necessitas tradendi incumbit, non secus, ac si vendidisset, *hoc §. nostro. & l si quis argentum. 35. §. ult. C. hoc tit. Riminald. in § 1. num. 7. & seqq. suprà hoc tit. ibiq; Fulvius Constantin. in princip. pag. 720. & eos referens Paulus Berens in Dissertationib. Academicu ad Institut. Disput. 5. them 2. quæst. 1. pag. 96. edit. 2.*

132 Hinc perquàm celebris suboritur quæstio: nunquid venditor ad rei venditæ traditionem præcisè cogi possit: an verò id, quod interest, offerens à tradendi necessitate liberetur? Et sanè *argumento hujus §. ibi, & ad exemplum, & ibi, habere necessitatem traditionis. d. l. si quis argentum 35. in princip. ibi, omnimodò, &c. & § ult. ibi, omnimodo, &c. Cod. eod. & Novell 162. cap. 1. ibi, necessitatem habere tradere donatum, &c.* (quibus ex locis relucet, quòd donatori necessitas rem donatam tradendi absolutè & præcisè incumbat) plerique rectissimè concludunt: quod venditor interesse præstando non liberetur, si modò facultatem tradendi rem ipsam habeat. Accedit textus *in l. ex empto.*
133 *11. § 2 ff. de actionib. empt.* ubi Vlpianus disertè respondit: venditorem oportere ipsam rem præstare sive tradere. Atqui verbum *oportere* præcisam coactionem seu necessitatem importare, vel Grammaticis notum est: & idem insuper dilucidè probatur *ex l. 1 in princip. ibi, priùs nosse oportet. ff de just. & jur.* Cui consentit Paulus *in l. si quis alienam 46. ff de actionib. empt.* ubi inquit: venditorem cogi implere venditionem: id est, cogi posse, ut tradat, aut mancipet: sicut idem Paulus se explicat *lib. 1. sentent tit. 13. §. si id, quod emptum, &c.* Eodem non potius facit, quod
134 aliud pro alio invito creditori solvi nequeat. *l 2 § 1. ff. de rebus cred. si cert. pet.* Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa ipsa tradi debet: non autem aliud ejus loco, invito emptore. Atque hanc sententiam pluribus & rationibus & auctoritatibus confirmavimus, & quæ ei adversari videntur, diluimus abundè *infrà ad princip. titul. de empt. & vendit. num. 33. & multis subseqq.*

135 Enimverò quandoque conventio, vel sola, vel traditione subnixa, ad perfectionem donationis non sufficit: sed insuper etiam insinuatio, tamquam extrinseca quædam solennitas, requiritur; si nimirum quingentos solidos sive aureos donatio excedat, *hoc §. nostro. vers & cùm retrò, &c. l. sancimus 34 & d. l. si*
136 *quis argentum 35. §. ult. C. hoc tit.* Insinuatio autem nihil aliud esse videtur, quàm factæ donationis, quingentos aureos excedentis, coram Iudice competente publicatio: ut in acta relata plenam vim habeat. *D. Obrecht. disput. 2. de donat. thes. 137 Mozz. in tract. de donat. tit. de substant. seu quæ requirant, in donat. nu. 6*

137 Rationes porrò, ob quas donationis, si quingentorum aureorum summam regrediatur, insinuationem fieri necesse est, quatuor Doctores assignant. I. est, ut inter donationem & insinuationem possit deliberare donans, an sibi expediat donationem perficere, nec ne, *argum. Novell. 23. cap. 1. vers ut liceat homini intra id spacium plenissimè deliberare, &c.* II. ut iteratio actûs ostendat & declarat perseverantiam mentis ipsius donatoris: sicuti dicitur de actu geminato *in l. Ballista 32. ubi gloss. & Dd ff de senatusconsul. Trebellian.* III. ut tollatur omnis suspicio fraudis & deceptionis. *l. data. 27. C. de donationib.* IV. ubi occurratur falsis probationum modis, *argum. l. fin. C. de fideicommiss. Antonius de Canario in tractat. de insinuat. part. 1. quæst. 9 num 18. Petrus à Duen. reg 224. Roland. à Valle consil. 70. num. 17. lib 2. Berous cons 56 nu. 9. lib. 1. Rebuffus in Comment ad Reg. constitut. Galliar. tom. 2. tit de donat. insinuand. artic 1. gloss 1. num. 2. Mozz. d. tit. de substantialibus, &c num. 7. Menoch. cons. 261. num. 19. cum seqq. lib 3 & D. Collega Bocerus in Comment. de donat. cap 3. num. 57. edit. 2*
138 Etsi verò Interpretes communiter affirmant, quòd donatio, collata in Ecclesiam, vel alias pias causas, insinuationem respuat, licèt legitimam excedat summam, *ut constat ex Iulio Claro lib. 4. sentent. §. donatio. quæst. 17. nu. 1. Antonio Gabriel. Roman. lib 2. commun. conclus. rubr. de donat. conclus. 1 num. 28. & aliis, ab his congestis:* attamen à veritate alienam esse istiuanc assertionem, arguit textus *in d. l. si quis argentum 35. §. ult. vers. tantoque magis. C. de donat. & l. illud. 19. C. de sacrosanct. Eccles.* quæ leges etiam in piis causis insinuationem evidenter requirunt. Quamvis enim magnus sit pia-
139 rum causarum favor: tamen cùm hæc solennitas propter utilitatem publicam cum primis introducta sit, ne homines decipiantur. *d. l. data. 27. C. hoc tit.* non immeritò etiam in piis causis intervenit. Nam Eccle-
140 sia ultrix & auctrix justitiæ non patitur, aliquid contra justitiam fieri, in se, vel in alterum. *cap. 1. vers. etsi clientulus de alienat feud. D. Obrecht. d. disput. 2. de donat. thes. 175. & seq.* Idque explanatius persequitur *D. Collega Bocerus dict Commentar de donat. cap. 3. num. 70. & seq.* Paulus Berens *d. disput. 5. ad Institut. them. 2. quæst. 5 & Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler. volum 2. disput. 19. th. 6. liter. E. pag. 114. & seq.*

Exciptuntur quinque casus, in quibus donatio, ultra 141
500. aureos facta, sine insinuatione subsistit. I. est, si pro captivis redimendis facta sit *l. si quis pro redemptione 36. in princip. C. de donat.* Ejusque ratio ex favore dependet. II. est, si donatio illi sit facta, cujus domus incendio, vel ruinâ periit. *d. l. si quis 36 § eandemq; 2. C. eod.* Cujus ratio similiter ex favore dependet. III. est, si cui plures res diverso tempore ab una persona donentur. Si enim non singulæ, sed omnes conjunctæ legitimam quantitatem excedunt, non opus est insinuatione: quia tot intelliguntur esse donationes, quot vicibus sunt factæ *l. sancimus 34. § si quis autem 3 Cod. eod. tit.* Econtra si quis plures res, ultra quingentos aureos æstimatas, eodem tempore alicui, donat, & in instrumento dicit, tot esse donationes: quot sunt res: non valet sine insinuatione donatio quia in fraudem facta intelligitur, *ut notat Cynus in d. l. sancimus 34. § si quis autem 3. C. d. tit. Clarus d. §. donatio. quæst. 17 num. 4. & D. Obrecht, d. disput. 2. thes.*

*thes.*183. IV. est, si quid à Duce belli, seu à Magistris militum donetur fortissimis militibus. Hæc quippe donatio favore militum absque insinuatione subsistit. *dict.l. si quis pro redemptione 36.§ simili.1. C hoc tit.* V. & ultimus casus est, si donatio ab Imperatore in aliquem collata sit *dict.l.sancimus 34.C.eod.l.illud.*
142 *19: C.de sacrosanct.Eccles.* Hoc casu ideo insinuatio non est necessaria: tum quia coram Principe, qui semper Proceres secum habet, nihil occultè fieri intelligitur, *argum.l.omnium 19. ibique Dd C. de testament. Bald.in d.l sancimus 34.C.hoc tit.de donatione.* Tum quia in Principe nulla fraus, nullusvè dolus, ob majestatem ac dignitatem personæ, timeri potest: ac proinde satis coram ipso insinuata donatio intelligitur. *D.*
143 *Obrecht. dict.disput.2. thes.* 192. Tum etiam quia Princeps sive Imperator legibus solutus est, *l.Princeps 31. ubi Dd.ff. de legib.* adeoque summus magistratus ipse cùm sit: ejus majestate indignum videtur, alterius magistratûs hic desiderari auctoritatem, huicque illum quodammodo submitti, & quasi privati naturam subire. *Bachov.in not.ad Treutler.vol.2.disput.* 19.*th.*6.*lit.D.pag.*113. Tum denique quia liberalitas ipsius Principis nullis frenis aut cancellis ejusmodi coerceri debet, *arg.l.penult.C.de donat.inter vir & uxor.& l ult. C.de Præpositis agentium in reb. Marc. Mant.cons.*1.*nu.*15. *Tiraquell.de nobilit.cap.*37.*nu.*53. *Riminald.ad* § 1.*hujus tit.num* 1221.*edit.*2.*Modestin. Pistor. quæstion.* 9.*num.*2.*libr.*3. *Quos refert & sequitur Dn.Becerus dict.Commentar. de donat.cap.*3.*num.* 73.

144 Ecquid autem idem hodie sit statuendum in nostris Principibus, Ducibus, Comitibus, Baronibus, & Dynastis, qui Imperatore sunt inferiores, eumque tanquam superiorem recognoscunt, controvertitur? Negant id *Socinus junior cons.*69.*num.*41.*lib.*1. *Antonius Gabriel.Roman.libr.*3.*commun.conclus.de donat.concl.*1.*num.*23. *Cujacius consultat.*3. *in fine Sichard. ad l.sancimus.*34.*num.*19. *C.hoc tit. Treutler.d.vol.*2.*disput.*19.*th.*6 *sub lit.D. vers hoc tamen.&c. Wesenbecius cons.*24.*num.*20. *Busius ad l ut mihi.*22.*num.*6 *ff.hoc tit. aliique, per hos citati.* Ast alii communiter non sine ratione affirmant, *Oldrad.cons.*231. *Bald.in dict.l.sancimus* 34 *C.hoc tit. ibique Barbatus in suis additionib.Roman cons.*59.*num*,7. *Alexand.cons.*157.*num* 7.*&* 8.*vol.*2.*Zasius cons.*1.*num.*96.*vol.*2. *Tobias Non.cons.*1.*num.*15 *Menoch.cons* 1.*cons* 374. *Bartol in l.si consul.*3 *ff.de adoptionib. Schneidevvin.in hoc §. num.*31. *& Riminald.num.*452. *Bachovius in dictis not.ad Treutler.vol.*2.*disput.*19 *th* 6. *vers hoc tamen ad Principes.pag* 113.*& alii, quos recenset D. Becerus*
145 *d.cap.*3.*num* 77. Quia nostri hodie Duces, Principes, Comites & Barones in suis regionibus & territoriis Imperatori comparantur: adeoque in istis eandem habent potestatem, quam Imperator in Imperio Romano obtinet. *Paul.de Castr.cons.*34.*col.*2.*Vol.*2. *Alexand. cons.*2.*num.*25.*vol.*1. *Iason.cons.*101. *num.*2.*vol.*4. *Decius cons.*516 *num.*4.*Cephal cons.*539.*nu.*15. *Cacheran.decis.Pedemont.*156.*nu.*1.*Wesenbec.cons.*27
146 *num.*28.*& seq.part.*1. *aliiq, per hos relati.* Neque etiam decorum est: horum Dominorum donationes ad certa solennia astringere: cùm donare, liberalitatem & munificentiam exercere, proprium sit Principum, & præcipuus nobilitatis actus, qui meritò à libero eorum arbitrio simpliciter pendere debet: ut, *post Panormitan.in cap.*1.*de donationib.* asserit *D.Obrechtus d.disput.*2.*de donationib thes.*197. Cæterùm ut dona-
147 tio, à Principe alicui facta, non desiderat insinuationem: ita nec ea donatio insinuatione eget, quæ à privato ipsi Principi facta est. *Novell.*52.*cap.*2. *& auth. item à privatis.C.hoc tit. D.Becerus d.cap.*3.*nu.*74.
148 *& seq.* Verùm enimverò insinuationis omissio haud totam donationem vitiat: sed illud duntaxat, quod superfluum est, & legitimam summam excedit, *l. ut mihi donare* 21.§.1.*ff. hoc tit.d l.sancimus* 34.*in princip.& l.si quis argentum.*35. §.*sin autem.*3. *in fine.C. eod. & Novell.*162.*cap.*1. §.*& illud etiam,&c. Petrus Ioannes Ancharan.lib.*2.*quest.familiar.quest.*12.*num.*11. *Clarus d* §.*donatio. quest.*17.*num* 2. *Mozz. d.tit.de substantialib.&c. num.*16.*vers. & quòd do-*
149 *natio,&c. ubi plures ad hoc allegat.* Ejusque ratio hæc reddi poterit: quia in dividuis utile per inutile non vitiatur, *cap.utile.*37. *de regul.jur.in* 6. *ibiq, Pechius & Dynus l.eum,qui ita* 56 §.1.*ubi gloss.in verb. supervacua.ff.de verb.obligat. Gail.libr.*2.*observat.*5.*num* 8. *Roberus disput.*10. *ad Institut.thes.*9. *Brönchorst.cent.*4.*ἐναντιοφανῶν assert* 92.*Berens d.disput.*5.*ad Institut. them.*2.*quæst.*7. Repetitur autem superfluum illud condictione sine causa *d.l. ut mihi.*21. *in fin. & ibid. gloss. ff. hoc tit. & notat D. Becerus d. cap.*3. *num.* 82. *eumque referens Andreas Gerhardi*
150 *decad* 7.*quest.*9. Sed num donatio cum juramento facta, etiam quoad excessum, citra insinuationem subsistat, dubitatur? Et ajens opinio jure canonico tutior, & multarum Curiarum præjudiciis confirmata est, *c cùm contingat.*28.*de jurejurand. cap.quamvis* 2. *de pact.in* 6. Hujusque ratio hæc vulgò assignari solet: quia tale juramentum, non tendit contra bonos mores juris canonici, nec contra publicam utilitatem principaliter, nec in præjudicium conscientiæ & salutis æternæ, *argum.d cap. cùm contingat.*28. *de jurejur.* Atque ita docent *Iulius Clarus d.* § *donatio.quest.*18.*num.*1.*Gomez.tom.*2.*var.resolut.cap.*4.*nu.*8. *Mozz. d.tit de substantialib. seu quæ requirant. in donat.nu.*20 *Gailus d.lib.*2.*observat* 39.*nu.*12. *Vasquius de success.creat.lib* 2.§.18 *requisit.*29 *num.*16. *Fachin.lib.*3.*controvers jur.cap.*83 *& lib* 12.*cap.*48. *Gutierrez in l.nemo potest* 51. *num.*340 *ff.de legat.*1. *& in tract.de juramento confirmat.*1.*part.cap.*7.*nu.*2. *Tiber. Decian.cons.*37.*num.*79. *Menoch.cons.*305.*libr.*4. *Cephal. cons* 61.*num.*18.*lib* 1. *Nonius d cons.*1.*num.*12. *& consil.*50.*num.*12. *Hieronymus de Cevallos in speculo aur. opin.commun contra communes tom.*1.*quæst.*222.*nu.*13. *aliique plurimi, ab his congesti.* Adde Treutletum *vol.*2. *disput.*19. *lit.F* ibique Bachovium *in suis notis pag.*116. Vide item D.Besoldum *vol.*4. *cons.*179. *nu.*48.*fol.*201.& Rittershusium *lib.*3.*Rittersh.jur.civ.& canon.cap.*19.*p* 245.*& seq.*

Illud quoque sciendum est: quòd, donatione propriâ perfectâ, si res nondum sit tradita, vel ex stipulatu donatario sit agendum, si donationi stipulatio in- 151

scrca fuerit, vel condictione ex lege, si nudo pacto &
consensu perfecta sit donatio. Novell. 162. cap. 1 & §.
& sancimus. t. ibique Cujacius dict. l. si quis argen-
tum. 35. §. sed si quidem. 5. C. hoc tit. Coras. lib. 3. Miscel-
lan. jur. civ. cap. 35. Duarenus ad tit. de donat. cap. 7.
eosque referens D. Bocerus d. cap. 3. num. 88. Vide Ba-
chovium in dictis notis ad Treutler. d. disput. 19. th. 7.
552 lit. B. pag. 119. Hujusmodi autem actione conventus
donator, catenus tantùm, quatenus facere potest, te-
netur. l. qui ex donatione 12 l. qui id 33. in princip. ff. hoc
tit. l inter eos. 19. §. fin. ff de re jud. l. divus Pius 28. ff de
553 reg. jur. Neque ob moram fructus, aut usuras præstat,
l. in ædibus 9 §. 1. l cùm de modo 11 & l. enm, qui. 22 ff.
554 hoc tit. neque etiam de rei donatæ evictione donata-
rio tenetur. l. Aristot. 18, §. fin. ff. hoc tit. Nam lucrativæ
rei possessor ab evictionis actione ipsâ juris ratione
repellitur, teste Paulo lib 5. sentent. tit 11. §. 5. quia non
est æquum, ut quisquam ex liberalitate suâ damnum
sentiat, vel pœnam patiatur. l. ad res donatas 62. ff. de
ædilic. edict. Excipiuntur duo casus. Primus est: si do-
nator sciens, seu dolo malo, rem alienam ignoranti do-
navit: quia tunc contra fallentem actio de dolo com-
petit. dict. l. Aristot. 18. in fin. ff. hoc tit. l. si id, quod 22. ff.
de verb. obligat. Aliter casus est: si stipulanti dona-
tor promisit: quia tunc ex causa stipulationis de evi-
ctione convenire potest. l. 2. ibiq; Donellus & Sichar-
dus C de evictione. D. Bocerus dict. cap. 3. num. 91. &
class. 2. disput. 19 th 34 & seq. Beerius decis. 67. in prin-
cip. Menoch. cons. 422. num 118. Bronchorst. centur. 3.
assertat, 70. D. Obrechtus disput. 3 de donat. th. 38. &
seq. Arumæus Exercit. Iustin 6. thes. 17. Matth. Ste-
phan. centur. 2. quæst. 49. ad liter. q. Berens dict. di-
sputat. 5. them. 2. quæst. 8. Busius in dict. l. Aristo. 18.
ff. hoc tit.

555 Dispiciendum nunc est de causis revocandi hanc
donationem. Ea siquidem ritè & legitimè facta, licèt
temerè non retractetur, aut revocetur: ingratitudo
tamen donatarii facit, ut donator rem donatam revo-
care possit, hoc §. nostro. vers. sciendum est tamen. & l.
ult. C. de revoc. donat. ubi causæ ingratitudinis quin-
que sunt expressæ. I. est, si donatarius donatori ma-
556 nus impias & violentas injecerit, II Si injuriâ atroci
(verbali scilicet, ut differat à causa præcedente) cum
affecerit, III. Si grave damnum rebus ipsius intule-
rit. IV. Si vitæ ejusdem insidias struxerit. V. & ulti-
ma: si conventiones in donatione appositas non im-
pleverit: De quibus causis latiùs disserunt Donellus
lib. 14. Comment. de jur. civ. cap. 27. ibiq; Hilligerus in
suis not. Petr. Nicol. Mozzius in tract. de donationib.
sub tit. quomodo annulletur & revocetur donatio.
557 nu. 22. & seqq. Etsi verò communis Doctorū Schola
opinatur, præter istas quinque modò relatas causas,
etiam ob alias similes, sive majores expressis, jure civi-
li rem donatam revocari posse. Accursius, Cynus &
Salicetus in dict. l. ult C. de revocand donat. Nicolaus
Eberhard. cons. 193. num. 6. Menoch. de arbitr. judic,
quæst. cas. 130. num. 3. lib. 2. centur. 2. Clarus lib. 4. sen-
tent. §. donatio. quæst 21. num. 2. Mozzius dict. titul.
quomodo annulletur & revocet. donat. num. 58. vers
& sic supradictis, &c. Gomez. tom. 2. var. resol. cap. 4.
num. 14. Bachovius in not. & animadvers. ad Treut-
lerum vol. 2 disput. 19. thes. 7. liter. D. pag. 120. contra-
ria tamen sententia juris veritati, & disciplinæ theo-
ricæ magis est consentanea. Primùm enim Iustinia-
no Imperatori propositum fuit certas ingratitudinis
causas determinare ac definire, ex quibus donatio re-
vocari possit, hoc §. nostro in fin. ibi. certis ex causis. At
suo proposito haud satisfecit Iustinianus, si præter
istas causas, ab ipso enumeratas, aliæ sunt, ex quibus
donatio æquè potest revocari. Deinde satis expressè
Imperator in dict. l. ult. C. de revocand. donat. cavit,
nullas alias ingratitudinis causas, præter quinque ibi
recensitas, esse admittendas. Sic etenim scribit: Ge-
neraliter sancimus, omnes donationes lege confectas, fir-
mas illibatasq; manere, si non donationis acceptor in-
gratus circa donatorem inveniatur, ita ut injurias a-
troces in eum effundat, &c. His utique verbis Impe- 558
rator regulam proponit de donatione perfectâ non re-
vocanda: cujus exceptionem postea subjungit, cau-
sas quinque enarrando, ob quas revocari queat do-
natio, Ast omnis exceptio strictè accipienda est, re-
gulamque confirmat in casibus non exceptis. l. quæsi-
tum, 12. §. deniq; Neratius. 43. ff. de instruct. & instru-
ment. legat. l. 1. ibiq; Decius num. 21. ff. de reg jur No-
vell. 7. cap. 2. Illud quoque satis innuunt particulæ,
ita ut: quæ non sunt definitionis ac determinationis;
ut proinde ex illis reluceat, propositum & intentio-
nem Imperatoris fuisse, certas causas revocandæ do-
nationis definire ac determinare. Præterea Iustinia-
nus in d. l. ult. C. de revocand donat. taxativè loquitur
vers. ex his enim tantummodo causis, &c. Si aliæ simi-
les, vel majores admittendæ essent causæ, quid opus
fuisset causarum enumeratione? aut cur Imperator
illam particulam tantummodo adjecisset, si adhuc a-
lias causas assumere liceret? Et quanquam respon-
deant dissentientes, particulas taxativas & exclusivas
non excludere causas similes, aut graviores, in quibus
eadem, aut etiam major ratio subsit: id tamen hic lo- 559
cum sibi vindicare nequit: quoniam cum cum particu-
la taxativâ tantummodo concurrit tum propositum
Imperatoris, volentis certas causas definire, cæteras-
que excludere: tum odium dicta l. ult. quæ pœnam
decernit illis, qui in donatorem ingrati extiterint. O- 560
diosa autem per se, & suâ naturâ restringenda esse, pa-
tet ex l. si præses. 32 & l. interpretat. 42. ff. de pœnis. i-
tem ex cap. odia. 15, & cap. in pœnis 49. de regul. jur.
in 6.

Dissentientium opinationem non juvat, quod ob- 561
jectant: revocari posse donationem, si donatarius do-
natorem, ad paupertatem redactum, alere recuset, ar-
gum. l. alimenta: 6. §. 1. ff. de agnoscend. & alend. liber.
& l. decurionibus 8. ff. de decurionib. cùm negans ali-
menta necare videatur. l. negare 4. ff. de agnoscend. &
alend. liber. Nam respondetur primo: quòd donata-
rius non sit obligatus naturaliter, multò minùs civili-
ter ad alendum donatorem egenum: & ut maximè
naturaliter esset obligatus: nulla tamen præstandi
alimenta necessitas ipsi incumberet, argum. l. Stichum.
9. §. naturalis. 4 ff. 2. solutionib. & similium, allegata-
rum ad princip. tit. infrà de obligationib. num. 26. &
seqq.

seqq. *Deinde* licèt donatarius cogeretur alere donatorem egenum: &, si id non faceret, ingratus judicaretur: non tamen protinus ab ipso revocari donatio posset: quandoquidem non quævis, sed gravis & insignis ingratitudo ad hoc requiritur, ut donatio revo-
162 cetur. Sic quamvis liberi parentes alere teneantur. *l. si quis à liberis 5. & tot. tit. ff. de agnoscend. & alend. liber. vel parentib.* non tamen propter alimenta non præstita liberi à parentibus exheredari queunt. *Ut nonnulli opinantur.* Sed videantur, quæ attentavimus infrà *ad §. finem. tit. exheredat. liberorum numer.* 44.

163 Neque obstat *d l. alimenta. 6. §. 1. ff. dict. tit.* Siquidem non de donatario, sed de liberto loquitur, qui patrono egenti alimenta denegavit: neque hic ulla computatio est patroni & donatoris. Etsi enim is donatarium beneficio affecerit, & liberalitate ad gratitudinem atque remunerationem obstrinxerit: attamen patronus longè majus in libertum contulit beneficium, libertatem scilicet, rem omnium preciosissimam, nulloque precio nummario æstimandam, *l. libertas inæstimabilis. 106. ff. de regul. jur.*

164 Pari ratione nihil ad rem pertinet *d l. decurionibus. 8 ff. de decurionibus.* Illud namque singulare traditur Decurionum privilegium, quod personas illorum non egreditur, nec ad exemplum porrigitur. *§. sed & quod Principi. 6. supr. de jure nat. gent & civil. l quod verò. 14. & l. jus singulare. 16. ff de legibus.* Deinde ibidem non dicitur: decurionibus facultatibus læsis alimenta decerni debere, sed permissum esse. Quo verbo significatur, posse civitatem alimenta decernere, si velit: si nolit, necesse non habere, *argum l. sapè. 8. & l. seq. ff. de offic. præsidis* Atque ita docent & sentiunt *Donell. d. lib 14. Commentar. de jur. civ. cap 27. fol. 321. & seq. Hunnius lib. 2, var. resol. jur. civ. tract. 4. quæst. 8 Forsterus junior lib. singulari de dominio. cap. 9. num. 234. pag. 352. Giphanius & Hotomannus ad d. l. ult. C. de revocand. donat. D. Obrecht. d. disp 3. de donat. th. 113. cum seqq. Hackelman. disputat. illustr. 19. thes. 17. liter. b. aliique, ab eo commemorati:* Sed ea de re consulatur Hieronymus de Cævallos *in dict. specul. aur. opinion. commun. cent. comm. quæst. 352. tom. 1.*

165 Non ineptè hoc loco quæritur: an pactum donationi appositum, de non revocanda donatione propter ingratitudinem donatarii, valeat? Et minimè valere, plerique non citra rationem tradiderunt. *Speculator ad tit. de donat. §. 1. num. 5. Ripa in dict. libr. ult. quæst. 54. num. 180. & seq. C. de revocand. donat. Boerius cons. 41. num. 11. Ioannes Gutierrez in tractat. de jurament. confirmator. part. 1. cap. 10. num. 5. Tiraquell. in l. si unquam 8. in præfat. num. 140, C. de revocand. donat. hosque laudans D. Bocerus in Commentar. de donat. cap. 3 num. 99. & D. Obrechtus dict. dis-*
166 *put. 3. de donat. thes. 107.* Quia pactum isthoc contra bonos mores esse censetur. *l. si unus. 27. §. pacta. 4. ff. de pactis. l. illud. 5. ff. de pact. dotalib. l. contractus. 23. vers. excepto eo. ff. de reg. jur.* Cæterum an & quatenus hoc pactum juramento firmari possit, abundè (relatis utramque in partem Doctorum auctoritatibus) exponit D. Bocerus *dict. cap. 3. num. 100. edit. 2.*

Haud incommodè & illa hic movetur quæstio: u- 167
trùm ingrati actio, quæ videlicet donatori, ad rem ob ingratitudinem donatarii revocandam, competit, personalis sit, an verò realis? Quòd sit realis, existimat Donellus *ad §. omnium autem, 3. num. 14. infrà de actionibus & libr. 20. Commentar. de jur. civil. cap. 9.* hac potissimùm ratione motus: quòd *in l. his solis. 7. Cod. de revocand. donat.* disertè ab Impp. Constantino & Constantio rescribitur: actionem, quæ datur matri ad donationem ingratis liberis factam revocandam, effectum habere vindicationis, adeòque realem esse: Sed quod præfata actio non sit in rem, sed in personam, sequentibus argumentis luculenter demonstratur. Primò enim verba *in dict. l. his solis. 7. vers. actionem. verò Cod. dict. tit.* hæc expressa sunt: *Actionem verò matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantùm habeat effectum: nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.* Quibus ex verbis colligere promptum est: actionem hanc revocatoriam esse reverâ, suaque naturâ personalem: quamvis in effectu solùm isto, quod neque heredi detur, neque in heredem, cum rei vindicatione conveniat. Iam verò quæ in effectu conve- 168
niunt: re ipsa protinus & essentia non conveniunt, Deinde actio in rem nemini datur, nisi qui rei, quæ petitur, dominus est *dict. §. 1. infrà de actionib. l. in rem actio. 23. ff. de rei vindication.* Atqui is, qui rem donatam ex causa ingratitudinis revocat, non ampliùs dominus est rei istius, ut cujus dominium per traditionem in donatarium transtulerit. *§. per traditionem 40. infrà de rerum division.* Ideoque ei de re 169
ista revocanda & repetenda vindicatio competere nequit. Præterea omnis actio, ex delicto descendens, est personalis. *dict. §. 1. infrà de actionibus.* At verò actionem hanc donationis revocatoriam ex delicto privato, ingratitudine scilicet insigni donatarii in donatorem, nasci nemo negare potest. Denique actio in 170
rem datur in possessorem, quatenus possessorem. *l. qui petitorio. 36. ff. de rei vindicat.* Præsens autem actio datur in donatorium, tanquam ingratum, & delinquentem, sive ex delicto obligatum. *dict. l. his solis 7 Cod. de revocand donation.* Ergo non in rem, sed in personam est. *Idque fusiùs declarat D. Hunnius dict libr. 2. variar. resolut. jur. civil. tractat. 4. quæst. 9. & D. Bocerus dict. Commentar. de donat. cap. 3. numer. 39 & seqq.* Illud quoque monendum est: quòd 171
donatarius ingratus non teneatur rei donatæ fructus, ante revocationem usque ad litis contestationem perceptos, restituere. tametsi post litem contestatam eos restituere cogatur. *l. certum. 22. Cod. de rei vindicat. Tiraquellus in dict. l. si unquam. 8. in verb. revertatur. num. 281. Cod. de revocand. donat. Gutierrez. in tractat. de jurament. confirmat. part. 1. cap. 10. numer. 7. cum seq. D. Bocerus dict. cap. 3. num. 102.*

Revocatur item donatio inofficiosa non solùm 172
parentum, sed & liberorum: si nimirum adeò immo-

derata sit, immodica & immensa, ut liberis aut paren-
tibus legitima non sit relicta: sive in extraneos, sive in
173 liberos, sive in parentes collata sit donatio. De libe-
ris est *l.1. & ferè totus tit.6 de inoffic. donat.* De paren-
tibus est *l si filius 4.C. eod. tit.* Sed quæstionis est ele-
gantis: nunquid hoc revocandæ istius donationis
beneficium competat etiam fratri, contra fratris con-
sanguinei sive Germani donationem inofficiosam? Et
competere, verò similius est Cum enim hæc inoffi-
ciosæ donationis querela ad similitudinem querelæ
inofficiosi testamenti sit introducta. *dict. l. si filius 4.*
164 *in fin & l. ult. C. de inoffic. donation* consequens certè
est, & hanc fratri consanguineo dari: cùm ei etiam in-
officiosi testamenti querela non denegetur, turpibus
personis institutis, *l. fratres 27. C. de inoffic. testament.*
Atque ita sentit *Donell. lib. 19. Commentar. de jur. ci-
vil. cap. 11 pag 321. eumq; citans Dn. Boerus d. Com-*
175 *mentar. de donat. cap. 3. num. 105. edit. 2,* Ecquid verò
donatio isthæc integra resolvatur; an pro parte tan-
tùm, sive pro ratione legitimæ, dubia concertatio est?
Et (nil remorante opinatione contrariâ Antonii Fabri
lib 3. conjectur. jur. cap. 17. eumque laudantis Treut-
leri *vol. 2. disput. 19. thes 7. lit. l. itemq; Hillig eri in Do-
nell enucleat. lib. 19. cap 11. lit. I. & Hunnii libr. 2. var.
resol. jur civ. tract. 4. quæst. 13.*) pro ratione legitimæ
duntaxat revocari atque rescindi, liquidò apparet *ex
dict. l. 1. ibi, quartam partem non habentibus l. 2. ibi,
ut tibi quartam partem debitæ ab intestato portionis
præstet incolumem. l si totas. 5. ibi, debitum bonorum
subsidium. l. si mater. 7. ibi, ut quartæ partis. l. si li-
queat. 8: in princ. ibi, pro ratione quartæ. C. de inoffic.*
176 *donat. ubi Cujac. in Paratitlis.* Quæ sententia & hoc
argumento confirmatur: Ad submovendam inoffi-
ciosi testamenti querelam sufficit, legitimam liberis
esse relictam, *d l. si totas 6. & d l. si mater 7. C. d. tit.* Ast
ad similitudine querelæ inofficiosi testamenti intro-
ducta est querela inofficiosæ donationis *d. l. 2 d. l. 4. in
fin & d. l. ult. C. eod.* Ergo non insolidum est, ratione
tantùm legitimæ immoderata isthæc donatio rescin-
ditur. *Et ita tenent Iulius Clarus lib. 4. sentent. §. do-
nat. quæst. 24 num. 1 & 2. Andr Gail. lib. 2 observa-
tion. 38. num. 15 & observation. 116. num. 4. Hotoman.
lib. 1. amicab. respons. cap. 12. Donellus. d. libr. 19. Com-
mentar. de jur. civil. cap. 11. pag. 314. & seq. D. Boerius
d. cap 3 num. 105. & seq Broncherst. centur 3. ἐναντιο-
φανῶν. assertat. 73 Fachineus libr. 6. controversi jur.
cap 84. & Bachovius in notis & animadvers. ad
Treutlerum d volum. 2 disput. 19 thes 7 liter H. & I.
pag. 139. & seqq.* Quibus novissimè suffragatur Ge-
orgius Frantzkius *exercitat juridic. 5. quæst. 9 pag. 136
& seqq.*
177 Non obstat huic decisioni *l. si libertus 16. §. si quis
plures 1. ff. de jure patronat.* ubi dicitur, alienationem a
liberto factam, in totum revocari. *Agitur* enim in il-
la non de donatione parentum aut liberorum inoffi-
ciosa, sed de alienatione in fraudem legis facta à liber-
to; ut scilicet minor esset centenario, ad patronum
à debita portione excludendum, *ut liquet ex princi-
pio isti legis.* Hoc nihil commune habet cum quæ-
stione nostrâ: quia non hic aliquid fit in fraudem le-
gis, sed in fraudem filiorum. Libertus dicitur in frau-
dem legis facere, quoties alienat aliquid, ut videatur
non habere centum in bonis: quo casu nihil patro-
no debetur, lexque eluditur, quæ patronis defert in
bonis libertorum portionum; qui majores sunt cen-
tenariis. *§ sed nostra. 3. infrà de success. libertor.* Quòd
si in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio:
non revocatur, nisi quoad legitimam patrono de-
bitam, *ut habetur in dict. l si libertus 16. in princip.
ff de jur. patronat. Fachineus dict. cap 84. vers. ad pri-
mum argumentum, &c.* Itaque *in dict. l. 16.* aliena-
tio in totum, & omni ex parte in fraudem legis fa-
cta erat: & consequenter ipso jure nulla. Hic autem
cùm opus sit rescissione. donationem ipso jure valere
constat: nec ea in fraudem legis facta in totum dici
potest. Et ut querela inofficiosi testamenti, validita-
tem testamenti: ita hæc donationem firmam præsup-
ponit. *argum l. nam etsi 5. ff. de injust. rupt. irrit. fa-
cto testamento. & l. si filius. 4. Cod. de inofficiosis do-
nationib.*
Minùs obstat *l. Titia Sejo. 87. §. Imperator. ff. de* 178
legat. 2. ubi talis facti species constituitur: Avia ha-
bebat duos nepotes: uni ex his omnia sua bona do-
navit: rescribit Imperator Alexander, alterum revo-
care posse donationem pro dimidia parte. Ibi dum
nepos revocat semissem totius donationis: videtur
dicendum, quod donatio inofficiosa, pro modo le-
gitimæ liberis debitæ, non rescindatur. Minùs, *in-
quam*, lex illa obstat. Nam quod dicitur donationem
pro dimidia parte revocari, non est intelligendum
de dimidia totius donationis, sive totius hereditatis
aviæ, sed de dimidia quartæ partis debitæ nepoti, *ar-
gum. l si mater. 7. ibi, ut quarta partis, &c. C. de inoffic.
donat. Cujacius libr. 5. observation. cap. 14. in fine.* In
ista l. 7. casus ferè idem habetur: nisi quòd in ea do-
natio collata fuerit in filium, In *dict. §. 3.* in nepotem.
Vnde rectè ita colligitur: si fraudato filio adversus
fratrem tribuitur tantùm quartæ legitimæ dimidium:
idem de filio fraudato adversus nepotem erit dicen-
dum. At verum est prius *dict. l. 7.* Ergo & poste-
rius, *dict. §. 3.* Ratio consequentiæ patet: quia utro-
bique à matre filius in legitima est defraudatus.
Nec potest ullam juris importare diversitatem, quòd
in altero casu filius, in altero nepos sit donara-
rius, tradente Frantzkio, *dict exercitat. 5. quæst. 9.
in fine.*
Multò minùs obstat *l. si unquam 8. C. de revocand.*
donat. ubi donatio immodica in extraneum collata, 179
liberis postea susceptis, non ex parte, sed in totum
revocatur. *Siquidem* non inscitè hoc modo distin-
guitur: Aut tempore immodicæ donationis pater
nullos omnino liberos habuit: & tunc donatio in to-
tum rescinditur. *dict. l. si unquam.* Aut pater habuit
liberos: & tunc, sive in liberos sive in extraneos colla-
ta fuerit donatio, revocatur tantùm pro modo legiti-
mæ. *dict. l 1. ibi, factu donationibus sive in quosdam
liberos, sive in extraneos, &c. dict. l. si totas. 5. cum
simil. lib. Cod. eod. tit. de inoffic. donat.* Ratio hujus diversi-
tatis hæc est: quia cùm pater liberos non habens,
extraneis donat, non præsumitur habuisse animum
donan-

donandi seu alienandi, liberis postea supervenientibus.
180 Non enim extraneos propriis liberis præferre voluisse creditur. *l. cùm avus. 102. ff. de condit. & demonstrat. l. generaliter. 6. §. 1. Codic. de institut & substitut.* Cùm verò tempore donationis liberi extant: tunc de animo & voluntate alienandi apertè constat: cessatque in patre conjectura pietatis: quem extraneos liberis anteferre voluisse, satis apparet. Ideòque cùm ista donatio rata sit, & valida: eatenus tantùm rescinditur, ut liberis legitima salva maneat. *Atque ita ex Hotomano in disputatione de quartâ legit. distinguit Broncherst. loco preallegato* Reliquis Antonii Fabri argumentis respondendo egregiè satisfecit Bachovius, *loco antè designato.*

181 Cæterùm actio, quâ revocatur inofficiosa donatio, est vel actio familiæ erciscundæ, si pater in unum ex filiisfamilias omne suum patrimonium, quodam immensæ liberalitatis impetu effudit. *dict. l. 2. C. de inofficios. donat.* vel est petitio restitutionis in integrum, si donator ob minorem ætatem, patrimonium suum donatione exhausit. *dict. l. si filius. ubi Sichard C. dict. tit.* vel est querela inofficiosæ donationis. *l. cum donationibus. 6. & tot. titul Cod de inofficios. donat.* quæ & ipsa actio dicitur. *dict. l ult. ibi, ut sit in hoc actionis. & C. God. dict. tit.* Et quidem est actio in rem: cùm ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti sit introducta. *dict. l. 2. 4. & ultim. C. de inoffic. donat.* quæ & ipsa in rem actio est. *l. qui repudiantis. 17. in princ. ibi, non rectè vindicasset. ff. de inoffic. testam. Dn. Bocer. dict. Comment. de don. c. 3. num. 108 & d. cl. ff. 2. disp. 19. th. 46 & seq.*

182 Adhæc donatio facta à patre, desperatione liberorum procreandorum ducto, in totum per supervenientiam liberorum revocatur *dict. l si unquam. 8. C. de re-*
183 *vocand donat.* Cujus legis dispositio quamvis de patrono donatore, & liberto donatario disertè loquatur: tamen non inscitè ad quemcunque donatorem, liberos non habentem, porrigitur. Quoties enim ratio legis est generalis, toties lex ipsa generalis censetur: cùm dispositio legis, quantumvis ad certas personas accommodatæ, ex generalitate rationis extensionem admittat. Atqui verò ratio *dictæ l. si unquam.* videtur esse generalis, & non magis ad donationem cum liberto, quàm ad donationem cum quovis extraneo cele-
184 bratam pertinere. Ratio namque, cur illic, liberis post donationem donatori natis, revocetur donatio, hæc maximè redditur: quòd, cùm pater non præsumatur proprio sanguini extraneos anteferre voluisse, *argum. prædicta l. cùm avus. 102. ff. de condit. & demonstrat. d. l. generaliter. 6. §. 1. C. de institut. & substitut. l. cùm acutissimi. 30. Cod. de fideicommiss.* Intelligatur tacitâ hac conditione donationem fecisse; ut, *si liberi postea nati fuerint,* donatio ad se suosque liberos revertatur. Militante igitur hac ratione non solùm in patrono. *d. l. si unquam. 8. C. de revocand donat.* verùm etiam in omnibus aliis donatoribus; militabit quoque dispositio, *argum. l. nam, ut ait Pedius. 13. ff. de legib. l. illud quæsitum. 32. ff. ad leg. Aquil. l. à Titio. 108 ff. de verb. oblig.* Adde, quod naturale & commune parentum est votum, ut liberos habeant successores rerum suarum, *l. nam etsi. 15. in princ. ff. de inofficioso testament. l. scripto. 7. §. fin. ff. si tab. test. null. extat. l. nihil interest. 50. § 2. in fine, ff. de bonis libert. l. cùm ratio. 7 in princ. ff. de bon. damnat.* Et hanc sententiam Doctores communiter amplectuntur, & pluribus rationibus defendunt, *Accurs. Bartol. Angel. & plerique alii in dict. l. si unquam. 8. C. de revocand. donat. Iul. Clarus dict. lib. 4. sentent. §. donat. 10. quæst. 22. num. 1. Paul Castrens consil 434. in ultimo dub. libr. 1. Corneus consil. 15. col. 5. & cons. 195. colum. 6. libr. 1 & cons 158. colum. 8. libr. 2. & cons. 11. colum. ultim. lib. 3 Francisc. Aretin consil. 24. in primo dubio. Guid. Pap. consil. 156. col. 1. hosque cum plurib aliis referens Tiraquel. in repetit. dicta l. si unquam. in verb. libert. num. 41 & seqq. Mynsing. cent. 5. observat. 63. cum seq. Mozz. de tract. de donat. titul. ultim. num. 74. Cujac. lib. 20. observat. cap. 5. Fachineus libr. 3: controvers. jur. cap 85. D. Bocer. dict Comment. de donat cap. 3. num. 110. Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 4. de donat. numer. 11. Forster. disputat. 10. ad Instit. thes. 18 & dict. libr. singulari, de dominio, cap. 9. nu. 235. pag 186. Frantzkius exercitat. jurid. 5. quæst. 9. pagin 141. cum sequentib. Treutler. disputat. 19 thes. 7. volum. 2. Broncherst. dict centur. 3 ἐναντιοφανῶν assert. 74. Hunn. dict. libr. 2. variar. resolut. jur. civ. tr. 4. qu. 10. Hackelman disput. illustr. 19. th 17. Hænon disput. 6. ad Inst controv. 21. Vultejus in hoc §. nostro. numer. 7. & Heigius in vers sciendum. numer. ultim. Hartm. Hartmanni lib. 2 titul. 43. observat. 1. Timæus Faber disput. 17. ad Institut. Imperial. th. 4. Lecamerus quæstion. juridicar. fascic. 26 quæst. 1. & Gothofr. in not. ad l. 8. lit. l. C. de revocand. donationibus.* Tametsi multi, magni nominis Iurisconsulti, dissentiant, contendentes: donationem semel perfectam, natis postmodùm donatori liberis, non revocari; nisi donator fuerit patronus, & donatarius libertus, *Innocent. & Hostiens. in cap. ultim. de donat. Gofred. & Azo in summa Cod. de revocand. donat. Cynus, Fulgos. Salicet & alii in dict. l. 1. C. de inoffic. donat. Coras. libr 7. miscellan. jur. civil. cap. 30 Connan. lib. 3 Commentar. jur. civil. cap. 10. nu. 3. Hotomann. lib. 1. amicabil. resp. cap. 1. 2. Giphan & Donell. ad dict. l. si unquam. 8. Cod. de revoc. donat. idem Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil cap 32. & ibi Hilliger. in suis not. Anton. Faber lib 7: conjectur. jur. civil. cap. 14 cum seq. Ioan. Niell disp feud 5. thes. 8. sub lit. A. And. Gerhard decad. 6 q. 10. Arumæus Exercit. Iustin. 6 th. 16. & disp. Pand. 19. th. 17. Rittershus lib. 3. differentiar. jur civil & can. cap 21. pag. 246: cum sequentib. Quirinus Kubachius cent. 2 quæstion. illust decur. ult. q. 2. & latè Bachovius in not. ad Treutler dict. disp. 19 th. 7. lit. E pag. 121. & seqq: itemque Iustus Schutz. exercitation. ob. juris disp. 7. th 23 p. 111.*

Quorum sententiæ primò nihil opis affert; quòd d. 185
lex. si unquam. 8. C. de revoc. donat. nominatim, expressè atque in specie de donatione, inter patronum & libertum celebrata, fuerit concepta: ac proinde generaliter ad cæteros donatores ac donatarios extendi non debeat, *argum. l si verò negotium 64 § de viro. 9. ff. solut. matrimon. & l. quod constitutum. 21 ff. de testam. milit.* Nam respondetur primò: quòd pater & patronus æquiparentur. *l. 1. in fine principii. & l. 2. ff. si à pa-*

rente quis manumissus sit. Quodcunque igitur procedit in patrono, illud etiam in parente obtinere debet, propter modum æquiparationis, docente Schikhardo, *disput. 6. ad Institut. th. 6. in resolut. qq. numero. 4. pagin. 203.* Deinde respondetur: scire leges, non hoc esse, verba earum tenere, sed vim ac potestatem; auctore Celso *in l. scire. 17. ff. de legibus.* & propterea non tam spectandum esse, quibus de personis d. l. 8. loqua-
187 tur, quàm quâ ratione nitatur. Et ratione quippe (quæ verbis potior, & anima legis est, adeòque pro ipsa lege habetur) mens & sententia Legislatoris colligitur. *l. cùm mulier. 47 ff. solut. matrim. l. cum ratio. 7. ff. de bon damnat. l. nominis. 6 ff de verb signific. cap. intelligentia. 6. dict. tit. can. Marcion. 63. caus. 1. quæstio. 1.* Atqui ratio, cur patronus propter liberos, post donationem liberto factam natos, eam revocare queat, nulla potest alia dari, quàm quòd haud verisimile sit, ipsum extraneo donaturum fuisse, si liberos sibi nasciturос cogitasset: cùm nemo suæ soboli alienam præferre voluisse præsumatur. *dict. l. cùm acutissimi. 30. Codic. de fideicommiss. dict. l. cùm avus. 102 ff. de condition. & demonstration. cum concordantibus.* Hæc legis ratio cùm non solùm in parente patrono, ejusque liberto, sed & in omni alio parente donatore, & quovis extraneo donatario locum habeat: merito etiam legis dispositio in quovis alio parente donatore, ac donatario extraneo locum habere debet, *argument l. penultim § ultim. vers. & licèt. ff. de jur. & fact. ignorant. & l 2 § quid. si curatores. 29. ff. ad senatusconsult. Tertyllian.* Neque hebetat hanc responsionem: quòd Imperatores Constantinus & Constantius ad modò allatam rationem non respexerint; cùm
188 nulla ejus *in dict. l. 8.* mentio fiat. *Quòd enim* Imperatores istam rationem considerârint, atque in eâ sanctionem suam fundârint, inde plusquàm manifestum evadit, quòd beneficium *dictæ. l. 8.* patrono non propterea tribuatur, quod sit patronus; nec ideo, quod donârit liberto; sed idcirco solummodo, quod post donationem factam donatori liberi sint nati, ut colligere promptum est ex illis *dictæ l. 8.* verbis, *patronus filios non habens,* & illis, *postea susceperit liberos. Præterea* versamur hîc in casu dubio. Imperatores siquidem *in dict. l. 8.* rationem suam dilucidè non expresserunt. At tunc illud est apprehendendum, quod minimum ab æquitate naturali, & verisimili contrahentium mente recedit. *l. semper in obscuris. 9. l. semper in dubiis. 56. & l in omnibus. 90. ff. de reg. jur.* Æquior autem longè est ratio, quâ liberis de damno, quàm donatario de adventitio lucro certantibus succurritur *argum. l nam. hoc naturâ. 14 ff de condiction. inde-*
189 *biti.* Similiter prædictam rationem non subvertit, quod etsi hoc sit parentis cujusque votum, ut bona sua ad liberos potiùs, quàm ad extraneos perveniant: id tamen porrigi non debeat ad cujusquam injuriam, ut scilicet res alicui quæsita, ei invito sine culpâ ejus-
190 dem auferatur *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* Etenim donatario ullam injuriam fieri negatur: tum quia donator rem donatam revocans, suo jure utitur: tum quia res donata illi ex justissimâ causa aufertur, ex tacitâ nimirum conventione donationi adjectâ: *ut videlicet, liberis post donationem donatori natis, res donata ad ipsum donatorem revertatur.* Pariter rationi adductæ nihil prorsus detrahit, quod ea ipsa ratio in legatis quoque ac fideicommissis obtineat. *dict. l. cùm acutissimi. 30. C. de fideicomiss.* & tamen legata ac fideicommissa non revocentur, quando post testamentum confectum testatori liberi supervenerint. *Si-* 191
quidem si liberi vivo adhuc patre nascantur, quin tunc & legata & fideicommissa revocari queant, dubium non est ullum; cùm ultima hominis voluntas ambulatoria sit atque mutabilis usq; ad extremum vitæ spiritum *l. quòd si iterum. ff. de adimend. vel transferend. legat. l. cum hic status 32. §. pœnitentiam. 3. ff. de donation. inter vir. & uxor. l. 1. Codic. de sacrosanct. Eccles.* Sin patre defuncto nascantur posthumi, non ampliùs legata revocantur. Tum quòd ultimæ voluntates ambulatoriæ sint tantùm ad supremum vitæ spiritum testatoris, hujusque morte confirmentur. *dict. l. 4. ff. de adimend. vel transferend. legat.* Atque ita con- 192
firmatæ longè difficiliùs, quàm actus inter vivos gesti, revocentur: cùm publicè ac privatim expediat, ultimas hominum voluntates servari, & exitum sortiri. *l. vel negare 5. ff. testament. quemadmedum. aperiant. l 1. princip. ff. si quis omiss caus. testament. &c.* Tum etiam quod revocari apertè prohibeantur, *authent. ex causa. C. de liber. præterit. Novell. 115. capit. 3. in fine.*

Secundò dissentientium opinioni parùm suffraga- 193
tur, quod unaquæque lex ita accipienda sit, ne ociosa & supervacua existat, *argum. l. postliminii. 5. in fine. ff. de captivit. & postlim revers.* Atqui si dicta l. 8. ad omnes parentes donatores, & quosvis donatarios extraneos extenderetur: ociosa planè & supervacua existeret. Ad quid enim nominatim patroni & liberti mentionem faceret, & de ipsorum donatione in specie disponeret, si idem in aliis personis peræquè obtineret? Parùm, *inquam*, hoc dissentientium opinioni suffragatur. Haud etenim supervacua & ociosa d. lex 8. evadit, etiamsi illa ad personam patroni & liberti non restringatur. Nam in ea Imperatores non idcirco de patrono & liberto specialiter ac nominatim rescripserunt, quod in illis hoc speciale sit: sed potiùs, quia consultatio Imperatoribus proposita, & facti species de donatione, inter libertum & patronum celebrata, concepta fuerit. *Nec movet*, quod regeri- 194
tur, dictam *l. si unquam 8.* non esse ad certam facti speciem rescriptam & accommodatam: cùm non ad consulentem aliquem privatum, sed ad Orphitum, Præfectum Prætorio, directa sit. *Nam* non perpetuo verum est; constitutiones Imperatorias, ad Præfectos Prætorio scriptas esse generales, nec ad certos casus & facti species accommodatas: siquidem contrarium expressè ostendunt *l. si cùm ea. 3. Codic. de dot. promiss l. ultim. Codic. ad senatusconsultum. Orfit. l. ultim. C. de verber. & rerum significatron. l. ultim. C. qui ben. ced. possess. l. ultim. C. unde vi. l. ultim. C. de ædific. privat. l. ult. C. si aliena res pignori data sit. cum similibus.*

Tertio nihil roboris dissentientium opinioni addit, 195
quod

quòd & alia & diversa sit ratio patroni & liberti, aliaitem parentis & extranei; eo quod libertus patrono, propter summum libertatis beneficium, ad multa sit obligatus, putà ad reverentiam & honorem ei præstandum, & eum egenum alendum, & similia. *l. quiq; litigandi 4. §. 1. & l. generaliter. 13 ff. de in jus vocand. l. liberto. 9. & passim. ff. de obsequiis parentibus & patron. præstand. l. si quis à liberis. 5. §. solent. 18. ff. de agnoscend. & alend. liber.* extraneus verò donatarius ipsi donatori propter donationem ad nihil sit obligatus, si non ingratum se erga donatorem exhibuerit, *l. ultim. Codic. de revocand. donation.* *Etenim* facilis responsio est: quod nimirum jus revocandi donationem, in libertum factam, *in dict. l. si unquam. Codic. dict. titul.* patrono tribuatur non propter immensum, quod à patrono libertus accipit, beneficium libertatis: sed propter insperatam, donatione factâ, nativitatem li-
196 berorum. Quare idem omnino jus tribuum censeri debet cuivis etiam alii, qui post donationem factam liberos suscepit: cùm eadem ratio ubique juridem suadeat, *argum. l. illud quæsitum. 32. ff. ad leg. Aquil. & l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat.*

197 Quarto dissentientes minimè juvat, quod quemadmodum legitime factum ex supervenienti causa retractari non potest. *c. factum. 73. de regul. jur. in 6.* ita donatio ritè & legitimè confecta, revocari non debeat. *l. perfecta 4. Codic. de donation. quæ sub modo, & d. l. sicut 5. Codic. de obligation. & action. l. si donationem. 5. & l. seq. Codic. de revocand. donation.* *Illud* namque procedit & verum est, nisi justa superveniat causa, ob quàm actum legitimè perfectum retractari oporteat; itemque nisi tacitè convenerit, ut casu quodam existente, actus revocetur: quorum utrumque hîc evenire, jam suprà ostensum est. Et sanè nisi hæc limitatio admittatur: consequens erit, nec donationem inter patronum & libertum initam revocari posse: nec ob ingratitudinem donatarii donationem perfectam revocare licere. Quin nec aliæ conventiones & contractus, postquam perfectionem suam acceperunt, rescindi possent: quod tamen secus se habere, arguit totus tit. *ff. & C. de rescind. vendit.*

198 Quinto adversariis nihil adminiculatur; quod, cùm donator non cogatur liberis relinquere, quæ donat extraneo, *argum. l. in re mandata. 21. C. mandat.* non possit etiam revocare donationem propter liberos postea susceptos. *Etsi enim* parens non compellitur liberis ea relinquere, quæ extraneo donavit: quia tamen in nostro casu intelligitur tacitè cum donatario convenisse, & hac lege ei donasse, ut, *si liberi postea nati fuerint,* bona restituantur: par sanè & æquum est, ut conventio hæc custodiatur. *l. 1. in princip. ff. de pact. & l. 1. in princip. ff. de constitut. pecun.* Nec bene regeritur: pugnantiam hæc involvere: donationem esse puram; & tacitam ipsi inesse conditionem. *Dicitur* quippe & manet pura donatio, si id, quod expressè actum est, aut facto saltem ipso declaratum, respicias. Auctoritate tamen juris conditionem aliquam aut consensum subesse, fingi etiam interdum contra naturam negocii gesti, novum & insolens non est: cùm & aliàs sæpè extra id, quod agitur, tacitam nasci obligationem, arguat textus optimus, *in l. is, qui commodati. 13. §. si libero. 2. in fine. ff. commodati.*

Sexto illud quoque nullius fili aut pili est, quod antagonistæ ab absurditate ob nativitatem liberorum, minimam scilicet quamque donationem fore resolvendam, desumunt. *Haud* etenim existimandum est, per partem *in dict. l. 8. C. de revocand. donationibus.* rem minimam quamque & donationem planè modicam intelligi; sed vel dimidiam partem bonorum; ut volunt Dd. quos refert Tiraquellus *ad dict. l. 8. in verb. omnia vel partem. numer. 7.* vel potius talem, ex quâ verisimiliter, destitutum fuisse donantem cogitatione liberorum, colligi potest: quod judicis arbitrio relinquendum, *post alios à se laudatos*, scribit Menochius *lib. 2. de arbitr. jud. quæst. cap. 133. num. 2* & Connanus *d. lib. 5 Commentar. jur. civ. c. 10. num. 5.*

Septimò & ultimò opinationem dissentientium 199
non confirmat textus *in can. ult. caus. 17. quæst. 4.* ubi Augustinus expressè ait, donationem à patre, liberis nondum natis, factam retineri posse jure fori, liberis postea supervenientibus. *Ad illum* namque textum dupliciter respondetur: *primò* quidem, quòd in eo Augustinus non referat jus, quod suo tempore obtinuerit, sed quod tempore Carthaginensis illius Episcopi, cujus ibidem meminit, viguerit. Fieri autem potuit, ut Episcopus ille multo ante Augustinum & Imperatores Constantinum & Constantium (auctores *dict. l. si unquam. 8. Col. de revocand. donation.*) vixerit: ac proinde *in allegato can. ultim.* per jus *fori* intelligatur illud, quod Constantinum & Constantium præcesserit, *docente D. Hunnio dict. lib. 2. var. resolut. tract. 4. quæst. 10. in fine.* Deinde vero, & forsan rectius, respondetur: quod verba illa dicti can. ultim. (*in potestate habebat Episcopus non reddere*) accipi possint de spontaneâ donatarii redditione donatarum rerum, non de exacta & coacta per donatorem restitutione. Id quod explanatiùs ostendit D. Collega Bocerus *d. Commentar. de donat. cap. 3. nu. 131. p. 125* Quo in loco plura argumenta, quæ nostræ contrariari videntur sententiæ, solidè refutat.

Porrò quin pater ab initio statim, cum donat, juri 200
donationem revocandi renunciare queat, & cavere, se natis postea sibi liberis, donationem non revocaturum, non valdè ambigitur, *argum. l. sed & si. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. heredit. l. 2. ff. si à parente quis manumissus sit. dict. l. in re mandata. 21. C. mandati. & l. nemo exterus 9. Cod. de Iudæis.* Quod si vero liberi jam nati fuerint, an tunc in præjudicium liberorum, beneficio *dict. l. si unquam. 8. C. de revocand. donat.* renunciare possit, mirificè controvertitur? Sunt enim, qui affirmant. *Bartol. Bald. Imol. Raph. Cuman. Speculator, Petrus Anchar. Paulus de Castro, Roman. Marian. Socin. Barbat. Capoll. Decius, Bertrand. hosq; cum aliis laudans Tiraquellus in repetition. dict. l. si unquam. 8. in præfat. num. 88. Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disput. 19. thes. 7. lit. E. ver. renuntiare autem pag. 126. & seq. Item Iason. consil. 125. lib. 1. & consil. 230. libr. 2. Rota Romana decision. 124. part. 1. in novissima edit. Cujac. lib. 20. observat. c. 5. Do-*

nell.

nell. ad dict. l. si unquam. numer. 11. & 12. *Fachin. libr.* 3. *controvers. jur. cap.* 84. *eosque referens. D. Bocerus dict. cap.* 3. *num* 133. Sunt quoque, qui negant, *Oldrad. consil.* 173. *in fin. Curt senior. consil.* 1. *Ioan. Andr. ad Speculat. tit. de instrument. edit §. porrò, &c. Petr. Ferrar. in form. libell. quo ag. pro donat. verb. irrevocabiliter. Vital. de Cambanis in tract. clausular. in rubr. an legib. insinuationem exigentibus renunciari possit. chart.* 4. *& iterum in Rubr. an possit renunciari l si unquam eosq; referens Mynsinger. cent.* 5. *observ.* 63. *num.* 6 *& seqq. Gail. libr.* 1. *observat.* 40 *num. ult. Forster disput.* 10. *ad Instit. thes* 20. *& D. Hunnius. dict. lib.* 2. *var. resolut. tract.* 4. *quæst.* 11.

201 Atque hæc negans opinio & mihi magis probatur. Tum quia in dubio ea tenenda est sententia & interpretatio: quæ humanior est ac benignior, *argum l. benignius.* 18 *& l. nulla juris.* 25 *ff de legib. l. si fuerit.* 10. *in fin. ff. de reb. dub l. non sine.* 5 *vers. attamen quia consequens, &c. Cod. de bonis. quæ liberis &c.* Ast hanc posteriorem sententiam longè humaniorem esse illa priore affirmamus, plus quàm notum est. Tum quia *in dict. l. si unquam.* 8. apertè dicitur: quòd totum, quicquid patronus largitus fuerat, revertatur: ac proinde non committitur hoc liberæ voluntati donatoris, an velit revocare, vel non: sed jus ipsum & sanctio Imperatoria edicit, ut revertatur: imperativè nimirum, non voluntariè.

202 Tum etiam quia quisque juri tantùm suo, suumque favorem concernenti, renunciare potest. *l penultim. Cod. de pact.* nec factum unius alteri obest aut nocet. *arg. c. non debet.* 22. *de reg. jur. in* 6. Atqui donationis revocatio commodum & favorem liberorum potissimùm concernit: ac parenti propter liberos, nec aliter, quam liberis ei natis, tribuitur: uti convincitur *ex dict. l. si unquam* 8. *ibi. filios non habens & ibi, postea susceperit liberos, &c.* Quocirca non poterit pater renunciare revocationi, nec in præjudicium liberorum eam omittere: sed si omiserit, integrum erit liberis donationem revocare: nec factum patris liberis nocere debet: præsertim, cùm ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem addicat. *l. cum ratio.* 7. *ff. de bonis damnator. l scrip.* 0. 7. *§. ultim.*

203 *ff. si tab. testament nulla extab.* Tum postremò quia

204 eadem sententia jure renovato Wirtemb. rgico recepta est, *part.* 2. *tit.* 18 *p* 306 *in fine.*

205 Cui non adversatur, quòd disertè *in dict. l. si unquã.* 8. *C. de revocand. donat.* rescribitur: bona revocata ad donatorem reverti: & in ditione ac arbitrio patris donatoris manere. Quibus verbis satis significari videtur: solum patrem donationem revocare posse: & consequenter, si ipse revocare noluerit, sed juri suo aut expressè renunciarit, aut tacitè, dum eo non utitur: non posse liberos donationem à patre factã revocare. Hoc, *inquam*, non adversatur: quoniam responderi potest: bona, liberis supervenientibus, ad donatorem reverti, & in ejus ditione atque arbitrio manere, si quidem ipse donator revocet. *dict. l si unquam.* 8. Eadem verò bona reverti ad liberos, & in horum arbitrio manere; si, patre non revocante, vel revocationem omittente, ipsi revocent. De quo licèt nihil expressè dicatur *in dict. l.* 8. non tamen inde sequitur, illud omninò negari & excludi. Quinimò etsi verbis non exprimatur: sententiã tamen legis satis confirmatur, & comprehenditur hoc ipso, quòd beneficium revocationis tribuit patri propter liberos; adeoque magis liberis, quàm patri concedit, *ut superius indicatum.*

Præterea non adversatur, quòd vera ratio *dict. l. si* 206 *unquam.* 8. consistat in pietatis conjecturâ: quod nempe donans præsumatur non donaturus, si liberos sibi natum iri præscivisset, aut si de iis cogitasset. *dict. l. cùm acutissimi* 30. *C. de fideicommiss dict. l. cum avus.* 102. *ff de condit. & demonstrat & dict. l. generaliter* 6. *§* 1. *Cod. de instit. & substitut.* Igitur cùm jam evidenter appareat: eũ nihilomin⁹ donare voluisse, etiãsi liberos sibi futuros sperasset: quòd vel tunc maximè accidit, quãdo ipse revocationi expressè renũciavit: cessat utiq; illa pietatis conjectura, & consequenter donationis revocatio. Nihil, *inquam*, hoc adversatur: quia videndum & distinguendum est: utrùm donator hanc suam voluntatem, de donatio non revocanda declaret, antequàm liberi ei nascantur: an verò postea. Priori casu renunciatio est valida: quia tantùm juri suo donator re- 207 nunciat: cùm moderator sit atque arbiter rerum suarum, adeòque de illis, prout voluerit, statuere queat. *dict. l in re mandata* 21. *Cod de mandat. & similibus.* Posteriori autem casu renunciatio non est valida: quia quamprimùm liberi nati sunt, intelligitur hoc jus & beneficium ipsis quæsitum esse, ut bona a parente alteri donata, commodo ipsorum ad patrem reverti debeant. Ideoque pater vel expressè, vel tacitè revocationi renuncians, non de jure suo, sed de jure alieno, liberorum videlicet, disponeret; illisque beneficium & jus quæsitum auferret: quod fieri & civilis & naturalis ratio prohibet, *vulgata l. id, quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur.*

Non item adversatur, quòd jus donationem revo- 208 candi ad heredes & successores non transeat. *l.* 1. *vers. hoc tamen jus stabit. l. his solis.* 7. *vers. actionem verò matris & l ultim. vers. hoc tamen nsq. C. de revocand. donationib.* Atqui beneficium hoc revocandæ donationis commodum & favorem heredum & successorum principaliter concerne: et: procul dubio ad ipsos, parente defuncto, transiret: quod cùm non fiat; palàm est, illud pertinere ad favorem patris, & non heredum, ac per consequens ei à patre renunciari posse, *arg. dict. l penultim. C. de pact.* non adversatur, *inquam*: quia *primò* respondetur, beneficium revocandæ donationis in præsenti casu indulgeri & tribui liberis donatoris, ut liberis, non ut heredibus. *Deinde* respondendum est: jus donationem revocandi *in prællegatis legibus* idcir- 209 co non transire ad heredes, quòd in iis revocatio donationis spectet ad vindictam ingratitudinis donatarii in donatorem, & injuriæ donatori illatæ. *l. Prætor edexit.* 7. *§* 1. *vers. at in actione injuriarum ff. de injur. l.* 2. *§ emancipatus. ff. de collat bonor.* Quæ autem actiones tales sunt: ad successores non transmittuntur. *l. injuriarum.* 13. *& l. item apud.* 15. *§. injuriarum.* 14. *ff. de injur. l. quemadmodum.* 7. *& l seq ff. de inoffic. testament.* Siquidem vindicta personalis est: personalia verò 210 personam non egrediuntur, *l. quia tale.* 13. *ff solut. matrim. c. privilegium.* 7. *de regul. jur. in* 6 *& l. privilegia.* 196. *ff. eodem. Et ita respondet D. Hunnius dict. lib.* 2. *var.*

var. resol. tr. 4. q. 11. in solutione contrarior. ubi & aliis objectiunculis abunde satisfacit. Atque hæc, quam
211 hactenus defendimus, conclusio in tantum procedit, ut ne quidem sub juramento pater beneficio *dict. l. si unquam 8 C. de revocand. donat.* renunciare possit: propterea quòd tale juramentum fieret in fraudem liberorum: proindeque non subsistit, *argum. l. nam posteaquam. 9. §. sed & si quis 5 ff. de jurejurand Mynsinger. d. cent. 5. observ. 63. num. 11.* Eaque de re latissimè (relatis pro utraque parte infinitis propè auctoritatibus) agit Tiraquellus *in repetit. dict. l. 8. Codic. de revocand. donat in præfat. numero. 164. & seqq.*

212 De illo quoque discrepantes Interpretum censuræ occurrunt: an si liberi, post donationem suscepti, vivo donatore decesserint, donatio semel revocata reconvalescat, adeòque res donatæ ad priorem donatarium revertantur? Affirmativam opinionem tenent *Antonius Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 4 numer. 12. Julius Clarus lib. 4. sentent. §. donatio. quæst 23. num. 9. & Mozzius in tract. de donat. tit. ultim. numer. 90.* Sed eorum sententia, qui donationem semel extinctam non
213 ampliùs, liberis defunctis, reviviscere statuunt, probabilior videtur. Tum quia actio, quæ donatario competebat, per liberorum supervenientiam semel extincta, eventu sive morte liberorum eorundem subsecuta revocari nequit, *argum. l. qui res suas. 98. §. aream ff. de solutionib. l. Mævius. 66. §. 1 ff. de legat.* Tum quia, natis liberis, res donatæ propriæ donatoris effectæ sunt: ac propterea ut donatarii rursus fiant propriæ,
214 novâ donatione est opus. Neque enim res semel arbitrio & dominio donatoris subjecta, ipsi invito adimi potest. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de R. I.* Tum denique quia donatio ista facta intelligitur sub tacitâ hac conditione: *si liberos postea donator non susceperit.* Atqui hæc donatio, natis liberis, confestim deficit, licèt liberi postea moriantur. *l. filiusfamilias. 114 §. cùm erit. 13 ff. de legat. 1. l. heredibus. 77. in pr. ff. ad senatuscons. Trebell.* Quam sententiam approbant *Bartol. in l. Titia 87. §. imperator. 3 ff. de legat. 2 Donell. ad dict. l. si unquam 8. num. 9. C. de revocand. donat. Fachin. lib. 3. controv. jur. c. 90. D. Colleg. Bocer. d. Comm. de donat. cap. 3. nu. 135. Hunn. dict. lib 2. var. resol. jur. civil. tract. 4 quæst. 12. & Tiraquell. in dict. l. si unquam. in verb. susceperit liberos. num. 203. aliiq. per hunc citati.*

215 Non obstat huic decisioni, quòd cessante causa beneficii, cesset quoque effectus, sicque ipsum beneficium, *argum. l. 1. in princ. ff. ad leg Iul. de ambit. l. in omnibus causis 68 ff. de regul. jur. c. cùm cessante. 60. ext. de appellat.* Liberis autem susceptis postmodum defunctis, cesset causa revocationis. *Nam breviter respondetur:* effectum in nostro casu jam productum & consummatum esse; siquidem jus revocandi donationem jam donatori sit acquisitum, ob liberorum supervenientiam. At productum & consummatum effectum non cessare, licèt causa ejus cesset, latè demonstrat Tiraquell. *in tractat. cessante caus. limitat. 12. num. 1. & seqq* cumque referens D. Bocerus *d. c 3. n. 137.*

216 Item non refragatur: quòd, cùm paria sine, testamentum agnatione liberorum rumpi, & donationem agnatione liberorum revocari; quia utrobique proponitur res similiter irrita facta, & quidem ex eâdem causa: hinc dicendum videatur: quòd, sicut testamentum illud, *si liberi postea, vivo testatore decesserint,* jure prætorio convalescit; sublato illo impedimento, nempe posthumo, qui antea obstabat. *l. posthumus præteritus. 12. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* ita quoque convalescat donatio, impedimento ejus (*puta liberis*) sublato. Hoc non refragatur, *inquam:* quoniam diversissima est ratio illius testamenti, quod agnatione liberorum est ruptum, & donationis propter supervenientiam liberorum revocatæ. Testamentum namque jure civili ruptum confirmatur jure prætorio: tum quòd adhuc supersit, quod confirmari possit, eadem scilicet scriptura, subscriptiones, sigilla, eademque voluntas testatoris: tum quòd hoc fieri queat sine ullius injuria: cùm nemini quicquam hoc ipso adimatur, nec ulli præjudicetur: donatio verò non possit confirmari jure prætorio; propterea quòd, eâ semel revocatâ, nil quicquam relinquatur, aut supersit, quod confirmari possit, repugnetque voluntas donatoris. Quin & si donatio reconvalesceret; injuria insignis inferretur donatori, dum ei, sine ulla ipsius culpa bona, de novo acquisita, auferrentur, *contra l. id. quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.*

Non resistit insuper *l. fœminæ. 3. in fin. C. de secund. nupt.* ubi fœminæ, ad secundas nuptias transeuntes, alienare prohibentur res, quas à primo marito acceperant, *donec liberi ex primo matrimonio superfint* iisdem verò fœminis permittitur rursus res alienare, ubi liberi priores decesserint. Igitur & donatio, ob liberos natos revocata, iisdem liberis vivo donatore postea defunctis, reconvalescere debet. Lex, *inquam,* ista non resistit quandoquidem diversa quoque est ratio fœminarum, ad secunda vota transeuntium, & donatoris in proposito casu. Illis enim non adimitur alienatio sub hac conditione, *si liberos habere cœperint, aut, si liberos quandoque habuerint:* sed adimitur illis jus alienandi ad tempus duntaxat, *quamdiu liberos habuerint.* Quocirca iisdem legis verbis conceditur illis potestas alienandi, si liberos habere desierint. Cæterùm donatio in nostra specie non sic ad tempus revocatur: sed sub tacita conditione illâ. *si liberos postea susceperit donator.* Quæ conditio (*natis postea liberis*) adimpleta donationem in perpetuum revocat, *ut benè docent D. Bocerus d. c. 3 num. 136. pag. 134. & D. Hunnius dict. lib. 2. tract. 4. quæst. 12* Add eisdem rem fusiùs examinantem Bachovium *in suprà dictis not & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disput. 19. th. 7. lit. E. F. & G pag. 129. & seqq.* 217

Tandem & illud silentio supprimendum hic non est: quòd res donatæ, natis postmodum liberis, per donatorem revocentur, vel rei vindicatione, vel condictione, *auctore Donello in sæpè citata l. si unquam 8. num. 16. Cod. de revocand. donat.* Cùm enim ipso jure donator, *susceptis liberis,* dominium rei donatæ receperit: ejus dominii nomine adversus donatarium, rerum donatarum possessorem, illi rei vindicationem competere, rectè statuitur, *l. in rem 23. in pr. ff de rei vindicat.* Conditionem quod attinet: competit illa ex tacita & conjecturata donatoris & donatarii conventione Nam 218

cùm donator sub hac tacita conditione, *si liberos non susceperit*: Res suas alicui donaverit: elarescit inde, sub contraria condirione, *si liberos postea susceperit*, non intelligi donatum. Et quia hoc tacito sensu & voluntate donator dedisse præsumitur: censetur item donatarius hoc animo accepisse rem donatam. Hæc tacita conventio obligationem & actionem in personam, condictionem scilicet, producit. *l. actionum. 25. ff. de obligationib. & actionib. §. 1. inf. de actionib. D. Bocer dict. Commentar de donat c. 3. num. 138 & seqq. ubi id explicat copiosius.*

§. *Est & aliud 3.*

Est & aliud genus inter vivos donationis quod veteribus quidem Prudentibus penitus erat incognitum, postea autẽ à junioribus divis Principibus introductũ est, quod ante nuptias vocabatur: & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cùm matrimonium esset insequutũ. Ideòq; ante nuptias appellabatur, quòd ante matrimonium efficiebatur, & nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Iustinus, Pater noster, cùm augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constãte matrimonio, suâ constutione permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat: cùm ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes: constituimus, ut tales donationes non augeãtur tantum, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: & nõ ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt: ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, & constituantur.

S V M M A R I A.

1 *Donationes ante & propter nuptias cur ita appellatæ.*
2 *Donatio propter nuptias definitur.*
3 *Donatio isthæc quib. appellationibus designatur.*
4 *Sponsalitia largitas quid sit.*
5 *Mulierum genus avarissimum.*
6 *Donatio propter nuptias quatenus doti par esse debeat.*
7 *Dotalitium quid sit, & quomodo vocitetur.*
8 *Dotalitium in tota ferè Germania receptum.*
9 *Morgengab quale donum, & cui cedat,*

Donationibus inter vivos hoc loco annumerantur 1 illæ, quæ ante nuptias olim appellabantur; quia semper nuptias futuras antecedebant: hodie verò propter nuptias dicuntur: quoniam etiam constante matrimonia fieri & augeri possunt, sicuti dotes, *hoc §. nostro l. penultim. & ultim. Codic. de donationibus ante nuptias, &c.* Donatio propter nuptias non malè de- 2 finitur actus, quo maritus, vel alius ejus nomine, res mobiles, vel immobiles, propter dotem, & nuptiarum affectionem, mulieri confert. Nam ut mulier marito affert dotem: ita maritus vicissim uxori affert donationem proter nuptias *dict. l. penultim. C. dict. tit. Novell. 119. in princip. D Obrecht. in œconomia donationis simplicis. disputat. 5. thes. 92. & sequent.* Hinc do- 3 natio isthæc Græcè nominatur ἀντίφερνα sive ἀντιπροίκιον, id est, contraria dos, seu compensatio vel levamentum dotis, *Schneidevvin. hîc nu. 3. in fin. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de donat. rubr. de divis. donat. num. 10. Borlich. part. 2. conclusion. practicabil. conclus. 50. num. 2. pag. 1038.* Item vocatur nuptiale remedium, *d. l. ultim. in princip. C. de donation. ante nuptias, &c.* & antidos, sive contrados, & antifactum *Francisc. Bursat. consil. 179. num. 8. lib. 2. Molin. consil. 52. n. 31. Guid. Pap. decision. 145. num. 2. Matth. de Afflict. decis. 37. num. 6 Alciat. resp. 72. num. 5. & 8.* Germanicè dicitur ein Gegenvermachung / Gegenvermachnus / Gegensteur / Gegengab / Gegẽwidem / Wiederlegũg oder widerlag. *Mynsing. hic n 8. Henning. Gœden consil. 99. Ernest Cothman. resp. 50 n. 31. & seq. libr. 1. hosq; referens D. Collega Bocer. in Comment. de donationib. cap. 10 num. 8. edit. 2* Eamque impropriè sponsalitiãm 4 largitatem appellitat Iustinianus, *Novell. 22. cap. 18. in pr c. 19. c. 20. §. 1. & c. 21. §. 1. ibi, neque super sponsalitia largitate. & Novell. 119. c. 1.* cùm hæc sit donatio, quæ fit à parte sponsi in sponsam, vel contrà, futuri matrimonii causâ: quanquam à sponsa raro fieri soleat: proptereaquod mulierum genus avatissimum existime- 5 tur. *l. si à sponso. 16. ibiq; Accurs. & Gothofred. in verb. rarò accidit. C. de donationib. ante nupt. Mynsing. d. nu. 8. latè Tiraquell. leg. connubial. 9. glos. 1. part. 9. num 43. & seq.* Verùm de sponsalitia largitate fusius dissertant *D. Obrech. dict. disp. 5. th 6 cum seqq. D. Bocer. d. Commentar. de donat. cap. 7. Georg à Rotschitz in tract.* von Mitgifft / gerade Morgengabe / *&c. Moller. libr. 2. semestr. c. 43. D. Besoldus in thesauro pract. lit. M. nu. 92. pag 562. cum seq. item Lit. W. num. 39. pag. 849. & Thomas Sanchez tom. 1. de matrimon. libr. 6. disput. 18. pag. 437. item disput. 19 20. 21. & seqq.* Etsi porrò do- 6 natio propter nuptias jure civili non solum in constitutione & præstatione; sed & pactis doti par atque æqualis esse debeat. *Novell. 97. dict Novell 119. c. 1. l. ex morte. 9. juncta auth. æqualitas. ibiq; gl. & Dd. C. de pact. convent. Hartm. Pistor. q. 14. num. 4. & seqq. libr. 1. Giphan hic in vers. quod veterib. & vers. sed nos plenissimo. in fine*: generali tamen omnium fermè locorum consuetudine æqualitas ista non attenditur. *Iul. Clar. lib. 4. sentent § donatio. quæst. 11 numer. 1. Andr. Gail. lib. 2. obs. 78. num. 2 & seqq Schneid. hic n 4. D. Bocer. dict. c. 10 num. 11 & seqq. Bachovius in notis & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disp. 19. th. 8. lit. B. pag.*

pag.141. & seqq. Polydorus Ripa in Commentar. de Actis in mortis articulo.cap.1c.num.4.& seqq ubi explanatiùs id persequitur. Adde Cunradum Rittershusium *in expositione Novellarum.part.5.c 1.num.7.pag.249. Ibi diversas diversorum ea de re opiniones refert.* Adde item Paulum Christinæum *ad d.tit. C. de pactis conv. dec.19c.vol.5 fol.361.& seq.*

7 Planè & alia donationis propter nuptias species perhibetur, quæ propriè dotalitium appellari consuevit. *c.ex parte.15 ext.de foro competent.* Tametsi hoc nomine etiam ipsa propter nuptias donatio, ita propriè & in specie dicta, contineatur. *c. plerunq; 4 ubi gloss. & Canonista.ext.de donation.int.vir. & uxor. Guido Pap.decis.565.num.4. Nicol.Everhard cons.217.num. 6.Molin.d.cons.52.num.31.* Cæterùm haud inepte definitur dotalitium, quod vir, præsertim nobilis, uxori suæ, ratione dotis datæ, concedit: ut eo vidua facta ad dies vitæ utatur fruatur. *D. Bocer. d. Comment. de donationib.c.11.num.2 Berlich.dict.part.2.concl.50.nu. 6.& seqq.* Vnde illud convenienter satis victilitium seu victalitium Latinè vocitatur. *Schurff.cons.24.num. 5 cent.1.Simon.Pistor.de cons.20.num.10.Cothman.d. resp.50.num.55.& seqq.lib.1. Germanicè* Leibgeding/ Leibzucht/ Leibgut/ *item* Widdumb. *Georg. à Retschitz.in suo process.in t.* Von Leibgeding. *Schneid.inst. ad t.de hered.qua ab intest. defer. sub rubr. de success. Iuris Saxon.inter marit.& uxor.n.43. Hartm. Pistoris d.lib.1.q jur.q.4 & q.14.n.16 & seqq. Andr. Rauchb. quæst.47.num.21.part.1.Ioan.Rudinger.cent.3.obs.sin-*

8 *gular.obs.46.Besold & Wiebelius in Dissertat. de jure mulier singular.part 2.conclus.173.* Atque hoc genus donationis per Saxoniam, & universam pene Germaniam receptum esse, ut viduæ ex bonis defunctorum, nobilium præsertim maritorum, consequantur dotalitium, attestantur *Simon Pistoris d.consil.20.& ibi sub eodem consil. Melchior Kling n.2.item Vdalricus Merdysius n 8. Horgius in hoc.§.nostro.n.7 & seqq. Thoming. decis 29.n 8.Schurff.cons.51.centur.3.Ludovic. Fachsius cons.6 n.11.Cothman.d.resp.50.n.152.lib 1.eosq; laudans D. Colleg. Bocer.d.c 11.n.5.* Quibus omnino adjiciendus est D.Collega Besoldus *d. thesauro practico. lit.L.num.32.pag 511.& seq itemq; lit W num 50.pag 859 nec non* Matthias Berlichius *d.part 2.conclus.50.n. 5 & seqq pag.1039.& seqq.item conclus 52 per tot p 1085.& seqq.ubi, post alios, à se citatos, locupletiùs hanc materiam enodat.* Eâdem de re videatur quoque Burchard. Berlichius *in tract.de jure novercar. part.2.art. 2.sect 6.numer.700.cum sequentibus. pagin.208.& sequentib.*

9 Porrò & aliud donum est, quod vulgò Morgengab indigitatur. Id quippe maritus uxori virgini, in præmium amissæ virginitatis, & vicissim interdum jure in vidua largitur: ex consuetudine, maxime inter nobiles vigente. Estque fere catena aurea, vel certa pecuniæ summa: quæ pleno jure, tam quoad dominium, quàm quò ad administrationem, uxori cedere solet, notante D.Besoldo. *dissertat 1.compendii juris privati cap.tertio.thes.sexagesim. quart. pagin. septuagesim. nona.*

§. Erat olim. 4.

Erat olim & alius modus civilis acquisitionis per jus adcrescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento: eo casu pars ejus amittebatur, & socio adcrescebat. Sed cùm pessimum fuerat exemplo, & liberalitate servum defraudari, & ex ea humanioribus quidem dominis damnū inferri, sævioribus autem dominis lucrum accedere: hoc quasi invidiâ plenū, pro remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam & manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore ante quos legumlatores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente: & socio indemni conservato, pretiumque servi secundùm partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

SVMMARIA.

1 *Ius adcrescendi qualis fuerit dominii acquirendi modus.*
2 *In re communi conditio socii prohibentis potior.*
3 *Inhumanum est, servum libertate, sibi concessa, defraudari.*
4 *Iustiniani nova constitutio.*
5 *Invitus regulariter nemo emere aut vendere cogitur.*
6 *Quibus casibus hodie jus accrescendi locum habeat*

PRæter usucapionem & donationem erat olim & alius modus dominium jure civili acquirendi, nempe *jus accrescendi*: veluti, si duo domini commu- 1
nem habuissent servum, & alter ex his pro sua parte dominii eum manumisisset sive testamento, sive inter vivos: jure civili servus non solùm non liber fiebat, sed etiam pars dominii, quam in eo habebat dominus jure accrescendi ad socium transibat, adeoq; alter solus ejus dominus efficiebatur. Idq; propter tritā juris regu- 2
lam, quâ dicitur: *in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero, posse*; & conditionem socii prohibentis potiorem esse. *l. Sabinus. 28 ff.communi dividund.l.id, quod nostrum.11.ff.de reg jur.* Deque isto jure veteri videatur Iulius Paulus *lib. 4 sent t.12.in princip.* Verùm hoc Iustinianus Imp. libertati impensè favens, postea è medio sustulit, duplici causa motus. Tum quòd exemplo pessimum ac valde 3
inhumanum esset, servum libertate, sibi ab altero domino concessâ, eo modo defraudari: tum quòd iniquū durumque esset, dominum humaniorem ex liberalitate & benignitate sua damnum sentire, dum & servum habere desineret, & libertum ex manumissione non consequeretur: contrà verò sæviorem

ac morosiorem dominum ex sua inhumanitate lucrū
4 consequi. Itaque ipse Iustinianus constituit servo, ab uno dominio manumisso, etiam ex parte alterius domini, libertatem accrescere: si modò socius, qui illum pro sua portione manumittere noluit, indemnis servetur, eique precium à manumissore, secundùm partem dominii, quod in servo habuit, persolvatur *l. 1. §. 1. C. de communi ser. manumiss.* Ex quo relucet: & socium
5 manumissoris partem servi vendere. & manumissorem ipsum, si præcisè servo illi libertatem imponere desideret, eandem emere compelli: idque propter insignem favorem libertatis inductum est, contra vulgarem juris regulam, quâ invitus nemo emere aut vendere cogitur, ne quidem à principe. *l. nec quasi Publicianam. 70 ff. de rei vindicat. l. non enim æquum. 9. ff. de act. rer. amotar. l. invitum. 11. l. in vendentis. 13. & l. dudum. 14. C. de contrah. empt. l. nec emere. 16. C. de jur. de liber l. invitos. 11. Cod. de locato. l. possessores. 12. C. de fundis patrimonialib.* Sanè sunt & alii multi casus, in jure passim obvii, in quibus pariter ab isthac communi regula disceditur, *ut in l. communi dividundo, 7. §. ultim. ff. communi divid. l. Iulianus. 13 §. idem Celsus. 17 ff. de act. emt. l. si cui legetur. 49. §. pen. & ult. item l. & si aquo. 66. ff. de legat. 1. l. cùm in funde. 78. §. si fundus communis. 4. ff de jure dot. l. cetem. ferre. 11. § fin. ff. de publican. & vectigalib. l. 2. C. de commun. rer. alienat § 2. vers. s. d & major. supr. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt. l 1 Cod. de Episcopali audient l. 2. in fine. Cod. de patrib. qui filios suos distrax.* quos latiùs expli- 6
cuimus ad principium *tit. infr. de empt. & vendit. nu. 109 & seqq.* Quamvis autem jure accrescendi, hac in specie, propter servitutum jura antiquata, ampliùs non utamur: magnus tamen ejus in ultimis voluntatibus usus esse solet, ubi interdum portiones non petentium legata, fideicommissa, hereditates, petentibus accrescunt. *tot. t. C. quando non petentium partes petentib. accrescant. & ea de re tractabitur fusiùs ad §. si eadem res. 8. infr. de legatis.* Cæterùm in contractibus & actibus inter vivos regulariter jus accrescendi locum non habet. *l. si mihi & Titio. 110. ibiq. Dd. ff de verbor. obligationib. Mynsinger. hic num. 2 Heigius numer. 9. & sequentibus. Adde Doctorem Martam tom. 5. digestorum novissimor. tit. jur. accrescendi. cap. 5 & seqq. fol. 51. & seq.*

QVIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

TITVLVS VIII.

Principium Tit.

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit: & contrà qui dominus non sit alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legē Iuliam prohibetur alienare: quamvis ipsius sit, dotis causâ ei datum. Quod nos, legem Iuliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cùm enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebāt; hypothecas autem earum rerum, etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio: ut neutrum eorum neque cōsentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

SVMMARIA.

1. *Effectus dominii præcipuus quis.*
2. *Alienatio quid sit.*
3. *An usucapio verè sit species alienationis.*
4. *Vocabuli (Vix) natura quæ.*
5. *Usucapio est modus acquirendi plenum dominium.*
6. *Unumquodq; eo modo finitur, quo constitutum est.*
7. *Num simplici alienationis prohibitione legatum & institutio heredis contineatur.*
8. *Mens & intellectus l. ex hoc edicto. 8 § 3. ff. de alienat. judicii mut. caus. fact.*
9. *Ambulatoria testatoris voluntas usq; ad mortem.*
10. *Quis alienare possit, vel non.*
11. *An & quatenus maritus rem dotalem alienare queat.*
12. *Maritus verè rerum dotalium dominus.*
13. *Rei Vindicatio cui detur.*
14. *Intellectus l. mater. 3 C de rei vindicat.*
15. *Servum quis manumittere possit.*
16. *Qua actione mulier dotem, non secutis nuptiis, repetere valeat.*
17. *Traditione rei verum dominium transfertur.*
18. *Publiciana in rem actio cui competat.*
19. *Venditor quando emptorem dominum faciat.*
20. *Nemo rei propria furtum committit.*
21. *Quibus casibus maritus, verum dotis constitutæ dominium habens dominus esse desinat.*
22. *Mens & sententia l in rebus 30. Cod. de jur. dot.*
23. *Res dotalis æstimata, & pondere, numero vel mensura constantis, dominium transit ad maritum.*
24. *Utrum, si mulier juraverit, ratam se alienationem rei dotalis, per maritum factam, esse habituram, alienatio valeat.*
25. *Contra legem factum jurejurando non firmatur.*
26. *Dotes mulieribus integras conservari, Reipubl. interest.*
27. *Dispositio juris civilis præferenda juri canonico.*
28. *An res, ex pecunia dotali empta fiant dotales.*
29. *Mens & interpretatio l. res, quæ 54 ff. de jure dot.*
30. *Consideratio l qui aliena. 8. C si quis alteri vel sibi, &c. l. 6. C. de rei vind. & l. 4. C. commun. utriusq; judic.*

31 Res.

31 *Regulariter res aliena pecunia comparata fit comparantis, non verò domini pecuniæ.*
32 *Sensus & interpretatio l. ex pecunia. 12. C. de jure dot.*
33 *Consideratio l. ult. C. de servo pign. dato manumiss.*
34 *Consid. ratio l. si mulier. 21. ff. de pact. dotalib. & l. ita constante 26. ff. de jur. dot.*
35 *Consideratio l. si ex lapidicinis 32. ff. de jure dot.*
36. *Ecquid maritus uxorem, ob dotem non solutam, domo expellere possit.*
37 *Matrimonia non dotibus, sed affectu & amore conjugali contrahuntur.*
38 *Uxor quâ ex causa dimitti queat.*
39 *Sententia l. ult. C. ad S.C. Velleian.*
40 *Sensus c. per vestras 7. de donat. inter vir. & uxor.*
41 *Quatenus deficiente conditione contractûs, deficiat ipse contractus.*
42 *Explanatio l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. caus. dat.*
43 *Consideratio l. cùm pater. 11. ff. de pact. dotalib.*
44 *Consideratio l. si cùm dotem 22. §. 5. ff. solut. matrim.*
45 *An & quatenus contractus, cui dolus causam præbuit, rescindi debeat.*
46 *Dos non est de substantia matrimonii, sed adjunctum separabile.*
47 *Sententia gloss. in Novell. 2. cap. ult.*

1 CUm hactenus tractatum sit de modis singularibus rerum dominia acquirendi, tam jure gentium, quàm civili inductis: & verò inter cæteros effectus dominii non censeatur minimus, ut quilibet, nisi fortè prohibeatur, liberè de re suâ disponere possit. *l. in re mandata. 21. C. mandati*: idcircò justo nunc ordine efflagitante, per quos dominium alienari queat, vel non, Imper. Iustinianus subnectit. Alienatio au-
2 tem non incommodè definitur omnis actus, per quem dominium transfertur *l. 1. B. de fundo dot. alt. l. alienatum. 67. ff. de verb. signif. Giphan. & Wesenbec. hic*
3 *num. 1.* Unde in dubitationem vocari solet: num usucapio sit verè ac propriè modus seu species alienationis? Et esse probabilius crediderim, *per textum in l. alienationis 28. vers. vix est enim, ut non videatur*
4 *alienare, qui patitur usucapi ff. de verb. signif.* ubi Paulus IC. utitur verbis affirmantibus: cùm ea vocali (*vix*) natura sit, ut nullum modum excipiat, *argum. l. vix certis. 53. ff. de judic. l. tutor. 19. vers. quando vix. ff. ad SC. Velleian.* aut si quem excipiat; id tamen ægrè fiat, & difficulter, μόγις καὶ χαλῆ, atque ita impropriè, ut is sensus sit *dicti vers. vix est, &c.* Si cui videretur, eum non alienare, qui patitur usucapi: id nequaquam, vel nimis difficulter concedendum esset.
5 Ex quo perspicuum fit, Iurisconsultum asserere, usucapionem ferè ac propriè speciem alienationis esse; adeò etiam, ut contrarium aut omnino non, aut satis difficulter & impropriè seu καταχρηστικῶς admitti debeat. Accedit, quòd usucapio propriè est modus acquirendi verum plenumque dominium. *l. 3. ff. de usurpat. & usucap. & ubertim ostensum suprà ad princip.*
6 *tit. de usucapio. num. 8. & seqq.* Ergo etiam modus erit amittendi, atque ita alienandi: cùm nihil magis naturale sit, quàm unumquodque eodem modo finiri & amitti, quo constitutum & acquisitum est. *l. nihil tam naturale 35. & l. ferè. 153. vers. cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actu admittimus ff. de reg. jur.* Atque ita tradunt & sentiunt *D. Gæddæus in d. l. alienationis 28. num. 9. & 10. ff. de verbor. signif. Donell. lib 9. Comment. de jur. civ. cap. 12. pag. 441. Wesenbec. hic d. num. 1. & Forster. lib. 2. disput. ad Instit. 11. thes. 1.*

De illo major dubitatio est: an simplici alienatio- 7
nis prohibitione legatum quoque & institutio heredis contineatur? Et quamvis negativæ opinioni adstipulentur *Angelus cons. 59. col. 3. Bald. & Iason. in l. 1. ff. de fund. dotal. Giphan. in lectur. Altorph. ad l. quaedam. 62. ff. de acquir. rer. domin. Donell. ad l. si ita quis 135. §. ea lege num. 11. ff. de verb. obligat. Anton. Faber lib. 14. conjectur. jur. cap. 6. & aliquot seqq. hosque referens D. Hunnius disput. 7. ad Instit. th. 27.* attamen ajens sententia, si eadem adsit prohibitionis ratio, regulariter verior censetur. *l. si quis prioris 8. §. certum 2. C. de secund. nupt. l. peto. 69. § fratre. 3. ubi Bartol. & Lucius 88. §. matre. 16. ff. de legat. 2. Sichard. ad l. fin. C. de rebus alienis non alienand. Gæddeus ad d. l. alienationis 28. num. 16. ff. de verb. signif. Forster. d. disput. 11. th. 2.*

Cui non obstat *l. ex hoc edicto. 8. §. sed heredem. 3. ff. de* 8
alienat. judicii mutandi caus. fact. ex qua colligi posse videtur, simplici alienationis prohibitione non contineri ultimam voluntatem seu heredis institutionem. *Nam* in ea alienationis prohibitione non continetur actus instituendi & legandi; non quia non solet regulariter alienationis prohibitione generali contineri: sed quia, ut illi edicto sit locus, non satis est, ut sit alienatio facta: sed necesse est, ut & judicii mutandi causa, & dolo malo facta sit. *l. item si res 4. §. 1. ff. eod.* alterutro deficiente, deficit edictum, utpote deficiente ejus causa. *l. 1. d. l. 4. §. 1. & d. l. 8. §. 1. ff. eod. tit.* Vivo autem te- 9
statore, edicti ratio cessat: cum ambulatoria adhuc sit ejus voluntas usque ad extremum vitæ spiritum. *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles.* Mortuo eò, non solùm ideo cessat, quòd in heredem hæc actio non detur. *d. l. 4. § ult. cum ll. seqq. ff. de alienat. jud. mut. caus. fact.* verùm etiam, quòd is, qui heredem sibi quærebat, & aliquid alicui legabat, nihil videatur dolo fecisse, aut certè nihil judicii mutandi gratiâ: cùm jure suo sit usus. *d. l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Atque ita hoc explicat Gæddæus loco præallegato: ubi & ad alia jura, quæ nostræ objici sententiæ solent, nervosè ac sufficienter respondet.* Planè hominum voluntatem ambulatoriam ac mutabilem esse, declarat suis versibus Albertus Fridericus Mellemannus *part. 4. delitiar. Poetarum. German. illustr. pag. 504.*

Rebus in humanis constantia nulla perennat:
Quid mirum, toties si varietur homo?
Pulchrum mane rubens sub vespere flosculus aret:
Arboris ecce Roma, quæ viruere cadunt.
Nil levius, Boreas quam raptat in aera, pluma:
Mobilius vento, nil, nec inane magis.
Instabilis res est, quæ semper fluctuat, unda.
Non secus inconstans volvitur usq. rota.
Est virga mens hominis, mutabiliorq. voluntas:
Flore, comis, plumâ, flatibus, amne, rotâ.

Cæterùm sub hoc titulo de tribus agitur personis: 10
de marito, de creditore pigneratitio, & de pupillo: & quæritur, an maritus prædium dotale, creditor pi-

Bnus,pupillus rem suam alienare possit? Isthæc autem
exempla ferè paradoxa putantur. In iis enim is, qui
dominus est,puta maritus &pupillus,alienare nequit?
& contrà, qui dominus non est, videlicet creditor pi-
gneratitius,alienandæ rei potestatem habet. Atqui re-
gula juris est: ut is alienare possit,qui est dominus: qui
non est,non possit. *§ per traditionem 40. suprà de rer.*
divis.l.nemo plus 54.ff.de reg.jur. l. nemo exterus 9.C.
de judæis. & dict. à l. in re mandata.21. C. mandati.
11 Primum igitur exemplum est de marito: qui licèt
constante matrimonio fundi sive dotalis,etiam inæ-
stimatæ,dominus sit,*per hunc textum nostr.l. si ego.9.*
§.1.in fin.l.quamvis 75. ff.de jure dot.l.dotale.13 §.2.
ff.de fundo dotal l.Lucius 21 §. idem respondit.4.ff.ad
municipal. l.quadam 62. ff.de acquir.rer. dom. l.si
prædium 23.C de jure dot. eam tamen invito uxore,
vel etiam consentiente, alienare aut oppignerare non
potest,*hoc principio nostro. l.unic.§. & cùm lex Iulia.*
15.C.de rei uxor.act tot.tit.ff.& C.de fundo dotal. ne
quidem similes sit.*l.dotalem 16. ff.de testament.mili-*
tis. Et sanè maritorem dotalem inæstimatam aliena-
re non permittitur,sive ea soli sit,*juribus modo allega*
tis,sive mobilis,& servando servari possit. *l.lex.quæ.*
22.C de administrat.tutor vel curat.Bart.in l 1.nu 18.
& l.æstimatis 50.ff.solut.matrim. & in auth,sive à
me.C.ad SC.Vellejan.Wesenbec.hic num.3.D.Bocerus
class 2 disput.18.thes 50.edit.2. Tametsi aliter sentiat
Forster.prædictâ disput.11.thes 4.Paulus Berens.disp.5.
ad Instit.them.3.quæst.4 & Timæus Faber disput.17.
anniversf.ad Instit.Imper.th.5 & 6. Vide quoque istam
rem latissimè explicantem Anton.Acacium de Ripolt.
variar.juris resolution. cap.11.nu.280. & multis seqq.
fol.3.4.& seqq. nec non Davidem Doringium *in bi-*
bliotheca Iurisconsulter.tom.1.verb.alienatio.nu.436.
fol.1355.& seqq.
12 Porrò maritum esse verè dominium rerum dotali-
um,non uxorem, *præter hunc textum nostrum,& d.l.*
quamvis 75.ff.de jure dot aliaq; jura,paulo antè nu.11
in medium adducta,aliis etiam rationibus atque argu-
13 mentis firmissimis comprobatur. I. Rei vindicatio
datur ei, qui verè dominus est. *l. in rem actio.23. in*
princip.& tot.tit.ff.& C.de rei vindicat.l.Quintus 27
§ cui legatum 4.ff.de aur.& argent.leg. At marito rei
vindicatio datur, ad rem dotalem amissam à posses-
sore repetendam.*l.de his.11. C.de jur.dot.l.dote ancil-*
14 *lam.9 C.de rei vindicat* Ergo rei dotalis maritus ve-
rè est dominus. Nec hoc fundamentum evertit. quòd
Imper. Alexander uxori rei vindicationem concedit.
l.mater.3 C.eod. Hæc namque lex forsan de re mulie-
ris aliâ,quàm dotali,commodè accipi poterit. *Hucq;*
15 *referatur,quod habetur infrà num.21.* II. Maritus,si
fuerit solvendo, servum dotalem manumittere po-
test. *l.servum dotalem.21.ff.de manumiss.l etsi.3. C de*
jur.dot l.1.C.de servo pignori date manumisso. Atqui
solus dominus, vel lex servum manumittit: alioqui
manumissio nulla est. *l.1.in princ.& in fin.C.commun.*
de manumiss.l.si non proprietatem 4. C.de his, qui à
non domino manumiss.sunt. III. Dos marito ante nu-
16 ptias data,non secutis nuptiis, condictione ab eo re-
petitur. *l.dotis fructum.7.§.ult.ff.de jur dot.* Ex quo
apparet,maritū dotis traditione verū dominiū fuisse
effectū, & ad eum uxorem dotis dominiu vere trans-
tulisse. Aliàs etenim non condictione, sed rei vindi-
catione mulier dotem, non secutis nuptiis, à marito
repeteret: siquidem dominus rem suam non condi-
cere,sed vindicare dicatur *§.sic itaq; discretis 14 infrà*
de actionib. IV. Traditio rei,dotis causa à domino fa- 17
cta,verum dominium transfert *dict.§ per traditionem*
40.in fin suprà de rer.divis l.sunt & alia.3. § 1. ff.de
Public.in rem act. Ergo per dotis traditionem mari-
tus verè acquirit dominium. V, Cui competit Publi- 18
ciana in rem actio, verè esset dominus, reique vindi-
cationem haberet, si à domino rem accepisset, domi-
nii transferendi causa.*l.1. & tot.tit.ff d.tit.* Sed mari-
to, si dotis nomine rem alienam bonâ fide ab uxore
acceperit,Publiciana in rem actio competit. *d.l.3.§.1.*
ff.eod.tit. Quapropter maritus dotis, ab uxore do-
minâ traditæ,dominus reverâ efficitur. VI Qui indi-
get usucapione ad acquirendum dominium rei, à non
domino bonâ fide acceptæ, is dominus effectus fuis-
set. factâ traditione à vero domino dominii transfe-
rendi causa. Nam venditor si dominus fuit mercis, 19
facit & emptorem dominum. *l.ex empto.11. §.2. ff.de*
actionib.empt. Si non fuit dominus: ad mercis acqui-
rendum dominium emptor indiget usucapione. *tot.*
tit.ff.pro emptore.l.1.ff.pro suo & similib. Atqui ma-
ritus, indiget usucapione ad acquirendum dominium
rei,in dotem à non domino bonâ fide acceptæ. *l 1.&*
ult.ff.pro dote. Ergo maritus dotis, traditæ ab uxore
dominâ,verus dominus constituitur. VII. Denique 20
nemo regulariter rei propriæ furtum committere po-
test.*l.rem mihi 21.in princ.ff.commodat.Paul.lib 2 re-*
cept.sentent.tit.31 §.si rem.quam. ibiq; Cujacius. Ast
uxor, dum matrimonium adhuc consistit, potest rei
dotalis facere furtum. *l.ob res amotas 24. ff.de av.rer.*
amot. Igitur rei dotalis domina non est uxor, sed ipse
maritus. *Ita tradunt sentiuntq; D.Collega Bocerus in*
Commentar.ad l.contractus 23 ff.de R.I.cap.4.nu.103.
edit.2.& ad § est. & aliud 3 suprà de donat. num.63.
pag.231.& seq. Wegner.disput.6. ad Instit th 8.sub li-
ter.B. Hunnius libr.2. var.resolut. jur.civil. tract.4.
quæst.14. Hilligerus in Donello enucleat. libr. 14.
cap 4. sub liter.f. allegant Marcum Lycklama libr. 7.
Membran. eclog.26. & lib. studios juris velit. 1. con-
trovers.6.
Quamvis autem verum dotis constitutæ domi- 21
nium,constante matrimonio,ad maritum pertineat:
is tamen certis casibus ipso jure dominus esse desinit:
ut dici quidem possit verè dominus,sed non perfectè,
hoc est,incommutabiliter sive revocabiliter, *argum.*
l.omnes actiones.139 § 1.ff.de regul.jur, ubi Cajus in-
quit: *Non videtur perfectè cujusq; id esse, quod ex*
causa auferri potest. Cæterùm casus, quibus mari-
tus desinit esse dotis dominus, ejusque domina uxor
constituitur, hi tres perhibentur. I. Si prædium do-
tale alienet maritus: ista alienatio ipso jure nulla est.
per hoc principium nostrum, & uxor, ut domina præ-
dii, rei vindicatione illud repetit. *dict.l.mater.3. C de*
rei vindicat. II. Si quamcunque rem aliam dota-
lem quovis modo,etiam oppignerando, maritus non
sol-

solvendo existens, alienet: ipso jure dominium ejus
rei ad uxorem redit: ut eam rem, à marito alienatam,
rei vindicatione, vel hypothecariâ actione repetere
queat. *l. ubi adhuc. 29. & l. in rebus 30. C. de jure
dot.* III. Matrimonio soluto, veluti divortio facto, et-
iam ipso jure dotis dominium ad mulierem recidit:
ut, tanquam vera domina, illam salvam & integram à
marito, aliovè possessore, revocare possit, vel rei vin-
dicatione, vel hypothecariâ, vel ex stipulatu actione.
tot tit. ff soluto matrim. dos quemadm. petat. d. l. in re-
22 *bus 30 C de jure dot. & l unic. C de rei uxor. act.* Ho-
rum casuum contemplatione ac respectu uxor rerum
dotalium domina dici potest, & quidem verè sive na-
turaliter: maritus autem (qui aliâs extra illos casus
reverâ, & citra juris fictionem & subtilitatem dotis
dominus est) fictione sive subtilitate juris. *d. l. in reb.
30. C. de iure dot.* Et nisi hæc mens & sententia hu-
23 jus legis esset: perspicuè falsa appareret. Loquitur
enim de omni dote, etiam æstimatâ, item in pondere,
numero, mensurave consistente: cùm tamen extra
omnem dubitationis aleam positum est, rei dotalis æ-
stimatæ, itemque pondere, numero, vel mensurâ con-
stantis, dominium transire ad maritum: in tantum,
ut omne ejus rei periculum sustineat, & soluto matri-
monio, non eandem rem, sed vel ejus precium, vel e-
jusdem generis & qualitatis rem restituat. *l plerunque
10 l. si rem æstimatam. 14. & ll. seqq l. res in dotem. 42.
l. cùm post divortium. 69. §. in dotem rebus 8. ff. de jur.
dot. l quotiens res æstimata 5. l. cùm dotem. 10. & l. si
inter virum. 21. C. eodem d. l. unic. §. cumque ex stipu-
latu. 9. in fine. C. de rei uxor. act.* Atque sic disertè do-
cet Dn. Collega Bocerus *dict. Commentar. de donat.
cap. 4. num. 104. & seqq. edit. 2.* Quanquam alii aliter
varièque illud explicent, *Pinelus ad l 1. C. de bon ma-
tern. part. 3 num. 12. & seqq. Cujacius lib. 10. observ.
cap 32 Donellus libr 4. Commentar. de jur civ. cap. 4.
Vaudus lib 2. quæst. 3. Corasius lib. 5. miscellan. jur civ.
cap. 14. Connanus libr. 8. Commentar. jur. civ. cap. 9.
Vultejus lib. 1. disceptat. jur. Scholastic. cap. 19. & in
hoc principio. num. 15 & ibidem Theodorus Marcilius,
Bachovius num. 4. Mynsinger. num. 2. Schneidewin.
num. 5. Heigius num. 1. & seq Locamer. liter. C. &
quæstion. juridicar fascic. 26. quæst 2. Ioannes Rober-
tus lib. 3. sentent. jur cap. 18 circa medium. Schickhard.
disput. 6. ad Institut. thes. 8. Menoch. cons. 229. num. 22.
Contardus ad l. diffamari. C. de ingen. manumiss. cap. 3.
num. 80. Arumæus exercitat. Iustinus 6. corollar. 1.
Forsterus dict. libr. 2. disput 11. thes 3. Roberus disput.
10. coronid. 1. Gubertus de dot. cap. 5. num. 4. & seqq.
Brenchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assertion. 22 edit. 2.
Hænonius disput. 6. controversia. 24 Petrus Gregorius
libr. 9. syntagm. jur. univers. cap. 10. num. 11. Ioannes
Schröter. diatrib domest. decad. 4 quæst. 10. Erasmus
Vngepaur Exercitat. Iustin. 7. quæst. 6 pag 300. cum
seqq. edit. ult. Iustus Schütz. exercitation jur. disput. 8.
corollar. 3. pag 125. D. Besoldus in compendio juris pri-
vati, dissertat 1. cap. 3. th 57. cum seq. pag. 76. Paulus
Berens dict. disput 5. ad institut. themat. 3 quæst. 1.
& Quirinus Kubach. cap. 2. quæst. illust politico jurid.
decur. 7. quæst. 6. pag. 483. & seqq.*

Cùm porro ex præsenti nostro textu manifestò 24
constet: maritum, ne consentiente quidem muliere,
fundum dotale alienare vel oppignerare posse: quæ-
ri solet; utrùm, si mulier non solùm consenserit,
sed juraverit etiam, ratam se alienationem istam ha-
bituram esse, alienatio subsistit? Et adhuc rei do-
talis alienationem vanam atque nullius momenti es-
se, jure civili indubitatum est. Tum quia factum 25
contra legem jurejurando non firmatur. *l. non du-
bium. 5. C de legibus l. jubemus 10. vers. quod etiam.
C. de sacrosanct Eccles. l si quis inquilinos 112. §. ul-
tim ff. de legat. 1 cap. non est obligatorium. 58. de regul.
jur. in 6.* Tum quia eadem de fragilitate & facilita-
te uxor ad jurandum, quâ ad consentiendum in a-
lienationem, adducitur. *l. doli exceptio. 19. vers. di-
versum. ff. de novationibus.* Tum etiam quia jura-
mentum privat mulieres dotibus suis: quia tamen
illis salvas ac integras conservari, Reipublicæ inter-
est. *l. 1 ff. soluto matrimon l. 2 ff de jure dotium.* Id- 26
coque istud, tanquam utilitati publicæ contrarium,
meritò improbatur. Cæterùm jure Canonum, si u-
xor marito dotem alienanti consentiat, eumque con-
sensum jurisjurandi religione confirmet, dotis alie-
natio rata habetur. *cùm contingat. 28. de jurejurand.
& cap. 2. eodem in 6.* *Eaque de re consulantur Cora-
sius in l qui liberos 19. num. 100. ff. de ritu nupt. & in
l soluto 2 num. 28 ff. solut matrim Prattæus in Com-
mentar. ad l. Iulian. de fundo dotal. §. certis tamen ex
causis &c. Forsterus dict. disput. 11. thes. 5. Covar-
ruvias in cap. quamvis 2. part. 2. §. 1. num. 7. & seq.
de pactis in 6 Ioannes Faber & Mynsinger hic num. 4.
Schneidewin. num. 8. & Heigius num. 33. cum seqq.
Olemannus in notis ad disput. 12. Giphanii. num. 26.
& D. Hunnius in resolut. ad Treutler. vol 2. disput. 7.
th. 9. quæst. 50 pag. 785 cum seq. & d lib. 2. var. resolut.
jur. civ. tract. 4 quæst* 15. cujus in fine subjungit: in ist-
hoc juris canonici & civilis dissidio, dispositionem ju-
ris civilis præferendam esse: tum quòd rectæ rationi 27
exactè congruat; ab ea verò jus canonicum dissideat:
tum quòd lata fenestra, & occasio optata circumveni-
endi leges, alienationem fundi dotalis prohibentes,
aperiretur.

28 Quæri & illud hoc loco poterit: an res, ex pe-
cunia dotali emptæ, fiant dotales, ita ut soluto ma-
trimonio utilis rei vindicatio pro iis uxori compe-
tat? Et ajentem sententiam (quamvis aliter statu-
ant plerique Interpretes, *Accurs. & sequaces in l. res,
qua. 54. ff. de jure dotal Duarenus in l. si cùm dotem.
22. §. ultim. ff solut matrimon. Cujacius lib. 5. observ.
cap. 29. Anton. Faber libr. 5. conjectur jur. civil. cap 9.
Iul. Pac. centur. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst 53. Tiraquell.
de retract. lignag § 32. num. 16 & Vngepaur dict.
Exercit. 10. quæst 2.*) Haud improbabiliter defen-
dit Hugo Donellus *libr. 5. Commentar. de jur. civil.
cap. 2. pag. 329.* eumque laudans Hunnius *in resolut.
ad Treutler. vol. 2. disput. 7. th. 9. quæst. 47. pag. 778.
&* Paulus Berens *disput. 5. ad Institut. them. 3.
quæst 2.* per textum *in dict. l res, qua. 54 ff de jure do-
tal.* ubi dicitur, quòd res, quæ ex dotali pecunia
com-

29 comparatæ sunt, dotales videantur, Iam verò quæ dotales sunt, hæ mulieris sunt soluto matrimonio. *l. in rebus* 30 *C. eod. tit.* Quo efficitur: res ex pecuniâ dotali emptas, videri tum esse mulieris. Vocula autem *videntur* in *dict. l.* 54. innuit, non directam actionem in rem de illis dari, quasi essent verè dotales & mulieris, sed tantum utilem, *argum. l. si mulier. 29. §. 1. cum l. seq. & l. uxor marito. 55 in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor. & l si absente 4. C. si certum petatur.* Equidem nonnulli ex dissentientibus *ad d. l. res, quæ. 54 ff. de jur. dot.* respondere conantur, dicendo: ibi pecunia dotali, res nomine & contemplatione uxoris fuisse comparatas: has verò dotales non esse, sed videri dotales: quia pecunia dotali comparatæ fuerint, & in ejus pecuniæ dotalis locum quasi surrogatæ, reverâ tamen non esse dotales. Sed frivolam & ridiculam esse hanc interpretationem ait Hunnius *dicto loco*: quia nullus *in tota ista l.* 54. extet apex vel minimus, ex quo colligere liceat, quòd pecuniâ dotali res comparatæ fuerint nomine atque intuitu uxoris. Quin potiùs cùm lex generalis sit, & indistinctè loquatur, nostrum non fuerit distinguere. *l. de pretio. 8. ff. de Public. in rem. act. l. 1. §. 1. ff. de leg. præstand.*

30 Nihil detrahit veritati hujus sententiæ textus *in l. qui aliena. 8. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, vel alienâ pec. emer. l. si ex ea pecun. 6. C. de rei vindicat. l. si patrum 4. C. commun. utriusq. judic.* ex quibus locis luculenter apparet, rem pecuniâ alterius emptam, acquiri ipsi emptori, & non pecuniæ domi-

31 no. *Etenim* ultrò ac lubenter fatemur: in adductis, & similibus textibus regulam proponi: quòd nempe res alienâ pecuniâ comparata, fiat comparantis sive ementis, & non domini pecuniæ. Verùm nobis nunc quæstio non est de regula constituendâ: sed de exceptione ab ista regula adstruenda. ac proinde asserimus, ab ista regula generali excipi rem pecunia dotali comparatam, ita ut illa efficiatur dotalis: & consequenter in illa maritus, constante matrimonio, usumfructum dominiumque habeat: uxor autem, dissoluto matrimonio, tanquam domina, rem illam recipiat. *l. in reb. 30. C. de jure dot.* Exceptio isthæc satis fundata est *in d l. 54. ff. d. tit.* Ratio porrò exceptionis in dotis favore consistit: qui multa singularia, & à juris communis regulis exorbitantia, dotibus impetravit; *arg l. 1. ff. solut. matrim.*

32 Non etiam obstat *l. ex pecunia. 12. C de jure dot.* ubi simpliciter traditur, rem emptam ex pecunia dotali acquiri marito, non uxori. *Nam* rectè ibi negatur, fundum à marito ex pecunia dotali comparatum, mulieri acquiri: quia dos constante matrimonio in mariti dominio est, non mulieris, *prædict. l. doce ancillam. 9. C. de rei vindicat. & similib. juribus suprà allegatis num. 11 & seqq.* Nostra verò quæstio concepta est eo de casu, ubi matrimonium solutum & diremptum est. *Nec* moverit, quod *in d l. 12. C. de jur. dot.* subjicitur: si mulier soluto matrimonio majorem partem dotis consecuta sit, reliquum tantùm eam persequi debere, non fundum. *Etenim* mulier utrumque, & pecuniam dotalem, & fundum inde emptum, consequi non potest: sed alterum duntaxat, prout elegerit.

Sic non refragatur *l. ult. C. de servo pignori dato manumiss.* ubi ab Imperatore Gordiano rescriptum est, maritum posse servum, ex pecunia dotali comparatum, manumittere. *Minimè* enim sequitur, manumitti potest à marito servus, ex pecunia dotali comparatus, *d. l. ult.* Ergo dotalis non est: siquidem & dotalem manumitti posse constat *ex l. dotalem 61. ff solut. matrim. l. etsi. 3. C. de jure dot. & concordantib. adductis suprà num. 15.* 33

Similiter non resistit *l. si mulier 21. ff. de pactis dotalib. & l. ita, constante. 26 ff. de jure dot.* ubi dicitur, dotem, quæ in pecunia numerata est, posse permutari, & transferri in corpora inde parata: verùm non aliter, quàm si mulier consentiat, & ei sit utile. *Longè* namque diversa sunt: fundum ex pecunia dotali emptum fieri dotalem, & fundo ex pecunia dotali empto permutari dotem in fundum. Fundus ex pecunia dotali emptus, cùm dicitur fieri dotalis, hoc dicitur: ita eum fieri dotalem, ut non idcirco desinat pecunia esse dotalis, quæ priùs fuerat. Fit igitur hoc casu utrumque dotale, & pecunia in dotem data, & fundus inde emptus. Idque rectè admittitur sine consensu mulieris: quia sine ejus & dotis incommodo contingit: quippe cùm mulier, soluto matrimonio, utrum velit, persequi valeat. At cùm dicimus, pecuniam dotalem in fundum permutari: dicimus, pecuniam desinere dotalem esse, fundum autem solum incipere esse dotalem. Hoc, nisi mulier consentiat, & ei utile sit, ideò fieri non potest: quia dotis conditio sine illius consensu deterior fieri nequit: atque adeò nec ipsa pacto suo & consensu conditionem dotis deteriorem facere potis est, *l. de die* 14. *& seqq. ff. de pactis dotalibus.* 34

Nihil quoque adversatur *l. si ex lapidicinis* 32. *ff. de jure dot.* ubi scriptum est: si ex rebus dotalibus percepta sint ea, quæ dotis non erant, sed mulieris, ut arbores vento dejectæ, ut lapis ex lapidicinis, ut partus ancillarum, & similia, atque his venditis pecunia redacta à marito: hanc pecuniam non fieri dotis, nisi voluntate mulieris res superiores venditæ fuerint. *Nam* in casu istius legis pecunia ex re non dotali percepta est. Nos verò loquimur de pecunia dotali, ex qua fundus comparatus est: ubi non mirum, si fiat & ipse dotalis pro commodo mulieris, etiam sine ejus consensu. Idcoque concludendum: rem ex pecunia dotali emptam dotalem fieri: ut consequens sit, soluto matrimonio eam rem, uti cætera, quæ sunt dotis, uxoris esse intelligi, atque ita ab ea utili actione in rem peti posse. Sic eleganter docent Donellus, Hunnius & Berens *locis suprà designatis.* Cùm quibus conferri poterunt, quæ annotavimus infrà *ad §. item pretium 2. de emption. & vendit. num. 14. & aliquot seqq.* Adde Dn. Collegam Besold. *in delibatis jur. ex lib. 23. ff. quæst. 7. pag. 82.* 35

Quæstio & illa fortassis non impertinenter hic ventilatur: utrùm maritus uxorem, ob dotem promissam, & non præstitam, domo expellere possit? Et uxorem à marito, si dos promissa ei non solvatur, ædibus extrudi, 36

trudi: domumque parentibus vel propinquis remitti posse, censuerunt *Panormitanus in cap. per vestras 7. num 4. de denat. inter vir. & uxor. & ibidem Ioannes Lup. in 8 notab. Paul. Castrens. & Alexand. ad l. in insulam 42. §. usuras 2. ff. solute matrimonio. Cynus, Baldus & Salicetus in l. quod in uxorem 13. C. de negotiis gest. Boer decis. 22. num. 1. & 2. part. 1. Iason in §. fuerat. 29. infrà de action. nu. 97. Roman. cons. 517. nu. 1. Gail. lib. 2. observ. 87. num. 2. Petrus Gregor. lib 9. syntagm. juris universi. cap. 19. num. 2. Gomez. in l. Tauri. 50 & 3 seqq. nu. 31. Martin. Coler. lib. 1. de aliment. cap. 10. num. 5. cum seqq. Herman. Meirer. lib. 2. de praeferent. cred. tit. 6. num 8. Ioannes Bapt. Costa de facti scientia, distinct 32. cent. 2 & alij.* Verùm contrariam
37 sententiam magis æquam, magisque piam judico: propterea quod matrimonia non dotibus, sed affectu & amore conjugali contrahantur, *l. jubemus 11 in fine princip. C. de repudiis l. fin. vers. sicut enim dot. C. de donationib. ante nupt. & Novell. 117 cap. 3. ibi, cùm etiam ex sole affectu possit consistere matrimonium, &c.* & quòd oporteat præferre lucro concordiam maritalem. *l. reprehendenda. 3. C. de institut. & substitut.* Hucque non parùm facit textus *in Novell 22. cap. 18. versic. quis subpetestate, &c.* ubi inter cætera expressum est: eum, qui duxit uxorem, neque dote oblatâ, neque instrumentis dotalibus factis, ob hoc expellere
38 uxorem domo non posse. Accedit, quòd jure divino & canonico uxor dimitti non possit, nec debeat, nisi ex causa adulterii. *Matth. cap. 5. v. 32. & cap. 19. v. 9. can. praecepit dominus 32 quaest. 5. can. dixit dominus cum aliquot seqq quaest 1. cap significasti. 4. & cap. ex literis 5. de divortiis.* Idque latissimè exposuimus *ad § sunt & aliæ. 11. suprà de nuptiis, num. 32. & multis seqq.*
39 Neque huic decisioni contradicit textus *in l. ult. C. ad senatusconsult. Vellejan.* ubi rescriptum est ab Imp. Iustiniano: non ferendum esse, quasi casu fortuito interveniente, mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsitan repelli, & distrahi matrimonium. *Nam* ibi Imperator non permittit, ut vir uxorem expellat propter dotem non solutam: sed loquitur tantùm de periculo, ne tali casu matrimonium distrahatur,
40 de facto scilicet, non de jure. Idemque sensus est *dicti cap. per vestras 7. de denat. inter virer. & uxor.* ubi similiter Pontifex indicat, periculum esse, ne vir ob dotem minùs solutam uxorem dimittat, de facto scilicet; & inde adulterii committendi occasio o iatur.
41 Pariliter non obstat hoc argumentum: Deficiente conditione contractûs, deficit quoque ipse contractus; & retrò pro non facto habetur, *arg. principii tit. infrà de empt. & vendit & principii tit. infrà de locat. & conduct.* Atqui matrimonium propositio in casu erat sub hac conditione, & dote nec solutâ, deficiet quoque matrimonii contractus, & retrò pro infecto habebitur. Hoc, *inquam*, argumentum non obstat. *Tum* quia negarut, matrimonium sub conditione solutæ dotis esse initum. *Tum* quia posito eo, non tamen concesso: major propositio locum non habet in actibus jam perfectis & consummatis. Vnde etsi conditio est post matrimonium contractum ac consummatum deficiet: non tamen propterea matrimonium dissolvetur: præsertim cùm ejus Auctor sit Deus, *Matth. d. cap. 19.*

Non item advetsatur *l. si denaturus 9. §. 1. ff. de cond. caus. dot. al.* ubi Paulus indicat, maritum, cui dos promissa non solvitur, decipi: eum verò decipiendum non esse. Cui consequens est: ut vel dos promissa solvi debeat: vel, si uxor ejusve parentes dotem solvere nequeant, illa repudiari possit. Alioquin enim deciperetur maritus: si, dote promissâ non acceptâ, uxorem retinere cogeretur. Lex, *inquam*, ista non adversatur. Nam responderi poterit: maritum falsâ dotis promissione non esse decipiendum; nec impunè ferre oportere mulierem, quæ hujusmodi fraude & dolosa machinatione utitur: ex eo tamen minimè sequi, quòd matrimonium propterea sit dirimendum. Nec etenim rectè infertur hoc modo: Non est decipiendus in contractu matrimonii maritus: ergo si deceptus fuerit, contractus matrimonii venit rescindendus. 42

Similiter non resistit. *l. cùm pater. 12. ff. de pact. dotalibus.* in cujus medio expressè scribitur; indignissimum esse, mulierem indotatam duci, & fructum dotis ab oneribus matrimonii s parari. *Indignissimum* namque esse non negatur, dotem promissam non solvi. Verùm ex eo minus rectè colligitur: quòd ob dotem non solutam sit faciendum divortium. Nullibi quippe justis divortii causis dos non soluta annumeratur. *l. consensu. 8. §. 2. C. de repudiis. Novell. 22. Novel 117. cap. 8. & seqq.* 43

Præterea non obest *l si cum dotem. 22 § sin autem 8. ff. soluto matrim.* ubi dicitur, maritum uxorem furiosam repudiare non posse: sed cogi ei medicinam adhibere secundùm quantitatem dotis. Vnde infertur à contrario sensu & si uxor furiosa nullam dotem habuerit, maritum eam repudiare posse, nec ipsam alere teneri. Non, *inquam*, lex illa obest. Cùm enim argumentum ex ea petitum à contrario tantùm sensu concludat, & absurdam, planèque inhumanam sententiam inferat: nullius momenti esse reputatur, *per not. a. Everhardi à Midelburg. in loc. legalib. loc. à contrario sens. nu. 4. & seqq.* 44

Nihil quoque movet, quòd contractus, ad quem incundum quis dolo inductus est, retractari possit *l. si dolo. 5. C. de rescind. vendit. & tot. tit. ff. & C. de dolo malo.* Matrimonium autem, ad quod quis vanâ spe & falsa promissione dotis inductus est, sit talis contractus, qui dolo initus est. *Nam respondetur:* tum demum contractum propter dolum, causam ei dantem, rescindi, quando dolus est commissus circa ipsam contractum; non verò circa adjunctum & accidens contractûs. Hujusmodi quippe dolus, quoniam extra contractûs substantiam est, ipsum contractum vitiare aut nullum reddere non potest. Atqui in propatulo est, quòd dolus ac deceptio in proposita quæstione non circa ipsum matrimonium, sed duntaxat circa adjunctum & accidens matrimonii separabile committatur. Dos siquidem non est substantialis pars matrimonii, nec adjunctum inseparabile, sine quo non possit conjugium subsistere: sed adjunctum separabile. 45

bile, quod abesse potest, salvâ conjugii substantiâ. *l. fin. circa princip. C. de donationib ante nupt. l fin. C. de repud. Novell. 117. cap. 3.*

47 Nihil deniq; nostræ assertioni detrahit glossa, communiter approbata, *in Novell. 2 cap. ult.* super verbo, *onera.* ubi dicit, iniquum esse, quòd uxor alatur à viro, non traditâ dote sibi promissa, *argum l si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. caus data, &c.* Licèt enim illud negari non possit: haud tamen ex eo rectè infertur: uxorem posse à viro, ob dotem non solutam, à conjugali cōsortio repelli, *contra d. l jubemus 11 C. de repud. & alia jura, superiùs allata.* Atque hanc amplectuntur sententiam *Didacus Covarruv. in Epitom. de sponsalib. part. 2. cap 7. num. 2. Benstius de matrimon. cap 66. Hotomannus in tractat. de dote. num, 71 cum seq Alberic. Gentil de nupt. libr. 6. cap. 5. Fachineus libr. 3 controversiar. juridic. cap. 48. eosque referens Osualdus Hilliger. in Donell. enucleat. libr. 13. cap 21. ad liter. K.* Quibus adjiciendus est Hunnius *in resolut. ad Treutleri volum 2. disput. 7. th 5. quæst. 37. pag 731. cum seqq.* & Paulus Berens *disput. 5 ad Institut. them. 3. quæst. 3.*

§. Contrà autem. 1.

Contrà autem creditor pignus ex pactione quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quòd voluntate debitoris intelligitur pignus alienari: quia ab initio contractûs pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed nec creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temerè suarum rerum dominium amittere viderentur: nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quam pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utriq; parti, creditorum & debitorum, satis abundè provisum est.

SVMMARIA.

1 *Proponitur facti species sive casus ad hunc §.*
2 *An & quatenus creditor pignus distrahere, sibiq; de precio satisfacere queat*
3 *Pacta servanda sunt, eaq; solent formam dare contractibus.*
4 *Utrùm pignus statim, post trinam denunciationem ritè factam, distrahi possit; an verò adhuc biennium expectari debeat.*
5 *Mens & sententia l. ult. C. de jure domin. impetrand.*

1 SEcundum exemplum hoc §. proponitur superiori planè contrarium, in quo qui dominus non est, tamen alienare potest: velut in hac specie contingit: Centum à te solidos sive aureos mutuò accepi, fundumque tibi meum in causam pignoris obligavi, ac tecum conveni, ut anno elapso, & debito non exoluto, pignus tibi vendere liceat. Ecce tu creditor, licèt dominus fundi oppignerati non sis. *l. rescriptum 12. in princip. ff. de distract. pignor. l. si is, qui. 66 in princ. ff. de furt. l. pignus 9. C. de pignor. act.* rectè tamen cum alienas; idque ex pacto & voluntate meâ: quia ab initio contractus eam potestatem tibi creditori dedi, ut pignus, morâ in solvendo à me commissa, vendere posses, *l. si convenit 4. ff. de pignerat. act. l. non est novum 46. ff de acquir. rer. domin.* Sanè, debitore in solutione cessante, creditorem (sive de distrahendo pignore nominatim convenerit, sive non) distrahendi pignus, sibique de precio satisfaciendi potestatem habere, liquet *ex dict. l. 4 ff. de pignerat. action. l si cessante. 7. l. quæ specialiter 9. l. si in hoc. 14. C. de distract. pignorat & l. 1. Cod. de pact. pignorat.* Sed & tunc pignus distrahere licebit, quando apertè convenit; ne distraheretur: si modò ter admonitus debitor non solverit. *dict. l. 4. in fine. ff. de pignorat. action.* 2

Nec huic obstat, quòd pacta servanda sint, eaque violare grave sit. *l. in princip ff. de pact. & l 1. ff de constitut. pecun.* & alias pacta conventa soleant formam dare contractibus. *l. juris gentium 7. §. quinimò. 5. ff. de pact.* Pignus enim contra conventionem hic non venditur. Nam cùm ab initio convenit, ut res pignori esset: vi ipsa convenisse intelligitur, ut distrahere liceret. Ius siquidem pignus distrahendi ita pignoris proprium est, ut ab eo separari nequeat. *argum l. creditor. 3. § ult ff. qui potiores in pignor. vel hypoth. hab.* Cùm ergo hoc ita convenerit ab initio, ut rem distrahere liceret: non debemus, neque possumus posteriorem conventionem sic interpretari, quasi omnino pignus distrahere non liceat: alioquin hoc ageretur, ut pignus non esset pignus. Quare posteriorem conventionem ita commodè interpretari oportet; ut non liceat pignus distrahere, antequam constet, extremam frustrationem debitoris præcedere. Id autem tunc fit, quando post trinam denunciationem, non unâ vice (*solve, solve, solve*) aut uno die, sed interposito ad minimum decem dierum intervallo, *argum. l properandum. 13. §. & si quidem 2. C. de judic l. ad peremptorium 68. cum l. seq ff eod. l promissor. 21. § 1 in fin. ff. de constitut pecun.* testato à creditore factam. *L creditor. 4. D. de distract. pignor* debitor non solvit. *d. l. si convenit. 4. in fine ff. de pignor. action Donell in tractat. de pignorib. cap. 12. Vngepaur. Exercit. Iustin. 10. quæst 7.* 3

Sed utrùm statim post factam istam denunciationem pignus distrahi queat, an verò adhuc biennium expectari debeat, eoque demum elapso ad distractionem pignoris perveniri possit, valde controversum est? Pleriquc existimant, post interpellationem factam opus esse, ut adhuc biennium expectetur. *Accurs. Bartol. & alii in d. l. 4 ff. de pignorat. act. Schneidevvin. hic nu 4. Borcholt. num. 5. Mynsinger. num. 6. & alii. Soarez in thesaur. recept. sentent lit. P. nu. 116. Celer. de processib. execut. part. 3 cap. 9 nu. 99. Hunnius libr. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 17. Timanus Faber. disput. 17. ad Institut. Imperial. th 7.* Verùm pro contraria opinione, quam ego veritati magis consonam esse arbitror, haud parùm facit textus *in dict. l. si cessante. 7. C. de distractione pignor.* ubi Gordianus 4

Imp.

Imp. rescripsit, si pignus, cessante solutione, à creditore venditum sit: venditionem revocari, iniquum esse. Ex quo colligere promptum est: pignus statim à creditore distrahi posse, simulatque pecunia deberi cœperit, & debitor in solutione cessaverit. Idque adeò procedere certum est; ut, quamvis creditor, ut interpellato debitore, ut solveret, pignus distraxerit; tamen placeat, ratam esse venditionem, si distraxerit, priusquam debitor pecuniam offerret. *l. si priusquàm 8. C. de tit.* Quò confert etiam *l. debiterib. 18. C. de administrat. tutor. vel curator.* ex quâ itidem patescit: pignus, post denunciationem debitori ritè factam, confestim distrahi posse. Quin & *in praalleg. l. 4. ff. de pignerat. act.* ad hoc, ut pignus distrahi queat, nihil requiritur ampliùs, quàm ut post ternam denunciationem debitor cessârit, adeoque moram in solvenda pecunia fecerit. Denique id ipsum evidens ratio confirmat: quòd videlicet creditori, si tanto tempore expectare cogeretur, antequam pignus distraheret, pignus propè inutile constitueretur. Quæ jura & rationes nequaquam abrogatæ sunt & emendatæ (ut contrarium statuentes scribunt) *per textum in l. ult. C. de jure domin. impetrand.* Lex namque isthæc non agit de pignoris distractione: sed ad eos duntaxat pertinet, qui jus dominii in pignore impetrare volunt, *ut praclarè notârunt Donellus in dict. tractat. de pigneribus. cap. 12. D. Collega Boerius class. 2. disput. 12. thes. 77. liter. e. edit. 2. Bronchorst. centur. 2. εναντιοφανῶν assertat. 98. edit. 2. Arumaus Exercitat. Iustin. 12. thes. ultim. Hagius in hoc §. nostro. numer. 12. & 13.* Idque fusiùs explanavimus infrà *ad §. creditor. 4. titul. quibus modis re contrahit. obligat. numer. 230. & seqq.*

§. *Nunc admonendi.* 2.

Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuò minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt; condici possunt: si mala fide, ad exhibendum de his agi potest. At ex contrario, omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate rectè dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat: necessaria est debitori tutoris auctoritas, alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses Advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus: qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere: ut priùs judicialis sententia, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si & judex pronunciaverit, & debitor solverit: sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quàm disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat: per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quòd si malè consumpserit, aut furto, aut vi amiserit: nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temerè sine tutoris auctoritate, & non secundùm nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso, pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt: quia id, quod solvunt, non fit accipientis: cùm scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

SVMMARIA.

1 *Pupillus res sine tutore alienare nequit*
2 *Pupillus rem suam meliorem facere potest sine tutoris auctoritate: deteriorem non item*
3 *Pupillus absq; tutore mutuans, non contrahit mutuum*
4 *Res extantes licèt vindicari nequeant: tamen condici possunt.*
5 *Quis ad exhibendum actione teneatur*
6 *Minor curatorem habens, quatenus res suas alienare valeat*
7 *Non solùm res immobiles dominium; sed possessio etiam, citra judicis decretum, à minore alienari non potest*
8 *Ad dominium pervenitur per possessionem*
9 *Intellectus l. possessionem 28. ff. de acquir. vel amitt. possess.*
10 *Quatenus is, qui possessionem omittit, alienare dicatur*
11 *An minor sine decreto rem immobilem alienare possit, si alienatio ipsa minori futura sit utilis*
12 *Alienatio rerum immobilium non aliter à prætore potest concedi, quam si æris alieni dissolvendi necessitas urgeat*
13 *Explicatio l. cùm hi. 8. §. eam transactionem 6. ff. de transactionib.*
14 *Expositio l. non committis 14. C. de procuratoribus*
15 *Favore alicujus receptum, non debet retorqueri in ejus odium & num. 18.*
16 *Declaratio l. ult. ff. de jure dot.*
17 *Alia objectio diluitur*
18 *Consideratio l. 3. §. 5. vers. divus ff. de Carbon. edict.*
19 *Consideratio auth. item prædium C. de SS. Eccles.*
20 *An & quatenus contractus minoris ipso jure nullus, per juramentum ipsius confirmetur*
21 *Juramentum est quippiam spirituale*
22 *Quatenus juramentum minorem efficiat majorem*
23 *Sententia l. non dubium 5. C. de legibus*
24 *Pupillo omnes res sine tutore dari possunt*
25 *Dare quid sit*
26 *Minus est actionem habere, quàm rem ipsam*
27 *Num debitor, pupillo solvens sine tutoris auctoritate, liberetur*
28 *Quid juris, si solutio cum tutoris auctoritate pupillo facta fuerit*
29 *Quid item, si judicis decretum de solvendo intervenisset*
30 *Necessitas excusat*
31 *Beneficium in integrum restitutionis cui minori tribuatur*
32 *Contrahens scire debet conditionem ejus, cum quo contrahit*

13 *Dolo facit, qui hic idem exigit, & cum alterius damno locupletari cupit.*

14 *An & quatenus tutori vel curatori tutò solui possit, remissivè.*

HOc loco tertium affertur exemplum simile primo. Pupillus enim quamvis rerum suarum sit 1 dominus: eas tamen ob consilii infirmitatem, imperfectæ ætatis comitem, sine tutoris auctoritate alienare non potest *l. pupillus 11 ff. de acquir. rer. domin. l. obligari. 9. ff. de auctor & consens. tutor. l. pupill. 15. ff. de solutionib. & hoc §. nostro.* Hocque jus non ignoravit Apostolus Paulus, cùm *ad Galat. cap. 4 v. 1. 2.* sic scribit: *Quamdiu heres parvulus sive pupillus est, nihil differt à servo, tametsi dominus sit omnium: sed sub tutoribus & actoribus est, usq; ad præfinitum tempus à patre.* Beatus quoque Ambrosius huic loco convenienter ita scriptum reliquit: *Parvuli heredes nomen nudum hereditatis, non auctoritatem usurpant: jubendi jus & utendi non habent, qui plenitudinem suæ ætatis expectant, ut à curatoribus liberentur, lib. 9 Epist. ad Clementianum referente hîc Rittershusius.* 2 Ejusque juris ratio haud obscura est: quia pupillus sine tutore rem suam meliorem quidem facere potest: deteriorem verò non item, *initiò tit. suprà de auctoritatib. tutor. l. contra juris 28. in fine princip. ff. de pact.* Alienando autem deteriorem haud dubie facit. Cujus rei exemplum hîc proponitur in mutuo, quòd pupillus sine tutoris auctoritate dare nequit. 3 Quòd si mutuam pecuniam absque tutoris auctoritate alicui dederit, obligationem non contrahit, id est, non est mutuum: propterea quòd mutuum non contrahitur, nisi id, quod datur, fiat accipientis *l. 2. §. 2. ff. de rebus creditorib. & initiò tit. infrà quib. modis re contrahit. obligat.* Ideoque nummi, sicubi extant, nec ab accipiente consumpti sunt, vindicari sive in rem actione repeti possunt. Sin consumpti, id est, alienati, vel cùm aliis confusi fuerint bonâ fide ab eo, qui accepit, condici queunt. *l. non omnis 19. § 1. ff. de* 4 *reb. creditorib. si cert. petet.* Nam regula juris est: quòd res extinctæ licèt vindicari nequeant; condici tamen possint *§. si tamen 26. suprà de rer. divis. Locamerus quæstionum juridicar. f. sect. 26. quæst. 4.* Quòd si verò mala fide sint consumpti, hoc est, si is, qui pecuniam mutuam accepit, sciverit, pupillum esse, cum quo contraxit: hoc casu pupillus ad exhibendum agere potest: non quòd consumpta, res queat exhiberi: sed quia parem esse conditionem ejus oporteat, qui quid possidet vel habet, atque ejus, cujus dolo malo factum est, quo minùs possideret vel haberet. *l. parem 150. &* 5 *l. qui dolo. 131. ff. de reg. jur.* Proinde non tantùm ille ad exhibendum actione tenetur, qui possidet: sed etiam is, qui dolo fecit, quò minus exhibere posset. *l. rogasti. 11. in fine ff. de rebus creditorib. si cert. petet. l. ad exhibendum 5. C. ad exhibendum. De condictione & actione ad exhibendum plura notatu haud indigna affert Buchovius hîc numer. 2. & sequentib. pag. 383.*

Quod porrò de pupillo & impubere hoc loco tra- 6 ditur: etiam ad minorem seu puberem pertinet. Is enim curatorem habens, quamvis sit rerum suarum dominus; eas tamen citra consensum & auctoritatem curatoris alienare nequit. *l. si curatorem 3. C. de in integr. restitut.* Tutore autem vel curatore consentiente, alienatio à pupillo vel pubere facta valet: si modo in rei immobilis alienatione, justa alienandi causa intervenerit, & judicis decretum de re alienandâ præcesserit: quibus deficientibus, nullius momenti rerum immobilium distractio erit. *l. 1. & tot. tit. ff. de rebus eorum, qui sub tutelâ, vel cura sunt, sine decreto non alienand. l. 1 l. non solùm. 4. l. minorum. 6. l. si minor. 15. l. si præd. 16 & tot. tit. C. de præd. & aliis rebus minorib. sine decret. non alien. l. lex, quæ tutores 22. C. de administrat. tutor. vel curator.* Illudque adeò procedit, ut non solùm rei immobilis dominium, sed pos- 7 sessio etiam absque judicis decreto à minore alienari non possit, *per textum ad hoc singularem in l. magis puto. 5. §. si pupillus 2. ff. de rebus eorum, qui sub tutel. vel cura sunt, &c.* ubi disertè responsum est, quòd tutores sine decreto non possint alienare fundum alienum, bona fide à pupillo possessum. Eodem quoque 8 facit, quòd per possessionem pervenitur ad acquisitionem dominii, *initio tit. suprà de usucap.* Ergo minor jus istud, quod habet, sine decreto alienare non potest: cùm quolibet jus alienare non potest: cùm quodlibet jus alienare prohibeatur. *l. sed si pecuniæ. 3. § si jus 4. ff. de rebus eorum, qui sub tutela, &c.* Ita tenent docentque Bartolus. *in repetitione l. creditores. 3. quæst. 1. princip. sub num. 5. C. de pignorib. & hypothec. Angel. in l. is, cui bonis. 6. ff. de verb. obligat. Tiraquell. de legib. connubialib. gloss. 5. num. 160. & 170. Hippolyt. Riminald. hîc num. 18. & seq. hosq; laudans Octavius Simoncellus in tractat. de decretis, &c. libr. 3 tit. 8. inspect. 8. num. 59.* ubi asserit, hanc opinionem tanquam verissimam, jurique consonam, ac minoribus favorabilem, sequendam esse. Cui & ego lubens subscribo: tametsi contrarium plerique amplectantur, *Iacob. de Aren. Nicol. de Neapolit. Bald. & Alberic. de Rosat. in d. l. magis puto. 5. in princ. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. Salicet. in l. ult. C. de fidejuss. minor. Alexander in l. possessionem 29. nu. 3 ff. de acquir. vel amitt. possess. Iason. in l. § si vir uxori. 4. ff. eodem. num. 14.*

Cæterùm hos Interpretes non juvat textus *in d. l.* 9 *possessionem. 29. ff. d. tit.* ubi à contrario sensu colligitur: possessionem à minore sive pupillo cum curatore vel tutore distrahi posse. *Nam* expedita responsio est: quòd propterea non excludatur decretum judicis, sed subintelligatur, præsupponendo terminos habiles, *argum. l. qui testamento. 20. ff. qui testam. fac. poss.*

Similiter dissentientes minimè juvat hæc argumen- 10 tatio: Qui possessionem duntaxat omittit, non alienat. *l. si. si res 4. §. 1. vers. neq; enim ff. de alienat. judic. mutandi caus. fact. l. non alienat. 119 ff. de regul. jur.* Ergo poterit simplex & nuda possessio sine decreto in alium transferri. *Etenim respondetur:* eum, qui omittit possessionem, non alienare, ut sc. teneatur edicto, judicii mutandi causa concepto, *de quo in dictis legib.* At quo ad alios effectos, possessionem transferens, alienare possessionem dicitur. *Verùm id latiùs explicat Simoncell. d. lib. 3 tit. 8. inspect. 8. nu. 38.*

Quæ-

11 Quæstio hoc loco difficilis & controversa occurrit: an minor absque judicis decreto rem immobilem alienare possit, si alienatio isthæc minori futura sit utilis? Et quidem multi statuerunt; utilitate minoris hoc exigente, rem ejusdem immobilem, sine prætoris permissu, curatoris tantum vel tutoris auctoritate adhibita, alienari & distrahi posse. *Specular in tit. de empt. & vendit. § nunc dicendum restat. vers. hoc quoque. Accurs. & Bald. in l cùm hi. 8. § eam transactionem. 6 ff. de transactionibus. Alexand. in l mutum 5 § ult. ff. de acquir. vel omitt. hered. Iacob. Aretin. in l. magis puto. 5 § si as alienum. 14. ff. de reb eorum, &c. Iason in l. non eo minùs 14. num 3 C. de procuratorib. & §. actionum. 28. n. 43. infr. de actionib. Barbat. in rubric. de reb. Eccles. non alienand. colum 4. versic tertiò limita. & consil. 35. incip. sapienter colum penultim. vers. modò in proposito libr. 2. Socin junior. consil. 28 quia difficultas. sub num. 10. vers secundò facit. l. 2 Ludovic. de Alpher. inter cons. criminum diversor. consil. 151. num. 31. & seq. tom 1. Bertachin. in repertorio, in verbo, alienatio v. 50. in secunda fallent Gulielm. Redoan. in tract. de alien. rer. Ecclesiar. in rubr. de causa utilitatis. num. 185. & seq. fol. 133 Ioc. Novell. in tract. de jure congrui. §. 1. nu. 89. Tiraquell. de legib. connubial glos. 8. numer. 62. cum seq. & cateri per eum allegati.* Sed horum opinionem ali numero plures haud sine evidenti ratione improbarunt, *Iacobus Butrigiarius. Bartol. Angel. Alberic Fulg & Castrens. in dict. l cum his. 8. §. eam transactionem. ff de transaction Baldus sibi parùm constans in l. si pupillorum 7 in fine principii ff. de reb. cor. qui sub tutel & in l. ult § necessitate. col 5. vers & idee C de bon. q ua liber. Ripa in l. u. cui bonis 6. numer. 47. ff de verb. obligat. Petr. Stella in repetit. l. si duobus. 12. §. si prius. num. 25 ff de bonor. possess. contra tabul. August Beroius in c. 1. num 147. de integr. restit. & consil. 32 n. 2. cons 83. numer 5. & cons. 183. numer 3 libr 1. Barbat. sibi contrarius inter cons. Curtius senior cons 64 col. 20. Ruinus cons. 63. numer. 12. cons 69. col. 5. vers non obstat igitur. & consil. 189. numer. 11. libr. 1. Natta cons. 631. numer. 35 libr 3 Roland. à Valle. cons. 90. numer. 33. & seqq libr. 1. cons. 54. numer. 42. libr. 2. cons. 7 numer. 26. l. br. 3. Ceph. cons. 207. numero 29. libr. 2 Franc Bursatus cons. 82. numer. 21 libr. 1 Hieronym. Gabriel cons. 30. numer. 47 volum. 1. Fabian. de mont. in tractat. de empt. & vendit. 4. quest princip vers nonò que o sub numer. 20. Menochius de arbitr. judic centur. 2. cas 171 numer 60 & seq libr. 2. Pinel in repetit. leg. 1. part 3. numer 31. C. de bon. matern hisque cum aliis referens Simoncell. in dict. tract de decret. libr. 3. tit 8. n spect. 17. numer. 125.* Quibus adstipulantur Fachineus *libr. 3. controvers. jur. cap. 3.* Leopoldus Hackelman. *illustr. question, disput. 3 thes. 14. ad lit. c.* & Doringius *in bibliotheca Iurisconsultorum. dict. tom. 1. verb. alienatio.*
12 *numer. 404. extens 22. fol 1345. & sequent.* Nam quod alienatio rerum immobilium, necessitate æris alieni exolvendi non urgente, à Prætore concedi non possit, quamvis utilis alienatio minori futura sit, luculenter probat *dict. l. magis puto. 5 § si as alienum 14 ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c.* ubi si tutores allegent expedire, prædia pupilli vendi, & alia comparari, vel istis carere: prætori non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, *si as alienum immineat.* Ad idem confirmandum adduci potest. *l si fundus 13. in princip ff eod.* ubi fundus sterilis vel saxosus sine decreto distrahi prohibetur: quam tamen distractionem cum minoris utilitate conjunctam esse, certum est. Eandem quoque assertionem manifestè corroborat *l. ob as alienum 12. C. de prædiis, & aliis rebus minor. sine decreto non alienand.* ubi rescriptum est: propter æs tantum alienum dissolvendum, prædia minoris distrahi posse. Quibus verbis edocemur: æris alieni necessitate non urgente, distractionem prædiorum planè intermittendam esse: adeoque utilitatem solam non posse neque debere Prætorem movere; ut rei immobilis alienationem decernat.

Non obstat huic sententiæ *dict. l. cum hi. 8. §. eam transactionem. 6. ff de transactionib.* ubi licèt prohibita sit transactio, de alimentis testamento relictis, citra prætoris auctoritatem & decretum facta: eadem tamen transactio sine decreto subsistit, si alimentarius transigens meliorem suam conditionem efficiat. *Etenim* parata est responsio: quòd videlicet transactio de alimentis, sine auctoritate prætoris celebrata, valeat, si modò *(ut in dict. l. 8. §. 6.)* major transegerit: qui cùm firmum jam habeat animi integri judicium, haud ita facilè poterit decipi: sed potius probè discerneret, quæ sibi utilia futura, vel non, sint. Secus est in minore: qui cùm judicio & prudentiâ careat: non fuit alienatio rerum ejusdem immobilium arbitrio curatoris & prætoris committenda, nisi summa æris alieni dissolvendi necessitas id flagitasset. Non enim difficulter in rerum immobilium alienatione circumscribi poterat: etsi maximè prætoris & curatoris auctoritas ad alienationem adhiberetur. Noluit igitur lex, minorem sive pupillum, sine causa evidentis necessitatis, huic circumscriptionis periculo, ratione rerum immobilium, quæ maximi sunt momenti, obnoxium esse *dict. l. magis puto. 5 § si as alienum. 14. ff. de rebus eorum qui sub tutela. &c.* 13

Non item obstat, quod scientia contra minorem indefensum lata, non valeat: pro ipso verò lata, ipso jure subsistat, *rescribente Imp. Gordiano in l. non eo minus. 14 C. de procuratoribus.* Nam idcirco sententia secundùm minorem, licèt indefensum, pronunciata subsistit: quia nullam aliam ob causam ei curatorem dari lex voluit, quàm ut defenderetur, ne causam amitteret. Quare cùm victoriam reportat: meritò sententia valet: siquidem ratio legis cessat. Nec quod favore minoris receptum est, in odium ejus & incommodum retorqueri debet, *l. nulla 25 ff de legibus. & l. quod favore. 6. C. eod.* Idque exquisitiùs declaravi *ad §. 1. infr. de in. per quos agere poss. numero. 18. & aliquot sequentib.* 14 15

Pariter non obsistit *l. ult. ff. de jure dot.* ubi Scævola respondit, valere fundi dotalis alienationem, si ea mulieri profutura sit. *Ibi namq.* fundus dotalis, minus fructuosus, ideò alienatur, ut creditoribus urgentibus satisfiat: quod & in fundo pupillari facile recipitur. *d. l. ob as alienum. 12. C. de prædiis, & aliis reb. minor. sin. decr. non alienand.* 16

15 Sic quoque nihil ad rem pertinet, quòd ubi minor suam conditionem meliorem facit, & locupletior ex contractu redditur, obligetur, *l. si pupilli. 6. in princip ff. de negoc. gest. l. pupillus. 5. §. 1 ff. de auctorit. & consens. tutor. l cui bonis 3. ff. de novat. & delegat.* Quaudoquidem non negatur: minorem sive pupillum obligari, quatenus ex contractu locupletior efficitur. At nostro casu non agitur de obligatione minoris: sed de rei immobilis alienatione; quæ, quantumvis in utilitatem minoris reddimr, planissimè prohibita est. Alienandi quippe facultas eo duntaxat casu est permissa, quo æs alienum urgeat. *d l magis puto. 5. § si ær alienū. ff. de reb. eor. qui sub tutel. & similib.* Unde hac causa cessante, cessit etiam alienatio, cum decreto prætoris facta, *arg l. adigere. 6. §. quamvis ff. de jur patronat. c. cum cessante. 60 ext. de appellat. Fachin d. lib 3. c. 3. ad finem.*

16 Prætereanon adversatur *l. Carbonianum. 3. §. dua autem. 5. vers. Divus etiam Hadrianus. in fin. ff de Carbonian. edict.* ubi expressè dicitur, non debere adversus pupillos seu minores observari, quod pro ipsis excogitatum, adeòque in favorem eorum introductum est. Concordat *d. l. quod favore. 6. C. de legib. cum concordantib.* Quia Legumlatores longè favorabilius & utilius fore minoribus judicarunt, si alienatio rerum immobilium, æris tantùm alieni causa, non etiam ob utilitatem, concederetur. Quamvis enim semel atque iterum alienatio, quæ utilis apprimè apparet, in minoris commodum cedat: multò tamen sæpius accidere solet, ut alienatio ista damnosa evadat, etsi magnam primâ facie præ se ferat utilitatem. Itaque non absurdum, aut iniquum, sed potius æquissimum est: alienationem illam indistinctè impediri: ne, eâ concessa, minores sæpiùs deciperentur, quàm commodo aliquo afficerentur, *arg §. 1. supr. de auctorit. tutorum.*

19 Denique nihil quicquam refragatur *Auth item prædium. C. de SS. Eccles.* ex qua cùm eluceat, rem Ecclesiæ immobilem, propter utilitatem, alienari posse: idem in propositâ quæstione dicendum videtur. *Nam respondendum:* diversam esse rationem inter ecclesiam & minorem. Cum enim Ecclesia nunquam possit effici major: lex faciliùs dispensat, ut in casu sibi utili distrahere valeat: secus verò in minore, qui propter ætatem brevi forsitan major effici, sicque quid e re suâ futurum, ipse intelligere poterit. *Atque hanc diversitatis rationem tradidit Dynus & Alberic in d. l. si fundus. 13. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. Bartol. in dict. l. si pupillorum 7. in princip. ff. eod. Ioan. de Imol. in c. ut super. 8. de reb. Eccles. alienand. vel non. Augustin. Beroius d consil. 83. numer. 16. vol. 1. Roland. de Curt. consil. 123 num. 66. Hippolyt. Rimin. cons. 7. num. 106. lib. 1. Capic. decis. 113. num. 7. & Sarmientus in tract. de reddit. Ecclesiast. part. 1 c. 2. num. 24. eorq. laudans Simoncellus prædicto lib. 3. de decret. t. 8 inspect. 17. num 127.* Ex quibus omnibus, hactenus expositis, concludere procive est: alienationem rei immobilis, utilitatis causa à minore factam, ipso jure esse nullam: tametsi curatoris & prætoris auctoritas intervenerit. Quod tamen ex communi Doctorum sententia accipiendum est cum hac limitatione; nisi jurayerit minor, se alienationi non contraventurum, *Auth. sacramenta puberum. C si adversus venditionem.*

20 Quanquam existimant, juramento minoris non confirmari contractum ipso jure nullum; sed illum tantummodo, qui ipso jure valet, & per in integrum restitutionem rescindi potest, *Bulgar. Cynus. Sichardus & alii in d auth. sacramenta puberum. Hunnius in resolut. ad Treutlor. vol. 1. disp. 11. th. 9. quæst. 69 pag. 826. & seq.* sanior tamen & receptior eorum traditio est, qui autumant: illum etiam contractum, qui propter defectum decreti judicis, vel auctoritatis curatoris, vel justæ alienandi causæ, ipso jure nullus est, per juramentum minoris robur accipere ac confirmari. 21 Ejusque ratio hæc assignatur: quia juramentum, cùm quippiam sit spirituale (eo siquidem quis Deo obligatur, idque animam concernit) efficit, ut minor, qui jurat, pro majore habeatur, *cap ultim de judic. in 6. gloss. Bart. Bald. Salicet. Castrens. Iason, Cornens, Franc. Curt. jun. & cæteri. in d. auth. sacramenta puberum. C. si advers. venditionem. Alexand. consil. 27 colum. 2 libr. 1. Natta cons. 631. nu. 8 lib. 3. Cephal. cons 207. num. 7. lib. 2. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à vi, energia, seu efficacia juramenti, numer. 2. 5. & seqq. Gomez. lib 2. variar. resolut cap. 14 num. 18 & seqq.* Ut ergo contractus & alienationes à majoribus factæ, simpliciter absque juramento ratæ habentur: sic etiam contractus & alienationes à minoribus, mediante jurisjurandi religione, celebratæ; ratæ haberi, & firmiter custodiri debent.

Nec obstat, quod dissentientes objectant: eâdem facilitate, qua minor inducitur ad contrahendum, induci quoque ad jurandum: ipsumque juramentum repræsentare quidem minorem majorem, at non facere eum sagacem aut prudentem, *argum. l. dolo. 19. vers. diversum est. ff. de novationib.* 22 Illud enim negatur, & contrà affirmatur: longè deliberatiùs minorem ad jurandum, quàm ad contrahendum sive alienandum accedere: idque propter summam jurisjurandi auctoritatem & reverentiam, quâ efficitur, ut nemo sine magna & diligenti præmeditatione juramentum suscipere soleat. Proinde omnis præsumptio & facilitatis & fragilitatis hîc cessare putatur, *uti tradunt Imola in c. cùm contingat. 28. num, 90. de jurejur & in c si diligenti. 12. de foro cōpet. Archidiacon in c. 2. de pact. in 6. Alexand. cons. 42. col. 4. volum. 1. Curt. cons 43 nu. 12. hosq; referens Riminaldus ad pr. hujus tit. n 215.*

Nihil insuper resistit *vulgata l. non dubium. 5. C. de legib.* ex quâ elucescit, quòd ea, quæ lege prohibente fiunt, nullius momenti sint, nec sacramentum admittatur. 23 *Nam* breviter respondendum est: legem istam procedere de jure civili ac Cæsareo, non item de jure Pontificio aut canonico: quo jure actus & contractus, etiam ipso jure nulli, per juramenti interpositionem robur recipiunt & validantur. *d. c. cum contingat. 28. de jurejurand.* Idque, *post alios,* copiosè explanat Simoncellus *d. libr. 3. de decret. tit. 8. inspect. 18. numer. 137. & multis. seqq.* ubi conclusionem hanc (quâ statuitur, contractum minoris, sine decreto & aliis solennitatibus celebratum, juramento firmari) aliquot ampliationibus & limitationibus præclarè exornat. *Prædictis addantur Gutierrez. in repetit. d. Auth. sacramenta. C. si*

advers.

*adverf. vendit. num. 12. cum seqq. Gabriel. lib. 2. com-
mun conclusion tit. de minor. conclus 5. D. Collega Be-
sold. in delibat jur. ex lib. 4. Pand. num. 13. pag. 361. cum
seqq & Bachovius in Not. ad Treutler. disp. 11. th. 9.
lit. C. pag. 426. cum seq Broncherst. cent. 1 ἐναντιοφανῶν
assert. 62 p. 117. aliiq; ab istis allegatis.*

24 Porrò etsi pupillus absque tutoris auctoritate nihil
alienare potest: tamen è contrario pupillo omnes res si-
ne tutore dari, hoc est, dominii jure in pupillum trans-
ferri posse, constat *ex hoc §. nostro vers. at ex contrario,*
25 *&c.* cùm dare nihil aliud sit, quàm dominium trans-
ferre. *l. ubi autem non apparet. 75. §. ult ff de verb. obli-
gat. l. non videntur. 167 ff. de reg. jur. § sic itaque dis-
cretis 14. infr. de actionibus.* Ideo vero omnia rectè pu-
pillo dantur sine tutore: quia citra tutoris auctorita-
tem pupillus potest conditionem suam facere melio-
rem: deteriorem non aliter, quàm si tutoris auctoritas
intervenerit, *d. initio tit. supr. de auctorit. tutor. & d l.
contra. 28. in fine principii. ff de pact. & monitum suprà*
26 *num. 2.* Cæterum cùm pupillus debitum accipiendo
meliorem conditionem facere suam videatur (Minus
siquidem est, actionem habere, quàm rem ipsam *l. mi-
nus. 204 ff de reg. jur.*) dubitabatur: num debitor, qui
27 illi solvit, quod debet, liberationem consequatur? Et
responsum est: ipsum sine tutoris auctoritate solven-
tem non consequi liberationem. *l. pupillo. 15. ff de soluti-
onib. dict l. contra 28. in princ. ff. de pact. & hic in vers.
ideoq; si debitor, &c.* Hujusque ratio non obscura est:
quia pupillus solus alienandi potestatem non habet,
hoc §. nostro & d. l. pupillo. 15 ff. de solutionib. Alienaret
autem sive diminueret obligationem, qui debitor ei
obstrictus est. si illa, soluta pupillo pecunia, dissolvere-
tur. *argum l. filiusfamilias. 22. ff. d. tit.* Nec juvat, quòd
pupillo pecunia à debitore detur. *Semper* enim pericu-
lum est, ne datio ex illius imbecillitate pereat, inquit
28 Marcellus *in l servum. 68. in fine. ff. de solutionib.* Quid
ergo, si solutio cum tutoris auctoritate pupillo facta
fuerit? Liberari debitòrem, colligitur *ex hoc § d. vers.
ideoque si debitor. & l ait prætor. 7. §. 2. vers permitti-
tur. ff. de minorib.* Sed tamen restitutio in integrum,
pecunia ob facilitatem ætatis deperdita, vel male con-
sumptâ. pupillo non denegabitur, *l. Lucius. 46. §. tute-
læ 5 ff de administrat. & peric. tutor. l. 1. C. si adversus
solutionem. Hegius hic in vers. at ex contrario. num. 5.*
29 *& alii.* Aliud verò respondendum esset, si judicis etiam
decretum & præceptum de solvendo intervenisset.
Tunc etenim pupillus, qui pecuniam deperdidit, ad-
versus solutionem istam nequaquam restituendus est:
sed plenissimam debitor consequitur liberationem, *hoc
§. nostro. vers. quo subsecuto. d. l. ait prætor. 7. §. 2. vers.
permittitur. ff. de minorib. & l. sancimus. 25. C. de admi-*
30 *nistrat. tutor. vel curat.* Necessitas namque solvendi,
per jussum judicis debitori imposita, eum excusat; ut
iniquum sit, eundem illius liberationis nomine ulteri-
us inquietari. *argum. l si fideiussor. 7. §. si necessaria. 1. ff.
qui satisdare cogant. l. 2. 3 & 4. ff. de in jus vocand. l. 1.
§ 1. cum ibi notatis. ff. de offic. consul l. alienationes. 13. ff
famil. ercisc. & l quæ propter necessitatem. 162. ff. de reg.
jur. Philipp. Knipschildt exercitat. Acad. 13. q. 3. pag 456
& seqq.*

Neque huic decisioni refragantur *l. tutor. 47. ff. de* 31
*minorib. l. ult. C. de fidejussor. minor. l 2. Cod. si tutor
vel curator intervenerit. & l. si quidem. 11. C. de prædi-
is, & aliis reb. minor sine decreto non alienand.* ex qui-
bus juribus evincitur: beneficium in integrum resti-
tutionis huic etiam minori non denegandum esse, qui
judicis decreto interveniente contraxit. *Nam responde-
tur*: in contractibus minorum, non obstante judicis
decreto, si illi se læsos ostendant, restitutionis auxilio
locum esse: quia contrahere cum minoribus nemo co-
gitur. *l. nec emere. 16, C. de jure deliberand.* & qui con- 32
trahit, scire debet conditionem ejus, cum quo contra-
cturus est. *l. qui cum alio 19. ff. de regul. juris.* Secus est
in solutione: quoniam debitor solvere necesse habet:
sicque non sua voluntate, sed juris necessitate solvit. *d.
l. ait prætor 7. §. 2 ff. de minorib.* Meritò igitur plenissi-
mè liberatur, ut inquietari amplius non possit, *hoc §. no-
stro & l. sancimus. 25 Cod. de administrat. tutor. vel
curat. Wesenbec. hic num 5* Hæc æquitatis ratio cessat,
si quis sponte cum minore contraxerit. Tum enim, ju-
dicis etiam decreto interveniente, restitutio in inte-
grum non tollitur: atque hoc de casu objectæ leges lo-
quuntur. Verùm hanc rem fusiùs explicat, *post alios,*
Antonius Gomez *tom. 2. var. resol jur. civ. c. 14. nu 4.
Franciscus de Caldas in Commentar. analytico ad l. si
curatorem 3. in verb. læsis. C. de in integr. restit. nu. 57.
& seqq. Vincent. de Franchis Neapol decis. 206. num. 3.
cum seqq Octav. Simoncell. d. tractat. de decret. libr. 5.
tit. 7 inspect. 1. n. 1. & seq. Donell lib. 16. Commentar. de
jur. civ. cap. 10. pag. 655. ibiq; Hilliger. in suis not. ad lit.
F Brisson. libr. 1 de solut. § nunc videamus. quibus solvi
poss. pag. 310. Ioan. Mauric in tract. de restitut. in integr.
cap. 176. & seq. Hunn. ind. resolut. ad Treutler. volum. 1.
disp 11 th. 11. quæst. 78. p 837. & seq.* Quanquam aliter
sentiant *Anton. Faber ad d. l. 7. § 2. ff de minorib. & lib.
17. conjectur. cap. 13. & lib. 1. Iurispr. Papin. tit. 12 princ.
7. illat 43. ejusq; perpetuus assecla & defensor Gaspar
Schifordegher. lib. 3 tract. 24. quæst. 4 & seqq.* Quòd si
verò debitor, auctoritate tutoris & sententia judicis
spreta, pupillo solverit; pecuniam autem pupillus vel
salvam habeat, vel ex eâ factus sit locupletior, purâ si
illa pecunia emerit rem necessariam: exceptione doli
mali pupillus repelli potest, si iterum eam petat. *d. l. pu-
pillo. 15. l. in pupillo 47 & l. si pupilli 66 ff de solutionib.*
Ejusque ratio in promptu est: quia contra bonam fi- 33
dem & dolo facit, qui bis idem exigit, & qui cum alte-
rius jactura cupit locupletari *l. nam hoc natura. 14. ff.
de condict. indebit. l. bona fides. 57. & l. jure naturæ. 206
ff. de reg. jur.* Extra illos duos casus, si pupillus 34
pecuniam petat: ei exceptio minimè obstabit, *ut
Imp. Iustinianus circa finem hujus tituli innuit.* Porrò
an & quatenus tutori ac curatori solvi rectè possit, ac-
curatius explanat, *post plures alios, quos citat,* Mathias
Berlichius, *decis. aur 78 pag. 263. & seqq.* nec non
Timæus Faber *disput. 17. ad Institut. Im-
perial. th. 9.*

PER

PER QVAS PERSONAS CVIQVE ACQVIRITVR.

TITVLVS IX.

Principium Tit.

Acquiritur vobis non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos, & per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentiùs dispiciamus.

SVMMARIA.

1 *Continuationis sive ordinis ratio.*
2 *Quid sit, & quotuplex, & unde deriuetur peculium.*
3 *In servis nulla peculii differentia.*
4 *Peculium profectitium.*
5 *Peculium adventitium.*
6 *Peculium castrense.*
7 *Peculium quasi castrense.*
8 *Summaria hujus tituli explicatio.*

1 POsteaquàm de personis, quæ dominium alienare
& transferre possunt, vel non, superiori proximo
titulo expositum est: convenienter nunc inspectio in-
stituitur de his personis, quæ nobis rerum dominia ac-
quirere possunt. Nam solum per nosmetipsos, sed et-
iam per alios, tum nostri juris homines, tum extrane-
os, tanquam organum quoddam seu instrumentum,
acquiritur nobis tam dominium, *de quo in § 1 & seqq.*
hoc tit. quàm possessio, *de qua in § de iis autem. 4 ver.*
non solùm. & §. ex his itaque. 5. infr. hoc titul. quàm
denique obligatio, *de qua infr. libr. 3. titul. 29 per quas*
personas nobis obligatio acquir. Vide Petrum Francis-
cum Linglois decis. lustit. 12. quæst. 1. numero. 1. fol. 119
2 Quia verò in hac acquisitionis materia sæpe peculii fi-
eri solet mentio: ideo quid illud & quotuplex sit, pau-
cis declarandum est. Peculium, à pecore dictum, sicut
& pecunia: vel quòd universa veterum substantia in
pecorum fructu constabat: vel quòd antiquitus num-
mi effigie pecudis signabantur: *quam in rem plura*
congessit Simon Schardius in lexic. jurid. in verbo. pe-
culium. & verbo, pecunia, &c.) est pusilla pecunia, si-
ve pusillum vel parvum patrimonium, quod filiifami-
lias & servi, patris aut domini expressa vel tacita volun-
tate, habent separatum à paternis vel dominicis ratio-
nibus: *§. actiones autem. 10 infr. de actionib. l. peculii. 4*
in princ. & l. seq. §. pen. & ult. l. sed si damnum. 9. §. pe-
culium. 2. ff. de peculio. l. per servum 37. §. 1. ff. de acquir
rer. domin. Idque respectu filiorum familias (In servis
3 quippe nulla est peculii differentia; sed peculium co-
rum unius est generis, profectitium scilicet, *argum. l.*
non statim 8. ibi, ex re sua ff eod. D. Bocer, hic numero.
19. cum & conditio illorum una sit. *§. ultim. supr de jur.*
personar. & monuimus ad § præterea. 4. numer 3. infr
quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c.) aut paga-
nicum perhibetur, aut militare. Illud rursus vel profe-
ctitium, vel adventitium: hoc vel castrense, vel quasi
castrense *l ultim. C. de inoffic. testament. & notant We-*
senbec. hic. numer. 5 Schilbeck. & Giphan. in § igitur 1.
infr hoc titul. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap.
5 pag 410. D. Besold. in compendio juris privati. disser-
tat. 1. cap. 2. th. 23, cum seqq. pag. 52. & seq. Bachovius
ad §. 1. si tit pag 387. Profectitium peculium dicitur, 4
quod ex re & substantia patris ad filium proficiscitur:
hocque concedi solet à patre, ut in potestate adhuc fi-
lius industriam administrandorum bonorum, & nego-
ciandi, exercere possit. *§. 1, vers sanctum enim, &c. hoc*
tit. l profectitia 5. in princip. & §. si pater. 5 ff. de jure
dot. l. eum, qui. 3 ff de interdict. & relegat. l. cum opor-
tet. 6 in princ. C. de bon quæ liberis, &c. l. ut liberis. 17.
ibi, ex substantia ejus profecta. C. de collationib. l quo-
niam. 29. in fine. C. de inoffic. testament. Sed & illud,
quod ab alio, contemplatione tamen ac intuitu patris
filio obvenit, profectitio rectè censetur: ut si quis do-
naturus patri, dederit filio: aut si quis patris amicus, vel
cognatus, filio aliquid dederit aut reliquerit *dict l. pro-*
fectitia. 5. §. 2 ff. de jur. dot l. sed plures. 10 § in arrogato.
6. in fin ff. de vulg. & pupill. substitut. Donell. loco præ-
allegato. Hunnius libr. 2. var. resolut. jur. civil tract 4.
q. 18. ubi Emanuelem Mendez. dissentientem refutat. 5
Adventitium peculium est, quidquid filio aliunde,
quàm à patre vel ejus contemplatione acquiritur: sive
labore & opera ipsius, sive aliena liberalitate ad illum
pervenit, puta legato, aut donatione, aut hereditate ei
delata *dict l. profectitia. 5. §. si pater pro filia. 11. ff. de*
jur. dot. d. l. cum oportet. 6. in princ. C. de bon. quæ liberis
&c. & d. §. 1. infra hoc tit. David Döringius in biblio-
theca Iuris consultorum. tom 1. in verb. adventitium.
num. 13. cum seqq fol. 685. & seq. Castrense peculium 6
est, quod filiusfamilias in castris, vel extra castra per
causam militiæ acquisivit: ut sunt stipendia, præda ex
hoste, & quæ in militiam abeunti, vel in ea degenti, à
parentibus, cognatis, uxore vel amicis donantur *l. si mi-*
lites 6. l. castrense 11. l. Divus. 13. ff de castrensi pecul. l si
filiusfamilias. 4. C. famil erciscund. Cujus peculii ratione
filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l. 2 ff. ad SC.*
Macedon. l errat. 3. C. de castrens. pecul. Peculium qua-
si castrense dicitur, quod filiusfamilias in togata ac li- 7
terata militia sibi paravit; putà ex advocationibus,
pro-

profeſſionibus, aſſeſſuris, conſultationibus, operâ Reipubl. navata, & ſimilibus. *d. l. ultim. ubi Paul. de Caſtr. C. de inoffic. teſtam. l. advocati. 14. C. de advoc. diverſ. judicior. l. ſacroſancta 34. & l. cum lege. 50. C. de Epiſcop. & cleric l. cum multa. 7. C. de bon. quæ liberis, &c. Franc. Connan. libr. 9. Commentar jur. civil. cap. 4. n. 4. Forſterus junior in libro ſingulari. de dominio. c. 6. nu. 35. & ſequentib.* Porrò de peculio caſtrenſi extat Satyra Iunii Iuvenalis *16. libr. 5.* ubi militiæ commoda & præmia enumerantur, & circa finem ſequentes verſus recitantur:

Solis præterea teſtandi militibus jus
Vivo patre datur. Nam quæ ſunt parta labore
Militia, placuit, non eſſe in corpore cenſus,
Omne tenet cujus regimen pater. Ergo Coranum
Signorum comitem, caſtrorumq; æra merentem,
Quamvis iam tremulus, captat pater. Hunc labor æquus
Provehit, & pulchro reddet ſua dona laborî.
Ipſius certè ducis hoc referre videtur:
Vt qui fortis erit, ſit feliciſſimus idem;
Vt lætis phaleris omnes, & torquibus omnes.

De prædictis omnibus videatur quoque Iuſtus Maide *in Colleg. Iurid. Argent. Diſp. ſive tit. de pecul. th. 3.* ubi multis ſpecioſis rationibus evincere conatur, peculium adventitium ſeu bona adventitia in numerum quaſi caſtrenſium annumeranda eſſe. Cui ſuffragatur Georg David Locamer. *in annot. ad princ. tit. inſ. quib. non eſt permiſſ facere teſtam. nec non quæſtion. jur. edit. faſcic. 26. q. 5.*

8 His ita præmiſſis, & breviter expoſitis, ad ipſum præſentis tituli textum veniendum eſt: in quo primum explicat Iuſtinianus Imperator quomodo per liberos rerum dominia nanciſcamur. *§. 1. & 2.* Deinde oſtendit, quomodo acquiramus per ſervos, tam noſtros, quàm alienos. *§. 3. & 4.* Tum quemadmodum per liberas perſonas extraneas. *d. § 4. verſ idem placet. & §. 5.* Denique à tractatu acquiſitionis rerum ſingularium transgreditur ad acquiſitionem univerſitatis, & methodum inſequentium titulorum, ad materiam obligationum uſque, monſtratâ rerum ſerie, ſuccinctè informat. *§. ultimo.*

§ *Igitur. 1.*

Igitur liberi veſtri utriuſque ſexûs, quos in poteſtate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet caſtrenſibus peculiis) hoc parentibus ſuis acquirebant ſine ulla diſtinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam eſſet eis licentia, quod per unum vel unam eorum quæſitum eſſet, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, adplicare. Quod nobis inhumanum viſum eſt: & generali conſtitutione emiſſa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reſervavimus. Sancitum etenim à nobis eſt, ut ſi quid ex re patris ei obveniat, hoc ſecundùm antiquam obſervationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia cauſa ſibi filiusfamilias acquiſivit: hujus uſumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne quod ei ſuis laboribus, vel proſperâ fortuna acceſſerit, hoc in alium perveniens, luctuoſum ei procedat.

SVMMARIA.

1. *Iure veteri liberi omnia patri acquirebant, exceptis caſtrenſibus peculiis.*
2. *Ratio juris veteris.*
3. *Iure novo non omnia liberi patri acquirunt, ſed tantùm profectitia.*
4. *Novi hujus juris ratio.*
5. *Res ad ſuam naturam facilè revertitur.*
6. *Cur bona adventitia, quoad proprietatem, liberis; quoad uſumfructum verò, patri acquirantur.*
7. *Patris privilegium hic etiam ad avum pertinet.*
8. *Quibus caſibus pater in adventitiis non habeat uſumfructum.*
9. *Iuri pro ſe introducto quilibet renunciare poteſt.*
10. *Num mater legitimam filio debitam ejuſmodi conditione gravare poſſit; ne pater in legitima filio relicta uſumfructum ſibi vindicare valeat.*
11. *Servitus ſervitutis eſſe nequit.*
12. *Res ex illicita cauſa per filium quæſita, pater uſumfructum non habet.*
13. *An iſtis caſibus, quibus patri rerum adventitiarum uſusfructus non quæritur, ſaltem commoditas earũ rerum patri concedatur.*
14. *In caſtrenſi peculio pater non habet commoditatem.*
15. *An & quatenus pater bona filiifamilias, abſque judiciali decreto alienare poſſit.*

INdicat Imperator hoc loco, quomodo per liberos 1
utriuſque ſexûs (maſculos ſcilicet & fœminas) quos in poteſtate habemus, dominium acquiratur: deque iis duplex jus adfert: vetus, & novum. Ius vetus hoc eſt: omnia, quæ liberi, in patriâ poteſtate conſtituti acquirunt, indiſtinctè eſſe patris: exceptis ſolis caſtrenſibus peculiis, in quibus filiifamilias vice patrumfamilias funguntur. *l 2. ff. ad SC. Macedon. l. 3. C. de caſtrenſ. pecul* Cujus juris veteris hæc eſt ratio: quia is, qui in poteſtate alterius eſt, nihil ſuum habere poteſt. *§.* 2
item vobis. 3 infr. hoc tit. l. acquiritur. 10. § 1 ff. de acquir. rer. domin l. placet. 79 ff. de acquir. vel omitt. hered. Ratio rationis: quoniam unum eſt familiæ caput, nempe pater *l pronunciatio 195. § familiæ. 2 ff. de verborum ſignificatione.* cui ut perſonæ; ita & multò magis res ac bona, tanquam perſonarum ſequela & acceſſio, ſubjici debent. *l qui ex liberis. 11 § teſtamento. 2. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund tabul.* Habebat enim olim pater jus vitæ necisque in libros. *l. in ſuis. 11. in fin. ff. de liber. & poſthum heredibus. inſtituend. l. ultim. Codic. de patr. poteſt.* Ius novum hoc eſt: non omnia, 3
quæ liberi in poteſtate poſiti acquirunt, eſſe patris: ſed ea tantùm, quæ profectitia dicuntur, & ex adventitiis uſumfructum, *l. cùm oportet 6. C. de bonis, quæ liberis, &c.* Hujusque juris ratio ex modò dictis ſatis intelligitur: quia patria poteſtas eo jure valde eſt exi- 4
gua, *monente Giphanio hic in verb. olim quidem*

quæ-

Digitized by Google

quicquid,&c. ad finem. Rationem autem, cur bona profectitia secundum jus antiquum in totum patri acquirantur, hanc Iustinianus ipse *hic in verf. qua enim invidia,&c.* assignat: quòd æquum sit, ut illud, quod ex patris bonis profectum est, atque ad filium perve-
5 nit, ad patrem revertatur: cùm & alias res ad suam naturam, & effectus ad causam facilè redeat, *argum l. si unus.27 § pactus.2 ff. de pactis.can. ab exordio.2. Di-*
6 *stinct.35.* Cur verò bona adventitia, quoad proprietatem liberis acquirantur, quoad usumfructum patri, rationem hanc *in fine hujus* §. Imperator subjicit: ne quod liberis suis laboribus, vel prosperâ fortunâ accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum eis pro-
7 cedat; *argument. l. quod favore.6. C. de legibus.* Cæterùm istud patris privilegium, quòd videlicet bonorum adventitiorum habeat usumfructum, etiam ad avum, propter patriam potestatem, pertinet: ad materem, vel eos, qui ex materna sunt lineâ, ob defectum potestatis illius, non item. *§. ultim. supr. de patria potest. Petr. Heigius hic numer.21* Idque jus multis ampliationibus illustrat Arius Pinel. *in l. 1. part.1. num.34.& seqq.*

8 Sanè referuntur nonnulli casus, quibus patri ne ususfructus quidem adventitiorum bonorum hodie quæritur: sed eorum proprietas pleno jure ad filium spectat. Primus est: quando pater filiofamilias usumfructum remisit: quâ remissione interveniente, bona adventitia, tam ususfructûs, quàm proprietatis respectu ad filium pertinent, *per textum expressum in dict. l. cùm oportet.6.§. non autem.2. verf. fin autem*
9 *res. Cod. de bon. qua liber.* Ejusque ratio est perspicua: quia juri sive favori pro se introducto quilibet renunciare potest. *l. penultim. C. de pact.* Secundus casus est: quando filiofamilias sub hac conditione aliquid legatur, donatur, vel relinquitur: ut ipsi soli, patre exclu so, plenum jus, id est, tam ususfructus, quàm proprietas acquiratur. *Novell.117. cap. in princip. & auth.*
10 *excipitur. C de bon. qua liber. &c.* Sed quæstionis est: utrùm mater legitimam filio debitam ejusmodi conditione gravare possit: ne pater in legitima filio relicta usumfructum sibi vindicare valeat? Et veritati magis congruum puto: legitimam filio debitam à matre, in præjudicium patris ita gravari non posse, ut pater ab usufructu ejusdem excludatur. Quam sententiam non obscurè probat textus *in dict. Novell.117. cap.1. circa princip.* ubi Iustinianus Imp. matri permittit, ut possit liberos instituere, adempto patri usufructu, hac nominatim ratione adjecta. quòd mater extraneis poterat relinquere, unde nulla penitus utilitas patri nasceretur. Hæc ratio procedit tantùm in bonis extra legitimam positis: ast in legitima cessat, quàm mater extraneis relinquere nequit, sed filio dare cogitur. Ideòque ea ratio luculenter ostendit, quòd matri facultas excludendi patrem ab usufructu legitimæ concessa non sit. Tertius casus, quo ususfructus adventitiorum ad patrem non pervenit, est: quando pater noluit consentire filio, hereditatem sibi ab aliquo relictam adeunti. *l. fin post principium. C. de bonis, qua liberis,&c.* Quartus est casus: quando filio legatur u-
11 susfructus. Tunc etenim patri hujus ususfructûs relicti ususfructus minimè offeretur: propterea quòd servitus servitutis esse non possit. *l. cum essent.33. in fine. ff. de servit. prædior rustic. l. 1. ff de usufructu leg.* Quintus casus: quando filio aliquid donatur ab Imperatore. Hæc namque donatio cùm sit instar castrensis peculii: pater usumfructum in ea sibi vindicare non potest. *l. cùm multa. 7. C. de bon. qua liberis,&c.* Sextus: quando filius simul cum patre admittitur ad hereditatem fratris; *juxta auth. defuncto. Cod. ad senatusconsult Tertullian.* Tunc enim in patre, ad filium spectante, pater usumfructum non obtinebit. Idemque est, si pater & filius simul instituantur ab alio Nam eodem modo pater in portione, ad ipsum filium spectante, usumfructum non habebit, *authent. item hereditas. ibid. Glossa, Salicet. & Castrens. Cod. de bon qua liberis, &c.* Se- 12
ptimus est casus in adventitiis, ex illicitâ causâ per filium quæsitis, putà ex furto, rapinâ, latrocinio, vel simili delicto. Rei siquidem ita quæsitæ pater usumfructum non habet. *argum. l. quod autem.53 ff pro socio. & l. quod servus.24 ff. de acquir. vel amitt poss.* Verùm de istis & aliis casibus videantur *Accurs. hic. & in auth. idem est in his. C. de bon. qua liber. Angelus Aretinus. hic n.13. Mynsinger. n.9 Heigius n. 23. & Riminald. n. 91 cum seqq & Thadeus Piso lib.1. var. resolut. jur. c.6. n.7.& 8.*

Elegans hoc loco occurrit quæstio: an his casibus, 13
quibus patri non quæritur rerum adventitiarum ususfructus, saltem commoditas quædam earum rerum patri tribuatur? Et, rejectis dissentientium Doctorum, *Angeli & Mynsingeri loco modò designato, & sequacium* argumentis, quæ futilia sunt, dicendum est: ne commoditatem quidem istis casibus patri permitti. Quod primò confirmatur per textum *in d. l. cùm multa. 7. ff. de bon. qua liberis,&c.* ubi Iustinianus rescripsit; filium res sibi à serenissimo Principe donatas, quarum pater usumfructum non consequitur, ad similitudinem castrensis peculii acquirere. Atqui in castrensi peculio 14
patrem commoditatem non habere certum est, *arg. d. l. 2. ff. ad SC. Maceden. & d. l. 3. Cod. de castrens. pecul.* Igitur nec in re, ab Imperatore filio donatâ, commoditatem habebit. Deinde huc facit *d. l. fin. circa princip. v. sive è contrario. Cod. de bon qua liber* ubi nullam acquisitionem, nec usumfructum patri offerri, dicitur. Ergo nec commoditas ei offeretur. Præterea hanc sententiam plurimùm corroborat textus *in d. Novell.117. c.1. in princip.* ubi dispositum est: quòd pater in bonis, quorum ususfructus ei non acquiritur, nullum penitus habere debeat participium. Ergo nec commoditatis particeps fieri debet. Denique huic conclusioni adstipulatur *Franciscus Ripa in l. cùm filiusfamilias. 11. num. 7. ff. de legat.1. Ludovic Molin. de primogen. Hispan lib.1. cap. 19. nu.33 Riminald. hic num.133. & seq. seqq. citans Heigius hic n.26.*

Subjicienda hîc & illa non exigui momenti quæstio 15
est: quando ususfructus acquisitio patri adempta non est, utrùmnis tanquam legitimus filiifamilias administrator, bona ipsius absque judicis decreto alienare possit? Et quidem extra controversiam est: patrem bona mobilia liberè, & absque omni decreto alienare posse, *per notata Iasonis in l. Præses.12. numer.5. C. de transa-ctione.*

ctionib. Azonis in sua Summa Cod. de bonis, quæ liber. &c. versic. nec puto, quòd in alienatione, &c hoc §. allegantis Mynsingeri, cent. 6. observat. 61. numer. 1. Immobilia verò quod attinet: ea patrem, nullâ subsistente necessariâ & legitimâ causa, sine judiciali decreto alienare minimè posse, verior & receptior sententia putatur, *per l. 1. & 2. C. de bonis matern. l. ult. §. sin autem æs alienum. 4. & §. ipsum autem. 5. C. de bonis, quæ liberis. &c. Simoncell de decret. lib. 3. tit. 8. inspect. 1 Gail. lib. 2. observat. 73. num. 14. cum seqq. Pinel. ad dict. l. 1 part 2. numer. 21 C. de bon mater. Mascard de probationib. conclus. 1149. num. 18 Mynsinger. dict. cent. 6. obs. 61. num. 4. & seqq. eosque laudans Dn. Besoldus in delibat. jur. ex libr. 2. Pandect tit. 15. numer. 20. pag. 230. & seq.* ubi an & quatenus pater compromittere vel transigere de bonis adventitiis filiorum valeat, subjungit.

§. Hoc quoque. 2.

Hoc quoque à nobis dispositum est & in eâ specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere (si voluerat) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro parte tertia defraudaretur: & quod honoris ei ex hac emancipatione additum erat, quòd sui juris effectus esset, hoc per rerum diminutionem decresceret. Ideoque, statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non, dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita enim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.

S V M M A R I A.

1. *Pater emancipans filium, olim tertiam adventitiorum bonorum partem lucrabatur.*
2. *Emancipatio dicitur honor & beneficium.*
3. *Pater caput & princeps est familiæ · filius verò subditus, sicuti servus.*
4. *Hodie pater dimidiam partem ususfructûs retinet, in præmium emancipationis.*

1 SVprà § *proximo* Imperator de filiisfamilias egit: nunc, quid pater acquirat ex bonis filiorum, qui emancipantur, ostendit. Et sanè olim, ex Constantiniana lege, pater, qui filium emancipabat, ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, hoc est, ex bonis maternis, & quæ ex materno genere filio obvenerant, vel ex matrimonio, aut sponsalibus, (*de quibus in l. 1. & 4. seqqq. Cod. de bon. quæ lib. &c. item in l. 1. & seqq. C. de bonis maternis, & materni generis.*) tertiam partem retinere poterat, quasi in præ- 2
mium & recompensationem præstitæ emancipationis. *l. 1. & 2. C. Theodos. de maternis bonis, &c. libr. 8. tit. 18.* Porrò dum emancipatio honor appellatur, *hoc §. in vers. & quod honoris.* & beneficium, *in l. 1. in princ. ff. si à parente quis manumissus sit. & l. filio. 7. ff. ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. caveat.* ex eo perspicuè intelligitur, quòd dignius sit; & magis honorificum, patrem esse familias, quàm esse filium- 3
familias. Pater enim caput & princeps est familiæ, qui dominium in familia habet: filius verò subditus, velut servus. *l. pronunciatio. 195. § familia. 2 ff. de verb. significat.* Quare in accessionem honoris, majore in dignitate positi liberari patriâ potestate solent. *§. filiusfamilias. 4. supr. quibus. modis. jus patr. potest solvit & notat Wesenbec. hic n. 3.* Cæterùm Iustinianus Imp. sa- 4
tis durum, & propè inhumanum censuit, ut filius propter emancipationem defraudaretur tertiâ parte bonorum suorum: ac proinde juris istius veteris duritiem mitigavit, constituitque: ut pater pro tertia parte, quam dominii jure poterat retinere, dimidiam partem ususfructûs adipiscatur, *per rationem subjectam in fine hujus § & in l. cùm oportet. 6. §. cùm autem. 3. Cod. de bonis, quæ liberis. &c.*

§. Item vobis 3.

Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur: sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit; non aliàs, nisi vestro jussu, hereditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit: vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur: sed etiam possessio. Cujuscunq; enim rei possessionē adeptio fuerint, id vos possidere videmini. Vnde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accidit.

S V M M A R I A.

1. *Servi dominis acquirunt ignorantibus & invitis.*
2. *Ejus quæ sit ratio.*
3. *Dominium, quod est juris, non cadit in servum.*
4. *Servorum & liberorum usus quis.*
5. *Cur servus sibi ipsi non acquirat.*
6. *Cur is, qui est in potestate alterius, nihil suum habere possit.*
7. *Excutitur l. sed & si quis, 25. §. 1. ff. de usufructu.*
8. *Enodatur l. servus communis. 27. ff. de stipulat. servor.*
9. *In hereditatis aditione jussus domini sive parentis præcedere debet.*
10. *Hereditas est quadam universitas, continens lucrum & damnum.*

11. *Legatum semper continet lucrum: cum sit donatio singularis.*
12. *Servi dominis & dominium & possessionem acquirunt.*
13. *Qua possessio meri facti sit, qua item juris.*
14. *Qua in facto tantùm consistunt, servi sibi ipsis rectè stipulantur.*
15. *Nunquid servus vel filius possessionem nobis invitis seu ignorantibus, ex causa non peculiari, acquirat.*
16. *Cur ignorantes per filium & servum res peculiares possideamus, duplex ratio.*
17. *Quod jure singulari est receptum, id non debet trahi ad consequentiam.*
18. *Consideratio l. si me in vacuam. 34. §. ult ff. de acquir. vel amitt. poss.*
19. *Interpretatio l. nunquam. 31. § 3 ff. de usurp. & usuc.*
20. *Argumentum, ab acquisitione dominii, ad acquisitionem possessionis non procedit.*

1 EXpositum est de filiis: nunc de acquisitione servorum, qui sunt sub potestate dominicâ, explicationem Imperator subjungit. Servi ergò nostri, quicquid ex traditione nanciscuntur, vel ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirunt, id nobis & ignorantibus & invitis acquirunt, *hoc § nostro & §. 1. supr. de his, qui sui vel alieni jur. sunt. l. acquiritur. 10 § 1. & l. etiam invitis. 32 ff. de acquirend. rer. domin. l. quemadmodum. 46. ff. de jure dot. l. servus 62. ff. de verb. oblig. l. nunquam. 31. § si servus. 3. ff. de usurp. &*
2 *usucap.* Ratio, cur per servos (ratio est eadem, cur & per liberos, potestati nostræ subjectos) dominium nobis ignorantibus sive invitis acquiratur, hæc est: quia acquisitio ista fit ipso jure, scilicet ratione potestatis, *argum. l. quodcunq. 45. ff. de verbor. obligat.* ac proinde noster consensus vel scientia nihil efficit, aut nocet, *argum. l neme. 55. ff. de legat. 1. Mynsinger. hic numer. 2.* Est igitur hæc acquisitio necessaria quoad dominum, vel parentem: tametsi hi illud, quod sibi semel ipso jure est acquisitum, postea repudiare & pro derelicto habere queant, *argum l penultim. C de pact. l. pactum. 46. ff. eod. & notat Giphanius hic in vers. hoc enim vo-*
3 *bis ignorantib. & c. & Bachovius num 1. pag 391.* Ratio autem, cur acquisitio illa (quæ per servum fit domino, aut per filiumfamilias parenti) ipso jure fiat, hæc redditur: quia dominium, quod est juris, non ca-
4 dit in servum. *l quod attinet 32. ff. de regul. jur.* adeò, ut ne momento quidem in personâ ejus subsistat. *l. placet 79 ff. de acquirend. vel omittend. hereditat.* Vel igitur ut domino statim acquiratur, vel ut nulli, necessum est. Atqui hoc est absurdum: quoniam servorum hic est usus (sicut & liberorum) ut nobis acquirant: remque nostram meliorem faciant, *l. melior. 133. ff. de re-*
5 *gul. juris.* Cæterùm ratio, cur servus sibi ipsi non acquirat, sed domino, notissima est; tum quia dominium est juris, cujus servus non est capax, ut modò ostensum *ex dict. l. quod attinet. 32 ff. de regul. juris.* Tùm quia servus, qui est in potestate alterius, & ab alio habetur sive possidetur, ipse nihil suum aut proprium habere vel possidere potest, *hoc § nostro. vers. ipse enim servus, & c l. sic eveniet. 21 ff. ad l. Iul. de adulter. dict. l. acquiritur. 10 § 1. ff. de acquir rer. dom. l. qui in servitute. 118. ff. de regul. jur.* Cur verò is, qui est in potestate alterius, nihil suum habere possit, ratio illa est: quia cujus persona subjecta est alii, ejusdem res & bona multò magis subjecta erunt, *docente hic Rittershusio, pag. 221.* Id autem facit potestas patria & dominica,

ut constat ex iis, quæ dicta sunt suprà *ad §. 1. num. 2. hoc tit.*

Porrò quod dicitur, acquisitum per servum aut filiumfamilias, statim sive eo ipso momento ad dominum aut patrem transire, *dict. l placet. 79. ff. de acquirend. vel omittend. heredit.* ei non obstat textus *in l. sed & si quid. 25. §. 1. ff. de usufruct.* ubi Vlpianus ex Iuliano respondet: in pendenti esse, quod servus acquirit: ac proinde non statim transit. *Nam* illo casu ideo non transit statim, quia incertum est, quis servi sit dominus. Duos quippe servus iste dominos habet, unum fructuarium, alterum proprietarium. Servus ille emit rem, eaque res ei tradita est, & servus venditori satisfecit, dato fidejussore. Res itaque illa servo est acquisita: sed in pendenti est, ad utrum ea res transeat, fructuariumne, an proprietarium. Tollitur isthæc suspensio sive dubitatio, cùm servus numerationem fecerit. Etenim si ex peculio, ad fructuarium pertinente, solverit; res illa fructuario acquisita est: si ex peculio, pertinente ad proprietarium, huic res acquisita censetur. 7

8 Hanc solutionem non turbat textus *in l. servus communis. 27. ff. de stipulat. servor.* ubi servus communis, quamvis ex peculio, alterum dominum sequente, acquisierit; tamen utrique domino acquirit. Ergo etiam fructuarius servus, ex quocunque peculio acquisierit, utrique domino, nempe fructuario & proprietario, acquiret: neque in pendenti acquisitio esse debet. Textus, *inquam*, iste datam solutionem non turbat: quia ipse Paulus in eo apertè, respondet & indicat, aliam esse fructuarii servi causam, aliam servi communis. Siquidem in communi servo, commune peculium est, etsi sua cuique domino pars. Ergò jure ipso sive communitatis ex eo peculio res acquiritur. In fructuario autem servo nulla est communitas peculii: & propterea neque acquisitio est communis. Quæ responsio abundè patet *ex l si ex re. 28. §. 1 ff dict. t. de stipulat. servor.* ubi idcirco datur actio communi dividundo, aut pro socio, ei domino, ex cujus parte res acquisita est, ut recipiat partem rei acquisitæ alteram, totamq; habeat. *Sed hæc, & similia, accuratiùs hic Theodorus Marcilius declarat.*

Quod autem præmissum est, per servum aut filiumfamilias domino sive parenti ignoranti & invito acquiri: id limitationem recipit in hereditate, quæ scienti tantùm, imò jubenti acquiritur, *hoc §. vers. sed si heres, & c. dict. l. acquiritur. 10. §. 1. vers. ideoque si heres ff. de acquirend. rer. domin. l. qui in aliena. 6. in princ. & l si quis mihi. 25. §. jussum. 4. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ratio hujus limitationis sive exceptionis *in d. l. 6.* expressa est: ne videlicet dominus vel parens invitus ære alieno obligetur. Hereditas enim est quædam universitas, continens lucrum & damnum, & sæpe multum æris alieni. *l hereditas 62. ff. de reg. jur l. si hereditatem. 32. ff mandati §. neque tamen. 1. supr. de auctorit. tutor.* Quare legatum non excipitur: sed ad regulam, quâ per servum domino etiam invito & ignoranti acquiri dictum est, pertinet, *hoc §. nostro, vers. & convenienter, & c.* Hujusque ratio est facilis: quia legatum semper continet lucrum. 9 10 11

lucrum. *d. l. si hereditatem 32. ff. mandati.* Ratio rationis: quia legatum non est universitas, aut juris, ut hereditas: sed est singularis quædam donatio & facti est sive corporis, *§. 2. infrà de legat. l. legatum. 36. ff. de legat. 2. §. legatariis. 11. infrà tit. prox. de testam. ordi-*
12 *nand.* Planè non solùm proprietas sive dominium per eos, qui potestati nostræ subjecti sunt, nobis acquiritur; sed etiam possessio, *per hunc § nostrum. vers. non solùm autem, &c. l. 1. §. item acquirimus. 5. & l. quod servus 24. ff. de acquir. vel amitt. possess.* dominium quidem, si is, à quo servus rem accepit, dominus est: possessio verò, si tradens non sit dominus rei. *l. clavibus 74. ff. de contrah. empt.*

13 Non obstat, quòd possessio est facti. *l. 1. §. furiosus 3. ff. de acquir. vel amitt. possess l. 1. §. Scævola. 15 ff. si is, qui testamento liber esse jussus erit, &c.* Quæ autem facti sunt, naturalia sunt, adeoque in personam servi, & filiifamilias cadunt, neque ad dominum vel parentem transeunt. *§. sed cùm factum. 2. infrà de stipulat. servor. l. stipulatio ista 39. hac quoq; 7. l. quod dicitur 130. ff. de verb. obligat. l. qui heredi. 44. in princ. ff. de condictionib. & demonstrat.* Hoc, inquam, non obstat Nam respondetur: possessionem naturalem, quæ vera & propria possessio est, per servũ domino acquiri: quia hæc non tantum facti est, sed plurimùm etiam juris habet. *l. possessio 49. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess.* detentionem verò sive detentationem, quę impropriè possessio appellatur, & meri facti est, servum sibi
14 stipulando acquirere posse. Quæ enim in facto tantummodo consistunt, sicque nihil juris habent, hæc sibi ipsis servi rectè stipulantur. Et de hac stipulatione agitur *in d. l. stipulatio 38. §. hac quoq; ff. de verb. obligat. & similib.* Hîc autem de possessione verâ tractatur: qui cùm plurimùm juris habeat, licitè domino per servum acquiritur.

15 Sed anceps quæstio est: num servus vel filius nobis possessionem, etiam invitis sive ignorantibus, ex causa non peculiari, acquirat? Et verisimilius (nil remorante contrariâ opinione Cujacii *lib. 24. observ. cap. 9.*) esse arbitror: servum & filiumfam. rerum peculiarium tantùm possessionem acquirere ignorantibus: reliquarum, non nisi scientibus & volentibus, *per textus rotundos in d. l. 1. §. item acquirimus 5. l. 3. §. cæterùm 12. l. quidquid. 4. & l. peregrè. 44. § quæsitum. 1. ff. de ac-*
16 *quir. vel amitt. poss. ff.* Cur verò, ignorantes per filium & servum possideamus res, quas peculiariter tenent, rationem hanc Paulus reddit: quia nostrâ voluntate intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permiserimus, *d. l. 1. § 5 ff. eod.* Cæterum Papinianus aliam rationem assignat, dicens: utilitatis causâ jure singulari receptum esse, ut ex peculiicausa, per servum ignorantibus possessio quæreretur: ne cogerentur domini per singula momenta, species & causas peculiorum in-
17 quirere. *d. l. peregrè 44. §. 1. ff. d. tit.* At quod jure singulari est receptum, id non debet trahi aut produci ad consequentiam *l. quod verò 14. ff. de legib. l. quod contra. 141 ff. de reg. jur.*
18 Huic verissimæ sententiæ non adversatur. *l. si me in vacuam. 34. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ubi generaliter & indistinctè servus possessionem acquirere ignoranti dicitur, nec additur, *in re peculiari.* Nam haud infrequens in jure nostro est, ut quod uno in loco generalius asseritur, id alibi distinctionem recipiat, *arg. l. non est novum. 26. & l seq. ff. de legib.* Igitur & dictam *l. 34. §. ult. & similes*, generaliter ac simpliciter loquentes, *ex d. l. peregrè 44. §. 1. ff. de acq. vel amitt. possess. aliisq; præallegatis* restringere debemus ad res ex causa peculiari acquisitas. *Vide Locamer. quæstion. juridic. fascic. 27. quæst. 2.*

Similiter non refragatur *l. nunquam. 31. §. si servus 3. ff. de usurp & usucap.* ubi cùm tradatur disertè, dominum ignorantem possidere, vel etiam usucapere per servum, sive is peculiari nomine, sive nomine domini rem teneat: inde concludi posse videtur, ex re etiam non peculiari possessionem ignoranti domino acquiri. Etenim in oratione *d. l. 31. § 3.* duo continentur diversa subjecta; res nempe peculiares, & res, quas meo nomine, sive nomine domini servus tenet; duo itidem habentur prædicata, possidere scil. ignoranter, & per servum usucapere. Prius illud pertinet ad res peculiares, primum orationis subjectum: posterius verò pertinet ad res, nomine domini possessas. Quasi ita respondisset Iurisconsultus: *Si servus meus vel filius peculiari, vel meo nomine quid teneat, ut ego per illum rem peculiarem ignorans possideam, vel rem, quam meo nomine tenebat, usucapiam: si is furere cœperit, donec in eadem causa res fuerit, intelligendum est, & possessionem apud me remanere, & usucapionem procedere.* 19

Nihil præterea adversatur, quod objicitur: dominium, adeoque possessionem ignorantibus ex omni causa, ac proinde etiam ex causa non peculiari, acquiri. Quia dominium est juris, possessio verò facti & animi: unde dominium acquiritur invitis quoq; & furiosis, possessio non item. *d. l. 1 § furiosus 3. & §§. seqq ff. de acquir. vel amitt. possess.* Non igitur argumentari licet ab acquisitione dominii ad acquisitionem possessionis: ut quæ cum illo nihil quicquam habeat commune. *l. naturaliter, 12. § 1 ff. eod.* Atq; ita docent *Donellus lib. 5. Commentar de jur. civ. cap 8 & ibi Hilliger, istius diligens Enucleator. in suis notat. ad lit. c. Cujac. sibi contrarius in l. servus 62. ff. de verb. oblig. Anton. Matthæus & Heigius hic nu. 16. cum seq. Duaren. ac Giphan. in d. l. 1 §. 5. ff. d. tit. Borcholt. in Comment. de acquir. vel amitt. possess. cap. 4. num 3. & seqq. Cennan lib. 3. Comment. jur. civ cap. 8. nu. 7. & 8. Forster. lib. 2. disput. 11 thes 8. item libro singulari, de dominio, cap. 6. num. 54. cum seq. & Hunnius lib. 2. var. resolut. juris civil. tractat. 4. quæst. 19. ubi & aliis objectionibus satisfacit.* 20

§. De iis autem servis. 4.

De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit: ut quicquid ex re vestrâ, vel ex operis suis adquirant, id vobis adjiciatur: quod verò extra eas causas consequuti sunt, id ad dominum proprie-

tatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumvè quid ei, aut donatum fuerit: non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur. Idem placet & de eo, qui à vobis bonâ fide possidetur: sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet & de bonæ fidei possessore. Itaq; quod extra istas duas causas acquiritur: id vel ad ipsum pertinet, si liber est: vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor cùm usuceperit servum (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius verò usucapere non potest: primùm, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde, quia scit servum alienum esse. Non solùm autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur: sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundùm distinctionem, quam proximè exposuimus: id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

SVMMARIA

1 *Servi, in quibus usumfructum tantùm habemus aut homines, quos bona fide possidemus, ex quibus causis nobis acquirant*
2 *Naturalis ratio dictat, ut quod ex re nostra proficiscitur, nostrum fiat*
3 *Servorum fructus in operis consistit*
4 *Bonæ fidei possessor & fructuarius similes sunt in jure, & in quibusdam differunt*
5 *Bona fides & possessio ad usucapionem requiritur*
7 *An & quatenus usufructuarius possideat: remissivè.*

1 Dictum est de servis propriis: sequitur nunc de alienis, & quidem tam de iis, quorum usumfructum duntaxat habemus, quam quos bonâ fide possidemus. Servi igitur, in quibus tantummodo usumfructum habemus, aut homines, quos bonâ fide possidemus, sive servi, sive liberi homines sint, duabus solum ex causis, operis nimirum suis, & re nostrà, nobis acquirunt. Ex reliquis verò causis (ut si quippiam iis donetur, si legatum aut hereditas relinquatur) proprietatis domino, aut sibi, non autem possessori, aut usufructuario acquirunt, *hoc §. nostro. l. acquiritur 10. §. 3. & 4. l. liber homo. 19. l. si servus. 21. l. qui bona fide 23 l. etiam furtivus. 39. l. fructuario. 47. l. per servum 57. ff. de acquir. rer. domin. l. si servi. 21. & 5 ll. seqqqqq. ff. de usufruct. l. 1. §. si fructuarius. 5. ff. de sti-*
2 *pulat. servor.* Ratio, cur ex istis duabus causis nobis acquiratur, de re quidem nostrâ hæc est: quia naturalis æquitas suadet, ut quod ex re nostrâ proficiscitur, id nostrum fiat. *§. item ea, quæ ex animalib. 19. supr. de rer. divis. § 1. vers. quæ enim invidia est. suprà hoc tit.* De operis verò hæc est ratio: tum quia & o- 3
peræ quodammodo ex re ejus, cui quis servit, habentur, *d. l. qui bonâ fide. 23. in princ. ff. de acquir. rer. dom.* Tum quia servorum usus & fructus maximè in operis consistit: cùm servi & ancillæ propter operas comparentur. [illegible] *ancillarum 27. in princ. ff. de heredit. petit.* Quare qui habet servi usumfructum, & operas haber *l. 3. 4. & 5. ff. de operis servor.* Vnde intelligere promptum est, cur non ex pluribus causis illi servi fructuario acquirant: quia scilicet reliquæ causæ sunt adventitiæ, & extra operas. *d. l. si servi. 21. cum aliquot seqq. ff. de usufruct.* Vide Bachovium *hic nu. 3 p. 394.*
Erii autem bonæ fidei possessor & fructuarius sunt similes in jure. *§. si quis à non domino. 35. & § seq. suprà de rer. divis. d. l. acquiritur. 10. §. idem placet. 4 ff. de acquir. rer. dom. & hic in vers. quod enim placuit. &c.* eos tamen in quibusdam casibus differre, certum est. Et quidem differentiam unam exposuimus *in §. is vero, ad quem. 36. suprà de rer. divis.* altera affertur hic *in vers. sed bona fidei possessor. &c.* hæc nimirum: quòd bonæ fidei possessor usucapere potest; fructuarius non potest. Idque duplici de causa: tum quia bonæ fidei possessor possidet: fructuarius non possidet, sed tantùm tenet, id est, possidet naturaliter. *l. naturaliter 12. & l. possessio. 49. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess.*
Tum quia bonæ fidei possessor habet bonam fidem: 5
fructuarius non habet. Scit etenim, rem esse alienam: ille nescit, sed putat esse suam. *hoc §. nostro. vers. fructuarius verò. &c.* Vtrumque autem, & bona fides & possessio, ad usucapionem requiritur, *per princ. tit. suprà de usucap. l. 3 ff pro soluto. l. Labeo. 8 §. 1. l. sine possessione 25 ff. de usurp. & usucap. cap. sine possess. 3 ext de* 6
reg. jur. in 6. Porrò an & quatenus usufructuarius possideat, explicatum est *ad § 2. suprà de usufruct. numer 21. cum seqq. & novissimè diligenter examinavit D. Hunnius libr 2. var. resolut. jur. civ. tractat. 4. quæst. 20.*

§. *Ex his itaq. 5.*

Ex his itaque apparet: per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bonâ fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam: nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solùm scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundùm divi Severi constitutionem: & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit: vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Per extraneam & liberam perſonam regulariter dominium vel poſſeſſio nobis non acquiritur.*
2 *Hujus regulæ exceptio.*
3 *Ex ceptionis ratio.*
4 *Ex poſſeſſione dominium ſequitur.*
5 *Cur per procuratorem ignoranti poſſeſſio, non verò uſucapio acquiratur.*
6 *Bona fides quid complectatur.*

1 ADhue didicimus, quemadmodum per eos, qui nobis ſerviunt vel verâ, vel putativâ ſervitute, acquiratur: nunc quâ ratione per liberas perſonas, quæ nobis nullo modo ſerviunt, acquiri poſſit, docetur. Quamvis autem per extraneam & liberam perſonam (quam ſcil. neq; in poteſtate habemus, neq; bonâ fide poſſidemus, neq; in ea habemus uſumfructum) regulariter dominium vel poſſeſſio nobis non acquiratur. *l. ſolutũ 11. §. penult ff. de pignerat. act. l. cum unus. 12. circa princ. ff. de reb. auctorit jud poſſid. l. prohibere. 3. in princ. ff. quod vi, aut clam l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus, 2. verſ. per liberam perſonam. ff. de verb. obligat. & hoc §. noſtro.* propterea quòd culpa ſit, immiſcere ſe rebus alienis. *l. culpa eſt. 36. ff de reg jur.* & unusquiſq; ſua curare debeat, aliena non item. *1. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri, 17. ff. de verb. oblig. l. conſulta divalia. 23 ibi, ne rem attingant, &c. C. de teſtament.*
2 attamen per procuratorem quin nobis non ſolum ſcientibus, ſed etiam ignorantibus acquiri poſſeſſio queat, minimè ambigitur, *hoc §. noſtr. verſ. excepto eo, &c. l. 1. §. per procuratorem. 20. l. communis 42. § 1. l. poſſeſſio. 49. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. 1 C. eod. l. ſi procurator. 13. ff de acq rer. dom. Donell. l. 5. Comment. de jur. civ. c. 8. & 10. Linglois deciſ. Iuſtin. 12. quæſt. 2.*
3 *n. 11. & ſeqq f. 122.* Ejusq; ratio manifeſta eſt: quia procurator mandatum habet de acquirenda poſſeſſione: & dominus ipſe videtur acquirere propter mandatũ, *arg. l. 1. in princ. & §. 2. ff de procuratorib. l. qui mandat. 56. ff. de ſolutionib. c. qui per alium. 82. de reg. jur. in 6.* Rectè autem Imperator hic inquit: *veluti per procuratorem.* Quia etiam per alias nonnullas perſonas liberas ſive extraneas, ut per tutorem pupillo, curatorem adoleſcenti, acquiri, liquet *ex d. l. 1. §. per procuratorem 20. ff. de acq. vel amitt. poſſ d. l. ſi procurator. 13. § 1 ff. de acq. rer. dom & monet hic Marcilius.* Cæterum ſubjicit Imperator *in fine hujus §.* per poſſeſſionem nobis per procuratorem acquiſitam, etiam do-
4 minium nobis acquiri. *Quaſi dicat*: per procuratorem nobis quidem acquiritur poſſeſſio: ſed non dominium, niſi per conſequentiam: hoc eſt, quia ex poſſeſſione dominium ſequitur, vel ſtatim, ſi tradens poſſeſſionem eſt dominus, vel tempore conſtituto, uſucapione ſcil. completa, ſi tradens poſſeſſionem dominus non eſt. *d. l 1. C. de acq. & retin. poſſ. l. traditio. 20 § ult.*
5 *ff. de acq. rer. dom.* Etſi verò jam cerco certius eſt, procuratorem etiam ignoranti poſſeſſionem acquirere poſſe: eundem tamen ignoranti uſucapionem acquirere poſſe, omninò negatur, *d l poſſeſſio 49. § ult. ff. de acq. vel amitt. poſſ. d. l. 1. C eod. tit.* Cujus evidens eſt ratio: quia nemo uſucapit, niſi qui bona fide poſſidet. *initio tit. ſupr. lit. de uſuc. l. ſi exiſtimans 3. ff. pro ſoluto c. poſſeſſor. 2. de reg. jur. in 6.* Aſt ignoranti bona fides eſſe 6
non poteſt: quia bona fides duo complectitur: ut nempe quis ſciat juſtam poſſidendi cauſam; & ut opinetur, eum, qui tradit, dominum eſſe *l. bona fidei. 109. ff. de verb ſign* Hæc autem ignorante eſſe non poſſe, in confeſſo eſt. Quâ de re videantur Mynſing. *hic n. 4.* Bachov. *n 2. cum ſeq. p. 396 & ſeq.* Dn. Collega Magir. *in prælectionib. ad tit. ff. de acq. vel amitt. poſſ. c. 4. nu. 13. cum ſeqq.* & Iacob. Schegk. *in delibat. jur. diſp. 24. th. 38.* Adde Timæum Fabr. *diſp 17. ad Inſtit. Imp. th. 11.*

§. *Hactenus 6.*

Hactenus tantiſper monuiſſe ſufficiat, quemadmodum ſingulares vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipſo ſingulæ res vobis acquiruntur: item fideicommiſſorum, ubi ſingulæ res vobis relinquuntur: opportuniùs inferiore loco referemus. Videamus itaq; nunc, quibus modis per univerſitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo heredes facti ſitis, ſive cujus bonorum poſſeſſionem petieritis, vel ſi quem arrogaveritis, vel ſi cujus bona libertatum conſervandarum cauſa vobis addicta fuerint: ejus res omnes ad vos tranſeunt. Ac priùs de hereditatibus diſpiciamus: quarum duplex conditio eſt. Nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad vos pertinent. Et prius eſt, ut de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento vobis obveniunt: quâ in re neceſſarium eſt, initium de ordinandis teſtamentis exponere.

SVMMARIA.

1 *Transitio ad ſubſequentes titulos.*
2 *Quibus modis acquiratur nobis per univerſitatem.*
3 *Hereditas vel ex teſtamento defertur, vel ab inteſtato.*

HOc in §. Iuſtinianus Imp. venuſtâ quadam tranſitione ad ſecundum diviſionis membrum, ſuprà *hoc lib. 2. tit. 1. §. ſingulorum. 11.* expoſitum, deſcendit: 1
quatenus ſcil. res nobis per univerſitatem, & ſic non 2
una res ſigillatim, ſed multæ ſimul acquirantur. Hujus autem acquiſitionis modos hic quatuor enumerat; videl. hereditatem, bonorum poſſeſſionem, arrogationem, & aſſignationem bonorum libertatum conſervandarum cauſa. *De quib ſinguli infr. ſuu locis tractabitur accuratius.* Quia verò defuncti, vel teſtati, vel 3
inteſtati, mortui deprehenduntur: inde contingit, ut hereditarum acquirendarum duplex ratio exiſtat; atq; ideo de teſtamentariis diſpoſitionibus primo ſtatim loco Iuſtinianus, *in titulis proximè ſubſeqq.* explanationem inſtituat.

DE

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

TITULUS X.

Principium Tituli.

Testamentum ex eo appellatur, quòd testatio mentis sit.

SVMMARIA.

1 *Connexio hujus tituli cum superioribus.*
2 *Hereditas defertur vel ex testamento, vel ab intestato.*
3 *Successor testamentarius heredi ab intestato præfertur.*
4 *Provisio hominis tollit provisionem legis.*
5 *Voluntas domini, rem suam in alium transferentis, rata habenda.*
6 *Voluntas ultima pro lege habetur: eamq; servari, publicè interest: & num. 67.*
7 *Testamentum dici solet solatium fati, ultra fatum: imo typus & figura immortalitatis.*
8 *Quanta animæ immortalis in corpore mortali dignitas.*
9 *Successio testamentaria adversus objectiones nonnullas defenditur.*
10 *Mors omnia solvit.*
11 *Ambulatoria hominis voluntas usq; ad extremum vitæ spiritum: & num. 59.*
12 *Testator quo tempore rerum suarum sit dominus.*
13 *Hereditas jacens defuncti personam repræsentat.*
14 *Heres & defunctus una eademq; persona reputantur*
15 *Heredes legitimi triplici jure ad hereditatem vocantur.*
16 *Triplex vinculum non fortius.*
17 *Testamenta etiam jure divino approbantur.*
18 *Dominia jure gentium distribuuntur.*
19 *An & quatenus is, qui jure utitur communi, præferatur utenti jure speciali.*
20 *Justa hereditas quæ dicatur.*
21 *Filii, injustè exheredati, anteponuntur instituto.*
22 *Quæ testamenta probentur.*
23 *Nemo potest cavere, quo minùs leges in suo testamento locū habeant*
24 *Rejicitur opinio existimantium, successionem testamentariam non ex justitia, sed ex gratia descendere.*
25 *Testamenti factio jure publico & legibus introducta.*
26 *Testamentum unde appelletur.*
27 *Testamenti etymologia à reprehensione quorundam vindicatur.*
28 *In testamentis mens testatoris præcipue spectanda.*
29 *Notationem vocabuli unde Iurisconsulti mutuentur.*
30 *Nominis notatio hoc loco tradita, quibus testamentis conveniat.*
31 *Testamentum in genere complectitur codicillum.*
32 *Solennitas testamentorum statuto remissa, etiam in codicillo remissa intelligitur.*
33 *Testamentum propriè significat solenne testamentum.*
34 *Statutorum verba propriè accipienda.*
35 *Extensio in correctoriis non admittitur.*
36 *Argumentum ab etymologia quatenus valeat.*
37 *Argumentum à genere ad speciem affirmativè non procedit.*
38 *Testamenti generalis & vera definitio, hujusq; accurata explicatio.*
39 *Vox sententia latè patet.*
40 *Mentis integritas, non corporis sanitas, in testatore exigenda.*
41 *Verba dispositiva, non enunciativa, ad faciendum testamentum idonea.*
42 *An testamentum metu factum, ipso jure sit nullum.*
43 *Matrimonium metu contractum ipso jure nullum.*
44 *Coacta voluntas, an & quatenus voluntas.*
45 *Vis & metus liberæ voluntati repugnant.*
46 *Prætor id, quod metu factum est, ratum non habet.*
48 *An & quatenus blanditiis ultima defuncti voluntas impediatur.*
46 *Testamentum in voluntatem alterius non conferendum.*
49 *Certum esse debet consilium testantis.*
50 *Captatoria voluntas seu dispositio non valet.*
51 *Quæ voluntas dicatur captatoria.*
52 *Institutio captatoria piscatori similis.*
53 *Duo se invicem heredes instituere licitè possunt.*
54 *Testamenti factio ad cives Romanos pertinet.*
55 *Iusta sententia quomodo accipiatur.*
56 *Heredis institutio caput testamenti.*
57 *Codicillis hereditas directa non datur.*
58 *Legatum quatenus voluntatis nostræ justa sententia.*
59 *Testatoris voluntas usq; ad mortem revocabilis.*
60 *Testamenti variæ appellationes.*
61 *Quâ in re testamentum differat à contractu.*
62 *Testamentum cui juri adscribendum.*
63 *Iure gentium introductum quid dicatur.*
64 *Testamenta apud omnes gentes custodiri, variis exemplis demonstratur.*
65 *Cyri morientis ultimum elogium.*
66 *Quisq; suæ posteritati consulere cupit.*
67 *Apud quas gentes testamenta non fuerint in usu.*
68 *Vt una & altera gens jus ni gentium non constituit; ita nec tollit.*
69 *Confirmans nihil novi aut proprii tribuit.*
70 *Deportati heredes institui a milite possunt.*
71 *Ratio naturalis liberis parentum hereditatem addicit.*
72 *Morientibus de rebus suis disponendi facultas non deneganda.*
73 *Conjunctio maris & fœminæ cujus juris esse dicatur.*
74 *Actiones partim sunt juris gentium, partim juris civilis.*
75 *Testandi facultas nulla conventione infringi potest.*
76 *Declaratur §. ult. Inst. de usu & habit.*
77 *Sensus §. 1. & 2. Instit. de testam. ordinand.*
78 *Testamentum quatenus dicatur esse juris publici.*
79 *Sententia l. 3. ff. qui testam. fac. possess.*
80 *An & quatenus peregrini, sive non cives Romani, testamenti factionem habeant.*
81 *Verbum* peregrini *duplicem recipit significationem.*
82 *Deportatis omnia, quæ juris sunt gentium, conceduntur.*
83 *Iuris civilis quæ sunt, deportatis denegantur.*
84 *Emptio jure gentium inducta.*
85 *Intellectus l. si mandavero. 22. §. is, cujus 5. ff. mandati, itemq; l. in orbe 17 ff. de stat. homin.*
86 *Forma dat esse rei.*
87 *Forma testandi debetur juri civili.*
88 *Lege XII. tabb. heredum instituendorum facultas tributa.*
89 *Lex duodecim tabularum antiquissima.*
90 *Consideratio l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit.*
91 *Filii quatenus rerum paternarum domini existimentur.*
92 *Sententia can. final. Distinct. 1.*

93 *Esse-*

93 *Effectus quaestionis illius, ut rùm jure civili, an gentium testamentum sit introductum.*
94 *Iura gentium civili jure tolli non possunt.*
95 *Princeps ex plenitudine potestatis privatorum testamentis derogare nequit.*
96 *Indignum Principe, alicui jus quaesitum sine justa causa auferre.*
97 *Publicè expedit, suprema hominum judicia exitum habere.*
98 *Suprema voluntatis liber debet esse stylus.*
99 *Imperator alicui privilegium & potestatem absq; solennitate testandi concedere potest.*
100 *Neq; heres ullus, neq; hereditas viventis esse intelligitur.*

1 QVO Nexu sive ordine hic titulus superioribus cohaereat, ex §. fin. tituli proximè praecedentis abundè liquet. Etenim enarratis singularib⁹ quibusdam acquisitionibus dominii civilibus, usucapionibus scil. & donationibus: reliquum foret, ut tractationem de legatis & fideicommissis, etiam modis acquirendi dominii civilibus & singularibus, Divus Iustinianus exordiretur. Quia verò isti universali hereditatis acquisitioni adhaerent: ideò cum eadem commodiùs infe-
2 riore loco explicabuntur. Defertur autem hereditas vel ex testamento, vel ab intestato. *d. §. fin. supr. tit. proximo. l. in plurium. 70. ff. de acquir. vel amitt. heredit. l. si curatoris. 9. C. de jure deliber. Althus. lib. 1. dicael.*
3 *c. 45. n. 3. p. 163.* At cum potior sit causa testamenti: idcirco hic priori loco de eo agitur. Quamdiu enim successor ex testamento speratur, tamdiu heres legitimus sive ab intestato non admittitur. *l. quamdiu. 89. ff. de reg. jur. l. si quis sub conditione 11. ff. de testamentar. tutel. l. quamdiu. 39 ff. de acquir. vel amitt. hered. l. an-*
4 *tequam. 8. C. communia de successionib.* Tralatitium quippe, exploratumq; est, quòd provisio hominis, tollit provisionem legis. *arg. l. si tutores 33 C. de testam. tutel auth. matri & aviae. C. quando mulier tutelae officio fungi pot. l. maritus 21 C. de procuratorib. l. fin. C. de*
5 *pact. convent.* Et nihil tam conveniens est naturali aequitati, quàm voluntatem domini, rem suam in alium transferre cupientis, ratam haberi. *§. per traditionem 40. supr. de rer. divis.* Quae utiq; ratio in mortui quoq; voluntate meritò obtinet, *arg. tit. supr. de Leg. Fus. Ca-*
6 *nin. tollend.* cùm ejus voluntas pro lege habeatur. *Novell. 22. c. 2.* & Reipublicae expediat, suprema hominum judicia servari, & exitum sortiri. *l. vel negare 5. ff. testamenta quemadmodum aperiant. l. hereditas 50. in fin. ff. de petit. hered. l. 1. in princ. ff. si quis omiss. caus. testam. &c. Paul. Aemil. Gallus in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quàm ex testam. part. 2. tit. 4 except. 16 n 5 & seqq. f. 359. Cephal. cons. 221. n. 8. & cons. 251. n. 20. lib. 8. & Cravet. cons. 174. n. 5. vol. 1. D. Besold vol. 4. cons. 157. n. 2. cum aliquot seqq. fol. 95.*
7 Ideoq; testamentum seu ultima voluntas non inscitè solatium fati, ultra fatum nuncupari solet. *Lips. in l. 6. de cruce in praefat. eumq; laudant Treutler. cons. 5. n. 31. vol. 1.* Quin & testamentum haud inconcinne typus & figura immortalitatis dicitur. Nam quando anima, mens & voluntas est immortalis: certè non debet, et-
8 iam quoad bona, cum corpore extingui. Itaq; toti humano generi nihil esse potest jucundius, quàm ut voluntas regnet in bonis, corpore extincto. *Oldendorp. class. 3. action. in praelud. pag. mihi 804. Georg. Fantzk. Exercit. jurid. 7. q. 3. n. 4.* Tanta proinde est immortalis animae in corpore mortali dignitas; ut post corporis interitum proroget impetum, & reliquias cogitationum relinquat. *Petr. Gregorius libr. 41. syntagm. jur. univers. cap. 1. nu. 1.*

Vnde malè quidam dispositionem seu successionem testamentariam ex eo improbant: quòd in illa 9
voluntatis effectus in id tempus differtur, quo quis nō est futurus rerum suarum dominus, nempe post mortem, quae dominium & omnia solvit. *Novell. 22. c. 20.* 10
Vbi enim testator in vita id: quod voluit, disposuit: ipsius voluntas jam tum sortita est effectum: quanquam voluntatis executio post mortem demum fiat ab herede. *§. 1. infr. de legat. l. heres quandoq; 54. ff. de acquir. vel amitt. hered. l. omnis hereditas 138. ff. de reg. jur.* 11
Neq; verò per mortem testatoris testamentum ejus perficitur: sed antè ea liberâ ejus disponendi facultate perfectum existit; ita tamen, ut revocari possit: quoniam ambulatoria, id est, variabilis & mutabilis, hominis voluntas est usq; ad extremum vitae spiritum. *l. quòd si iterum 4. ff. de adimend. vel transfer. legat. l. cùm hic status 32. §. poenitentiam 3. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. si quis 22. in princ. ff. de legat. 3. l. 1. C. de SS Eccles.* Caeterùm post mortem testatoris testamentum irrevocabiliter est perfectum: cùm ultima defuncti voluntas pro lege habeatur, *d. Novell. 22. cap. 2.* Imò 12
testator eo ipso momento, quo testamentum facit & moritur, bonorum suorum dominus est: & post eum hereditas jacens est domina rerum, & defuncti personam sustinet, atq; repraesentat, *l. non minùs 31. in fine. ff. de hered. instituend. hereditas 34. ff. de acq. rer. dom. initio tit. infr. de stipulat. server. l. cùm hereditas 9. C. depositi.* Nec dominium perditum, sed translatum censetur: sicut & heres & defunctus una eademq; persona reputantur, *Novell. 48. in fine praefationis. Schneidevv. hic nu. 10. & seq.* 13 14

Praeterea haud eam ob causam heredibus ex testamento praeferendi sunt heredes ab intestato, quòd hi triplici jure ad hereditatem vocentur, videl. jure naturae, *l. ult. ibi, lex ipsa natura, &c. C. quor. bonor. l. 1. C. unde vir. & uxor.* divino. *Lev. 25. v. 47. Num. 27. v. 7. cum seqq.* & civili, *leg. 1 ff. de suis & legit. heredib. tot. tit. infr. de hereditatib. quae ab intest. deferunt, & seq.* adeoq; funiculus triplex uno fortior existimetur, *l. re conjunctis 89. ff. de leg. 3. l. triplici. 142 ff. de verb. signif.* 15 16
Heredes namq; ex testamento instituti, etiam omnibus juribus ad hereditatem vocantur. Siquidem non solùm jure civili; sed & divino testamenta suum robur obtinent. Hinc testamentum fecere Abraham, *Gen. 25.* & Iacob. *Gen. 48 & 49.* Illudq; approbant Deus, locutus est ad Ezechiam, *Dispone domui tuae, quia morieris tu, & non vives, Esaie 38. v. 1.* hoc est, conde legitimum testamentum: & singula dispone, ut heredes & ministri tui sciant, quid post mortem tuam fieri velis, *ut D. Lucas Osiander ibidem bene interpretatur.* 17
Sed & jus gentium dominia distribuit, deq; illis disponendi libertatem concessit, *l. ex hoc jure 5. ff. de justit. & jur.* Atq; ita pari approbatione nititur utraq; successio, & testamentaria, & ab intestato, ordine tamen servato: ut nimirum primo loco ex testamento veniens, si qui extet, admittatur: deinceps, deficiente 18

testamento, venientes ab intestato. Et sanè voces illæ, *intestati, & ab intestato*, satis superque indicant, deficere testamentum; & ideo tunc eos ad hereditatem defuncti vocari.

19 Nihil item negocii facessit, quod contra jus testamentorum objicitur: eum, qui jure utitur communi, præferri utenti jure speciali, *l. centurio 15 ff. de vulg. & pupill subst. l. ejus militis 34. §. 1 ff. de testam. milit.* Eum autem, qui ex testamento venit, ut jure speciali, *quemad. nonnulli colligunt ex gloss. in l. illa instit. 32. super verb pendere. ff. de heredib. instit.* illum verò, qui venit ab intestato, uti auctoritate legis communis inde & legitimam successionem dici. *l. legitimam. 8. ff. de petit. heredit. l. in plurium 70. ff. de acquir. vel omitt. heredit. tit ff de suis & legitim. heredib. & t. C. de legitimis heredib.* Etenim primò respondetur: quòd & is, qui venit ex testamento, ex jure communi veniat, *d. l. centurio 15. ff. de vulg. & pupill substitut.* & lege quoque hereditas testamentaria obvenire dicatur. *l lege obvenire 130. ff. de verb. signif.* Deinde negari posset; venientem jure communi præferri privilegiato, dum concurrunt jus commune & singulare in diversis personis. *Potius enim in privilegiato est privilegium. l. non speciali. 9. C. de testamentis. cap. 1. de constitutionib in 6.*

20 Similiter nihil adversatur, quòd justa tantùm dicitur hereditas, quæ ab intestato ad nos pervenit. *l. ea verò. quæ in nominib. 3. § de illo 2 ff pro soc.* Illud namque intelligendum est in sua hypothesi communicationis faciendæ in societate, quoniam sub spe ejus veluti certâ, societas est inita. Et ea justa non dicetur testamentaria, quæ non est communicanda, utpote quæ non spe, sed ob bene meritum heredis plerunq; defertur. *l nec adjecit. 9. ff. d. tit.*

21 Deniq; non obest, quòd filii, si injustè exheredati sint, instituto præferantur, *auth. ex causa. C. de liber. prateri.* Nam hic agitur de testamentaria successione ex testamento legitimè condito. Contrarium autem procedit in testamento non subsistente. Et testamentum propriè dicitur, quod jure perfectum est. *l. 2. §. 1. ff. testamenta quemadmod. aperiant.* Aliter testamentum non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum *l. quotiens 6. ff. qui satisdare cogant.*
22 *cap. non præstat. 52. de reg. jur. in 6.* Et generaliter ea demùm probantur testamenta, quæ justa sunt, legibusque consentanea. Hinc si quis scripserit testamento, fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet, *auctore Marciano in l. si quis 112. §. si scripserit. 3 ff.*
23 *de legat. 1.* Hinc etiam fit, ut nemo testamento cavere ita queat, quò minus leges in suo testamento locum obtineant, *secundùm Pomponium in l. nemo. 55 ff eod. Verùm ea de re copiosiùs & exquisitiùs tractant Petrus Gregor. lib 42. syntagm. jur. univ, cap. 1. nu 5. cum multis seqq. & Nicol. Reusner. in tract. de testam. part. 1.*
24 *cap. 6.* Ex quibus ita breviter explicatis perspicuum efficitur: nihil omnino eorum defendendum esse opinationi, qui testandi facultatem & successionem testamentariam non ex justitia sive mero jure, sed ex benignitate & gratiâ descendere autumant, *Panormitan. in rubr. ext. de testam. Porcius hic, & Heigius nu. 3. Vasqu. lib. 1. de testator. potent. §. 2. nu. 1. Decius in l. eum, qui 13. nu. 4. ff. de jurisdict. & in rubr. C. qui testamenta facere poss. Anton. Gomez. tom. 3 var. resol. cap 2 nu 1 ibiq; in suis additionib. Emanuel Soarez & idem in thesaur recept sentent in verbo, testamentum nu 12. ubi & alios refert.* Nam ut testamenti factio, ita & testamentaria successio, utpote quæ ab illa dependet, jure publico & legibus introducta est. *l. testamenti. 3. ff. qui testam fac. poss* Et ita tradunt *Baldus, Angel. & Raphael Comensis in l. is, qui institutio. 32. in princip ff. de heredib. instituend. Iason in d. rubric. C. qui testam. fac. poss. Viglius in § sed prædicta, 2. nu 12. infrà hoc tit. Dn. Obrecht. disput. 19. de success testamentar. th. 23 cum seq. Dauth. in tract. de testam. nu 50. Reusner. dict. tract. de testam part. 2. cap. 2. nu 5. cum seqq.* Tametsi Tobias Nonius *hic in rubric. nu* 23 neutram opinionem sequatur, putetque, testandi facultatem neque ex juris rigore, neque ex gratia vel privilegio: sed ex juris æquitate hominibus esse concessam. *Vide D. Bisold. in delibat. jur. ex l 28. ff. q. 1. p. 101.*

Testamentum, *inquit hoc loco Iustinianus Imperator*, ex eo appellatur, quòd testatio mentis sit. 26
Quam testamenti etymologiam ac notationem, à Servio Sulpitio, Iurisconsulto ætatis suæ doctissimo, & nobilissimo, primùm proditum, *lib. 2. de testam.* tanquam insulsam taxant & cachinnis excipiunt. A. Gellius *lib. 6. noct. Attic. cap. 12.* hunc que secutus Laurentius Valla *lib. 6. elegant. cap. 37.* eo quòd nihil mens ad testamentum faciat, sicut nec ad pavimentum, regimentum, medicamentum, vestimentum, calceamentum, velamentum; sed hæc, & id genus innumera vocabula ultimam syllabam ornatus gratiâ sibi adjunxerint: cùm antea pavimen, regimen, medicamen, vestimen, calceamen, velamenque dicerentur. Attemerariam hanc esse, & injustam reprehensionem Inter- 27
pretes plerique meritò existimant. Haud enim Imperator, *post Servium Iurisconsultum*, testamenti verbum ait esse junctum sive compositum ex mente & testatione, sed simplex ex testatione deductum & formatum. Mentis autem vocabulum, emphasis causa, ad majorem rei expressionem & declarationem adjecisse videtur: ac si dixisset, testamentum esse majorem mentis & voluntatis nostræ significationem, quàm ullam aliam testationem, *l 1. ff qui test am facere poss.* Cujusmodi emphasis in vestimento, ornamento, spiramento, calceamento, condimento, & aliis vocabulis, eodem modo desinentibus, non apparet.
Namque in testamentis, quâ quisque mente fuerit, 28
præcipuè spectari solet. *l. 2. l in adversa. 17. ff. qui testam fac. poss l. in conditionib. 19 in princip. ff. de conditionib. & demonstrationib. l quotiens 9. & l. ex facto. 35. § rerum. 3 ff. de heredit. instituend. l. jam hoc 4. §. 2. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. 3. ff. de reb. dubiis l. si mihi 12. in fine ff. de legat 1. l non aliter. 69. ff de legat. 3. l. pediculis 32. §. Labeo 6. ff. de auro & argento legat. l. errore. 7. & l. quoniam. 25. C. de testament. Althusius lib. 1. dicaelog. cap 45 nu. 17. & 18. pag 165.* Sed & 29
aliàs Iurisconsulti non semper ex verbis, more Grammaticorũ, sed plerunque ex re ipsa notationem vocabuli mutuantur. *l. 1. in pr. ff. just. & jure. l. pr. ff de acq.*

quid

vel amitt. poss. l. damnũ. 3. ff. de dam. infect. l. senatus 35 § 1. ff. de mortis caus. donationib. l. 1 ff. de novat. Eaque de re videantur Theophilus, Giphanius, Nenius, Tunnigius & Viglius hic num. 4. Mynsinger. num. 1. Sehneidevvin. in quæst. testamentum unde dicatur nu. 1. Heigius num. 6. Vultej. num. 12. Connan. lib. 9. Comment. jur. civ. cap. 1. nu. 1. Forcatul. Necyomantia dialog. 73. num. 4. & 5. Loriot. de jur. arte tract. 11. ff. de testam. success. axiom. 1. Covarruv. ad rubt. extr. de testament. num. 2. Robertus lib. 2. sentent. cap. 19 Cujac. libr. 11. observ. cap. 37. & libr. 26. cap. 40. Petr. Gregor. lib. 42 syntagmat. jur. un. cap. 2 num. 3. Coras. li. 3. miscellan. jur. civ. cap. 22. num. 4. Vigelius in dialect. jur. lib. 1. pag. 20. Turamin. de exaquat. legat. cap. 1. num. 7. & 8. Gœddæus in l. nomen filiarum. 164. num. 6. ff. de verb. signif. Alciatus lib. 4. de verb. signif. & in leg. taberna. 183. num. 6. ff. eod. Dn. Obrecht. disput. 19. th. 32. & seqq. Reusner. in dict. tract. de testam. part. 1. cap. 7. Ioannes Dauth. in tract. de testament. num. 9. Forster. lib. 2. disput. 12. thr. 2. Timæus Faber in disput. anniversar. ad Institut. Imperial. disput. 15. th. 1. Iustus Schütz. exercitation. juris disput. 8. th. 1. pag. 113. Hunnius lib. var. resolut. jur. civil. tractat. 5. quæst. 1. pag. 547. Arumeus exercitat. Iustin. 7. th. 1. Stuckius part. 1. Exercitat. Iustinus decad. 6. assertion. 1. ad lit. a. aliique ab iis allegati.

30 Isthæc autem nominis notatio seu definitio non solùm testamento propriè sic dicto, quod perfectum & solenne est; sed etiam codicillis aliisq; minùs solennibus, & imperfectis testamentis congruit, ut notat glossa final. in d. leg. 1 ff. qui testamenta fac. possess. ibique Baldus num 4. Bolognet. ad rubric. tit. ff. de liber. & posthum. num. 12. Ruinus & Iason ad rubric.
31 ff. de legat. 1. nu. 2. & Bellonus hic num. 3 Hinc & testamentum in genere aut certè sub larga significatione; comprehendit codicillum: quippe ex quo non minùs, ac ex testamento defuncti voluntas cognoscitur; & ut in testamento, ita in codicillo testatio mentis consideratur: adeoque utrumque hoc testantæ mentis causa conficitur. l. 2. § ad causam. 2. ubi gloss. & Dd. ff. testam. quemadm. aper. l. si quis in gravi. 3. § si quis codicillos 25 ff. de senatusconsul. Silanian. Menoch. de præ-
32 sumpt. lib. 4 præsumpt. 3. num. 6. & seqq. Vnde consequens est; ut si statuto remissa sit testamentorum solennitas, putà si cautum sit, ut testamentum coram duobus testibus fieri possit, idem quoque de codicillo intelligatur. Angelus, Aretinus in tractat. de testam. gloss. 6. num. 2. eoque amplius si testator dispositionem aliquam, suum testamentum esse dicat, quòd minùs solennè sit, aut imperfectum, aut in quo heres non sit institutus, tunc ista ordinatio saltem jure codicilli valere debeat. Dominic. Magdal. in tractat. de numero testium in testament. requisito. part. 1. cap. 6. nu.
33 21. quem refert & sequitur Reusner. d. tractat. de testament. cap. 7 num. 16. in fin. Cæterùm propriè ac specialiter testamentum significat solenne testamentum, & ut contraria species, codicillo opponitur: ac proinde auctis testamentorum solennibus, non etiam augebitur testium numerus in codicillis. l. si idem. 7. & l. ult. § ult. C. de codic. l. non codicill. 14. C. de testam. l. generali. 13. ibi, vel testamento. vel codicillo. C. de SS. Eccles. & l. in princ. C. de bonis libertor. Tum quia statu- 34
torum verba propriè accipienda sunt, arg. l. si servum. 71. § non dixit prætor. 5. ff. de acq. vel omitt. hered. l. 1 § licèt. 20. vers. in re igitur dubia. ff de exercitor. act. l. constitutionib. 24. ff ad municipal. l. si verò 64. § de viro. 9. ff. soluto matrim. Tum quia in correctoriis ex- 35
tensio non admittitur, arg. l. præcipimus. 32. § ult. C. de appellat. l. ult. C. de interdicto matrim. cap. susceptum de rescript. lib. 6. cap. cùm in illis 16. de præbend. eod. lib. 6. cap. cùm expediat. 29 de elect. d. lib. 6. Dauth. d. tract. de testam. nu. 9. in fin.

Porrò & illud hic breviter observandum: quòd ar- 36
gumentum ab etymologia vocabuli sumptum affirmativè non valeat, sed tantùm negativè. Neque enim procedit argumentum: Est testatio mentis: igitur est testamentum: potest siquidem esse codicillus: Sed è diverso valet hoc modo. Non est mentis testatio: ergo nec testamentum. Sic non sequitur: de meo factum est tuum: ergo est mutuum: quia potest esse donatio. At 37
contra valet consequentia: non fit de meo tuum: ergo non est mutuum. Ratio autem, cur affirmativè argumentum ab etymologia non procedat, perspicua est: quia etymologia est generalior etymologiato, & se habet tanquam genus ad speciem. Ast à genere ad speciem argumentum affirmativè non procedit: veluti, est animal: ergo est bos: quia potest esse asinus: Verùm hanc rem eruditè & subtiliter explicant, post Raphaëem Cuman. in l. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. & Fulgosium in leg. 2. § appell. 2 ff. de reb. creditorib. si cert. petit. Viglius hic nu. 5 cum seqq. Nonius nu. 31. cum seqq. Schneid. in q. testamentũ unde dicatur. nu. 2. cum seqq. & Thad. Piso nu 8. Nicol Everh. in locis legal. lib. loco, ab etym. nu. 8. & seqq.

Post etymon & notationem verbi, dispiciendum 38
modò est de testamenti definitione, quam Iustinianus Imp. hic omisit. Quod etenim Wesenbec. hic nu. 2. & alii quidam Interpretes tradunt, Iustinianum in verbis illis (Testamentum ex eo appellatur, quòd testatio mentis sit) definiisse testamentum: probari minimè potest. Nam non ait Iustinianus, testamentum ita definiri, sed ex eo ita appellari. Ratio autem definiendi alia est à ratione appellandi, secundùm Logicos. Quinimò si definitio rei est, convertetur cum re. Atqui in codicillis est testatio mentis, nec tamen testamentum est. l. si idem 7. C. de codic. Idq; latiùs explicant Vultejus hic nu. 14. D. Obrecht. d. disp. 19. th. 26. cum aliquot seqq. & Arum. d. exercit. Iust. 7. th. 1 in fine. Cæterùm generalis & vera testamenti definitio petenda est ex l. 1. ff. qui testam. fac. poss. ubi Modestin. Testamentum, in- 39
quit, est voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. In hac definitione generis loco vox sententiæ ponitur: quia ea latè patet. Siquidem sententia dicitur non solùm testatoris, sed etiam legislatoris, senatusconsulti & iudicis. l. ex sententia 29. ff. de testam. tut. l. contra legem. 25. ff. de leg. l. qualem. 19. § 1 ff. de recept. qui arbitrium. & c. l. præses 3. C. de sentent. & interlocut. omn. jud. Neq; v. satis est Modestino dicere, sententia: sed addit, voluntatis.
Tum quia voluntatis mentisq; integritas, nō corporis 40

sanitas, in testante exigenda est. *l. a. ff. qui testam. fac. poss Oldend initio class 5. progymnasm. in verb est voluntatis pag mihi.* 804. Tum quia testamentū non intelligitur, nisi quis se hoc, vel illud fieri velle decernat.
41 Hinc vulgò dicitur, verba enunciativa (*Dialectici vocant enunciativam orationem, quâ aliquid affirmatur, vel negatur esse*) non esse idonea sine apta ad faciendum testamentum, sed tantùm dispositiva. *Duaren. ad d. l. ff qui testam fac poss. sub c. quid sit testam. Hil-*
42 *ligor. in Donello enucleat li. 6. c 4 lit. C.* Hinc quoq; affirmandum videtur: testamentum metu factum, ipso jure nullum esse: cùm volutas metu illato exclusa censeatur, *arg l. qui testam 20. § fin. ff. qui testamenta fac. poss. l. qui in aliena. 6 § ult ff. de acq vel omitt. heredit. l. 1. C. de SS. Eccles.* ubi in testamentis liber stylus & libera voluntas requiritur, *item arg c. veniens. 13. & c.*
43 *cùm locum 14. ext. de sponsal.* ex quibus nonnulli colligunt; sicuti matrimonium metu contractum: ita & testamentum metu factum esse ipso jure nullum, *Imola in l. 1. & in l. qui testamento. 20. in fin. n. 13 ff. qui testam fac poss. Iason. in l. 1. C si quis aliquem testari prohibuerit: prout eos allegat Menoch lib 2. de arbitr. judic. quæst. cent. 4 cas. 395. n. 7 Quibus adstipulatur Iacob. Cramer. dissertat 11. posit 7.* Sed contrarium veritati magis accedit, quoniam in testamento metu fa-
44 cto voluntas testatoris adest. Siquidem coacta voluntas etiam est voluntas: cùm principium agendi sit in eo, qui metu coactus est, nec possit dici omnino invitus facere. *l. si patre cogente. 22. ff. de ritu nupt. l. si mulier. 21 § si metus ff. quod metus caus. latè, post alios, Dauth. in tract. de testam. n. 20 & seqq.* Hancq; com-
45 munem & veram esse sententiam, testatur Fachinæus *lib. 10. controvers. jur. cap. 15.* Propriè tamen voluntas coacta, non est voluntas: quia non planè est libera & integra. Vis etenim & metus liberæ voluntati repugnant *l nihil consensui 116 ff de reg. jur.* Et propterea
46 testamentū istud jure prætorio rescindi potest: quandoquidem Prætor ratum non habet id quod quis metu compulsus fecit. *dict l. si mulier. 21. § si metus & tot tit ff quod met. caus l. pen. & 1. C de his, quæ vi metusve caus. gesta sunt l. interpositas 13. C. de transact. Duaren. ad d. l. ff. qui testam. fac poss c. quid sit testam. vers. ex eo, quod diximus, &c.* Hoc edictum Spiritum S. in ore prætoris posuisse & vocem Dei ab homine prolatam esse, affirmat Baldus *in l. nominationes*
47 *27. n. 5 C. de appellationib.* Diversum autem est, si quis blanditiis verborumve lenociniis & illecebris in se defuncti voluntatem provocat. *l. ult C. si quis aliquem testare prohibuerit.* Quia hoc casu libera voluntas non impeditur; sed tantùm incitatur & promovetur *d. l. ult. C. ibiq; Iason nu 5 & l. ult ff eod & ibid. Bart. & Castrens. Vasq. de succes. creat. lib. 1 § 17 nu 13 cum seqq. Alciat. li 2 parerg. cap. 31 Cephal. cons. 276. n. 41. Gail lib. 2. observ. 117. n. 4.* Nisi fortè contrarium ex circumstantiis appareat: ut si pater novercalibus delinimentis & instigationibus inductus, contra propriium suum sanguinem, suæ voluntatis judicium dedisset. *l. non est 4. ff. de inoffic. testam. Petr. Gregor in syntagm jur. univers. libr. 42 cap 2 nu 6. Dn Obrecht. disput. 19 de successi. testam. thes. 51, & seq.* Aut nisi ad blanditias verborum minæ, vel violentę persuasiones, dolus, & aliæ fraudulentæ machinationes accedunt. *l. 1. § persuadere 3 ff de serv. corrupt. Matth. de Afflict. decis. 69. nu. 7. Decius cons. 489 nu. 2. & 9. Marian. Socin jun. cons. 32. nu 5 lib. 4 Molin. cons. 31. nu. 7 & 8. Reusn. in tract. de testam. part. 1. cap. 9. nu 67. Schurff. cons. 49. nu. 9. cent 2 Menoch. de arbitr. jud d. cas. 395. nu. 41. Tiber. Decian. cons. 65. nu 6. 7. 14. cum seqq li. 2 & cons. 70 nu. 24. lib 3. Gabr. Roman. lib. 4. commun. conclus. tit. de testam. concl 2. hosq; citans Dauth. d. tract. de testam. nu. 23.* Porrò an & quatenus testamentum, ad alterius falsam suggestionem, vel ex falsa causa factum, de jure sit validum, diligentissimè examinat Hieron. Pantschman. *quæstion. juris controvers. lib. 21. quæst. 2. per tot.* nec non Matthias Berlichius *part. 3. conclusion. practicabil. conclus 7. pag 143. & seqq.*

Adjicitur in testamenti definitione vocabulum *no-* 48
stra. Quia testamentum ex propria duntaxat voluntate proficisci, nec in voluntatem alterius conferri debet. *l. illa institutio. 32 ff de heredib instituend.* Ideo- 49
que hoc genus institutionis heredum improbatur. *Ego illos heredes instituo, quos Titius voluerit.* Hujusque ratio est: quia certum esse debet consilium testantis *teste Vlpiano in fragm. Instit tit. 22. §. incerta persona, &c.* ac proinde legitimum testamentum non dici- 50
tur, quod ex alieno arbitrio pendet. *d. l. illa Institut 32 in princip. ff. de heredit. Instit.* Vnde quoque captato- 51
ria voluntas seu dispositio nullius momenti esse censetur. *l captatorias 70. ff. eod & l. captatorias 11. C. de testam. milit.* Captatoria voluntas sive dispositio putatur, quæ fit captandæ alterius hereditatis causa: velut: *instituo Titium heredem ex ea parte, ex qua me heredem instituerit.* Vel: *Titius si me tabulis testamenti sui heredem à se scriptum ostenderit, heres esto. l. 1 ff. de his, quæ pro non scriptis habentur.* Hæc mea 52
dispositio est captatoria: quia captat Titii hereditatem, & fraude quidem: cùm semper meum testamentum mutare possim. Hancque captatoriam dispositionem non inscitè quidam autumant genus quoddam piscationis, eosque, qui talem dispositionem faciunt, piscatores esse, qui fraudibus & dolis alienas hereditates captant. Vt enim piscatores hamum in mare aut flumen mittunt, non ut illius jacturam faciant; sed ut hamum cum pisce ad se retrahant: ita qui captatorias faciant dispositiones, hereditates suas in hamo deferunt, ut uberiores illiciant. *Dauth. d tract. de testam. nu. 26. & seq.* Ex quo patescit, si duo institue- 53
rint se invicem heredes mutua affectione ducti, non esse captatoriam voluntatem ultimam quoniam tunc nulla est talis conditio, quæ conferatur ad secretum alienæ voluntatis. *dict l. captatorias 70. ff. de heredib. institut. ibique Duaren. in cap. 3. circa fin. Covarruv. in cap. cùm tibi 13. nu. 2. ext. de testament.* Præterea 54
particulâ istâ *nostra* ostendere videtur Modestinus: testamenti factionem ad cives tantùm Romanos pertinere. Quasi diceret: testamentum est nostræ seu civium Romanorum voluntatis justa sententia. Quod enim cives Romani post mortem suam justè fieri volunt, pro testamento eorum habetur, *ut ex Dua-*

rono

reno notat D. Obrecht. disputat. 19. thes. 61. & Reusner. in tractat. de testament. part. 1. cap. 8. numero 21.
55 Apponitur definitioni vox, justa. Iustam sententiam alii aliter accipiunt, ut videre est ex traditis à
56 Dauth. in d. tract. de testament. num. 12. Communiter autem Doctores pro perfecta interpretantur, ut sic
heredis institutio, quæ caput testamenti est, includatur, § ante heredis. 34. infr. de leg. Bart. Bald. & alii in l.
2. ff qui testam. fac. poss. Sed huic interpretationi repugnat, quòd & codicillus, in suo genere perfectus sit, licèt ex paucioribus requisitis constet. l. ult. §. ult. Cod.
de codicill. Quare ut salvetur hæc definitio, & ab omni contrarietate vindicetur: veriùs dici potest, justam
sententiam pro legitimâ intactâ, illibatâ, ac omnibus modis ratâ, exponendam esse. arg. l. si quæramus. 4. in
fin. ff. qui testam fac. poss. Secundùm quam significationem & interpretationem codicillus non est justa
sententia. Nam cùm hæreditas codicillis directo dari
57 nequeat, sed tantùm per fideicommissum. §. fin. infr.
de codicill. l. 2. Cod. eod. & de fideicommisso deducatur quarta Trebellianica, tot. tit. ff. & Codic. ad SC. Trebell. consequens est, voluntatem codicillorum non
satis esse ratam, intactam, & illibatam. Eâdem interpretatione tollitur etiam, quod de legato vulgò objici-
58 tur. Quamvis enim legatum sit voluntatis nostræ justa sententia, non secus, ac testamentum. §. 1. infr. de legat. l. verbis legis. 120. ff. de verb. signif. tot. tit. ff de legat. 1. cum aliquot titul. seqq. Illibata tamen, intacta, cunctisque modis rata & firma non est: cùm legata patiantur Falcidiæ legis detractionem, si universorum bonorum legata fuerint. tot. tit. infr. de lege Falcid &
tot. tit. ff. & Cod. eod. Vasquius de successionum creat. in
præfat. num 26 & seq. ubi hanc definitionem pluribus
defendit ut & D. Obrecht. d. disput. 19. th. 73. cum seqq.
pag. 418 & seq.
59 Reliqua definitionis verba, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, indicant testamentum non nisi
post mortem demum valere, perfectionemque suam accipere: propterea quòd testatoris voluntas usque ad obitum ambulatoria & revocabilis est l. quod si iterum.
4. ff de adimend. vel transfer. legat. leg. 1. Cod. de sacros.
Eccles. in tantum, ut nemo eam sibi legem dicere pos
sit, ut à priori voluntate non recedat. l. si quis. 22. in
60 princ. ff de legat. 3. Hincà Iuliano responsum est: nec libertatem ex testamento deberi vivo testatore, licèt
post annum, quo testamentum factum fuit, servus liber esse jussus sit l. qui duos. 18 §. 1. & 2 ff. de manumissis testamento. Hinc quoque testamentum vocatur
judicium mortuorum. leg. quoniam. 15 Cod. de testamentis. suprema voluntas l. cùm hic status 32 § ait oratio. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. item supremum
& postremum judicium. l. militis. 4. Cod. de religios. &
sumpt. funer. dict. l. quoniam. 15. & l. omnium. 19. C. de
testament. morientis supremum arbitrium. l. volumus.
20. Cod. eod. itemque ultimum elogium. l. furiosum. 9.
in princ. Cod qui testam fac. poss l. cùm furiosus. 7 § &
si quidem. 5 Cod. de curatore furiosi l. cum lege 50 Cod.
de episcop. & cleric. Reusner in d. tract. de testament.
part. 1. cap. 1. num. 10. Sic qui testamentum facit, suprema ordinare dicitur l. Titius. 25. §. 1. ff. de liber. & post- 61
hum. &c. Sed & postremis istis definitionis verbis admonemur: sufficere consensum ejus, qui testamentum facit, ad testamentum faciendum: quo nomine
à contractu testamentum discernitur. Etenim contractus mutuo duorum consensu constat, l. 1. §. 2. & 3.
ff. de pact. l. si & me. 32. ff. de reb. credit. si cert. pet. At testamentum ab unius consensu pendet, nec in alienum arbitrium confertur. l. 1. ubi Gothofred. ff. de legat. 2. l. fideicommissa. 11 §. quanquam. 7. ff. de legat. 3.
leg. utrùm. 7. §. 1. ff. de reb. dub. l. nonnunquam. 52 ff. de
condit. & demonstrat. Bronchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 43. edit. 1. & Fachineus libr. 5. controversiar.
jur. cap. 58. Et propterea appellatione testamenti non
continetur contractus, nec appellatione contractûs
testamentum. l. verba contraxerunt. 20. ff. de verb. signific. Duaren ad titul. ff qui testament. fac. poss. capit.
quid sit testamentum. ante finem. Dn. Obrecht. disput.
19. thes. 94. & seq pag. 420. Atque hæc de testamenti
definitione.
Porrò testamentum sive facultas testamenti facien- 62
di, cujus juris sit, sæpè varièque à Doctoribus agitata quæstio est? Et juris civilis esse, tradiderunt, glossa
in l. 1. in verb. civitatis nostræ. ff. de acquir. rer. domin.
& in l. sunt quidam. 17. in verb. non habeant. ff. de
pœn. & in l. 1. in verb. non possunt. Cod. de heredib. instit ibiq. Baldus, Salicetus, Fulgosius, Iason, Corneus,
& Francisc. Aretinus, Bartol. in l. ex hoc jure. 5. num.
5. ff. de justit. & jur. Alciatus in l. Gallus. 29. in princ.
num. 1. ff de liber. & posthum. hered. instit. & ibidem
Marcus Aquilin. in §. & quid. si tantum. 5. num. 62. Castrens. in l. 3 num. 3. ff. qui testament. fac. poss Fernand.
Vasq. de test. ater. potent. § 1. circa princip. Christophorus
Porcius, Bellonus, Rittershusius, & Tobias Nonius hic
nu 7 & 21. Bronchorst. cont. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 27.
edit. 1. Forster lib. 2. disput. 12. th. 3. Gœddæus in Commentar. de contrahend. & committ. stipul. cap. 2. conclus. 1. num. 22 Hœnon disp. 7. controvers. 1. Ant Faber.
Iurispr. Papin. de jur. nat. pr. 2 ad finem fermè. & pr. 4.
illat 1. itemque part. 2 de errorib. pragmaticor. Decad.
36. error. 2. Hunnius disput. 8. th. 3 & lib 2. var. resolut.
jur. civ. tract. 5. quest. 3. Matth Stephani cent. 2. quæst.
51. Martin Schickhard disput. 7. th. 1. lit. b. & alii. Verùm contrarium, nimirum testamentum, quoad originem suam & inventionem sive essentiam, juris gentium; quoad formam & solennitatem, juris civilis esse, amplexi sunt Bartol. & Iason. sibi non usque adeo
constantes, in l. interdum. 29. ff. de condict. indebit. Idem Iason, post alios, in rubr. ff. de acquirend. vel omittend. hered & in l. admonendi. 31. n. 184. ff. de jurejur. Viglius in § sed prædicta. 2. num. 4. & seqq. infr. hoc
tit. Connanus lib. 9. Comment. jur. civ. cap. 1. numer. 3.
Theophil. in § ius autem civile, 1 supr de jur. nat. gent.
& civ. Cramer. disceptat. 11 pos. 9. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap. 6. num 7 Gutierrez. num. 79. & Iohan. Hannibal num. 109. in leg nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Diezan. in thes. commun. opin. in dictione, testamentum. numer 1 & 2. Villalobos numero. 20. & Soarez. numer. 11 Duaren. ad t. ff. qui testament. fac. possess.
cap. 1. vers. hinc tractatur quæstio. &c. Clarus libr. 3.

sentent.receptar. §.testamentum.quæst.2 Pinel. in rub. Cod. derescind vendit.part,1.cap.1.numer.23. Vultejus in §.sed ut nihil.1.numer. 1. infr. hoc tit. Arumæus Exercitat.Iustin.7.th.3.& disputat 17. Pandect. th.1. Schneidevvinus hic num.12.cum seqq D. Bocerus nu. 32.pag.267. Riemer.decad 6 quest.illustr.1. Vngepaur. exercit.Iustin.8 quest.1.pag,309. cum seqq.edit.ult. & Pet.Ricciard.num.153.Treutler.volum.2. disp 10.th 1. Dauth.in tr.de test n.82.Schegk.in delib jur.disp.9 th. 1.Bachovius hic nu.3.pag.400. Angel.Mathæacius lib. 1.de via jur,cap.34 num.26 Helliger. in Donello enucleato lib.6.cap 4.lit a.Hackelman.disp.illust.16. th.1. Reusner.in tract de testament.part.1.cap.4. num. 2. & 17.Cujac.ad l.1.& 3.ff quitestament.fac.poss. Paulus Berens disp.6 ad institut.them 1.qu. 1. Herman. Meyrer.in tract. de testamentar. successionib.libr.1.tit.2 n. 1 Andr.Gerhard.Exercitat.Iustin.7.qu.1.Iacob. Richius in tract. de unione prolium. cap.3.num.44.Dn.Obrecht.disput 19.th.62.cumseqq.Hieronym.de Cavallos. in speculo aur.opiniõ commun. contr. commun. quæst. 512.Gilkenius in tract depræscriptionib.part.3 c 3 nu. 150.cum seqq.& ad l.1.Cod.de heredib, instit. num. 5. & seqq fol.461.cum seqq.pluresq; alii,ab iis relati. Et horum sententiam uti verissimam,ita frequentioribus Interpretum suffragiis receptam esse, omninò judico. Eaque haud vulgaribus innititur rationibus & argumentis.

63 Primò enim, quod apud omnes peræquè gentes custoditur, jure gentium introductum esse dicitur. *d. § jus autem civile 1. vers.quod ve è naturalis.supr.de jur.nat gent.& civil.omnes populi.9 ff de justit.& jur.*

64 Sed testamentum apud omnes peræquè gentes custoditur; quia omnes gentes testari potuerunt, & adhuc testari possunt. Idque multis tam sacræ scripturæ, quàm historiarum exemplis confirmatur. Etenim *Geneseos cap.25.vers.5* legimus: Abrahamum filium suum Isaacum heredem instituisse, exclusis concubinarum filiis, quibus tantummodò quædam munera est largitus, Sic *Geneseos cap 27.vers.28.& seqq* edocemur; in causa successionis Iacobum fratri suo Esau voce Patris Isaaci, quæ vim testamenti habuit, prælatum fuisse. Pari ratione Divus Apostolus, *ad Galat. cap.3.vers.15.* arguit à testamento hominis, ad testamentum Dei, dum ait: hominis confirmatum testamentum non sperni, neque ei aliquid addi, &c. Idem inculcat Apostolus *ad Hebræos c.9.v.16.* Præterea Titus Livius *lib 1.decad 1.* auctor est, Tarquinium testamento patris heredem institurum, omnia bona solum retulisse, excluso fratre posthumo, cui à re nomen Egerii fuerit. Idem Livius recenset; Procum Albæ Regem, Numitori vetustum Sylviæ gentis regnum legâsse, tanquam filio majori natu: tametsi violentia, à juniore filio Amulio illata, plus potuerit, quàm paternum judicium. Adhæc extat Cyri morientis elogium ulti- 65 mum apud Xenophontem, *libr.8. de Cyropædiâ*, ubi hanc in sententiam scribitur: *Cyrus ante mortem convocatis filiis in præsentia amicorum, filio seniori Cambysi Imperium & regnum: alteri verò Medes & Armenios reliquit, & pia mandata filiis dedit, de concordiâ fraternâ, dicens: qui providet fratri, seipsum curat; quem præterea turpius est non amare, quàm fratrem? quem omnibus pulchrius est anteponere, quam fratrem? Et tradens sceptrum Imperii Cambysi, inquit: Non est aureum hoc sceptrum, quod regnum servet: sed Amici multi sceptrum sunt Regibus verissimum, maximeque tutum. Et ultimò ait: Meum corpus, Filii charissimi, cùm moriar, neque in auro condite, neque in argento, neque in alia re prorsus ulla, sed illud terræ reddite. Quid enim hac re beatius, quàm misceri terra, quæ pulchra omnia, bona omnia gignit & nutrit? referente Schneidevvino hic numero. 18.* Plura ejus- 66 modi exempla videre licet apud Petrum Gregorium *lib.7.de Republ.cap.12.* Et certè hanc affectionem, ut quisque suæ posteritati consulere cupiat, & consequenter desiderium faciendi testamenti, ab initio naturæ omnium gentium animis fuisse insitam & impressam, non solum M.Cicero *lib.3 de finib.* testatur sed inde etiã æstimari potest: quòd Isocrates *in AEginetico* commemorat: Græcos in aliis facilè dissentientes; in hoc tamen unanimiter convenire, ut legem testamentis suffragantem, ubique probent & complectantur. *Nec officit*, quòd olim Athenis ante tempora Solonis legis- 67 latoris (qui de libera testandi facultate legem primus tulit, *auctore Plutarcho in Solone*) testamenta nullam vim habuerint, *ut tradit Balduinus ad leges Romuli. cap.26.* quòdque ex Cornelio Tacito *de moribus German scribente* constet: apud Germanos nullum testamentum in usu fuisse. *Nam* sicut una & altera gens 68 jus gentium non constituit, ita nec tollit: & non considerandum est, quid una vel altera gens sine ratione, sed quid pleræque instinctu naturalis rationis faciant, *Viglius in dict.§.sed prædicta.2.num.8.infr.hoc tit.* Unde, *ut rectè animadvertit Cujacius ad d.l. 3. ff. quitestament.fac.possunt.* quamvis incestum Persæ probent: non tamen propterea dicendum erit, istiusmodi facinus naturâ ittrpe non esse. *l.probrum. 42.ff. de verbor. significat.* Deinde quidam accipiunt locum Taciti de testamento in scriptis: quia apud Germanos veteres, literarum secreta viri pariter ac fœminæ ignorabant. *Petrus Gilkenius ad d.l.1.C.de heredib instit.num. 31. pag.467. Vngepaur dict exercit.Iustin 8.quæst.1. circa finem pagin.315.* Qitin & hoc forsan non ineptè quis dixerit: Germanos & Athenienses non idcircò testamenta non fecisse: quòd testamenta improbarent: sed quòd non alios sibi successores, quàm qui sanguinis propinquitate ad hereditatem vocantur, optarent. In quo utriusque gentis maxima laus consistit: quia nullus adfuisse videtur tam ingratus, ut opus esset eum ab hereditate per testamentum excludere. *Dn. Obrecht. d. disp.19 thes.69.& seq.*

Secundò, nostræ assertioni non vulgare pondus præ- 69 bet, quòd illud dicatur confirmari, quod antè fuit, quàm confirmaretur. Ille siquidem, qui confirmat, nihil novi aut proprii tribuere intelligitur. *l. & quia 6. ff.de jurisdiction.c.cùm inter.13.de sentent.& re judic. c.tùm dilecta. 4.de confirmat. utili vel inutili.* Atqui testamentariæ successiones lege XII. tabb. sicque jure civili confirmatæ dicuntur. *l.lege obvenire.130.ff. de verb.significatione.* Ergo ante jus civile, atque adeò jure gentium primò introductum fuit testamen-

tum

tum, & tandem communi Prudentum consensu in certam juris formam redactum.

70 Tertiò, suffragatur textus *in l. idem est. 13. §. 2. ff. de testamento milit.* ubi expressum est; deportatos, & omnes ferè alios, qui testamenti factionem non habent, à milite heredes institui posse. Cujus non potest esse ratio alia, quàm quod talis dispositio videatur habere instar contractuum juris gentium, cujus communio deportatis & similibus denegata non est, *l. sunt qui dam. 17. in fin. ff. de pœnis.*

71 Quartò, ratio naturalis sempiterna & immota, quasi tacita quædam lex, ex quâ jus gentium metimur, liberis (&, his non extantibus, propinquis) parentum hereditatem addicit. *l. cùm ratio. 7. in princ. ff. de bonis damnator. l. nam etsi. 15 in prin. ff. de inoffic. testament. l. scripto. 7. in fine. ff. unde liberi. leg. ultim. Cod. quorum*
72 *bonor. can. jus naturale. 7. distinct. 1.* eandemque inhumanum esse dictat, vivos habere de rebus suis disponendi facultatem; eam autem morientibus denegari, *arg. tit. suprà, de leg. Fus. Canin. tollend.*

73 Quintò, qua ratione maris & fœminæ conjunctio juri naturali expensa refertur. *per princ. tit. supr. de jur. nat. gent. & civ.* quamvis forma conjunctionis dispositioni juris civilis debeatur, *initio tit. supr. de nupt. tot. tit. ext. de sponsalib.* & nihilominus quoad consensum, qui facit nuptias, juris gentium esse dicitur. *l. nuptias. 30. ff. de reg. jur. Accurs. in d. princ. sup. de jur. nat. gent. & civ. super verb. matrimonium.* eadem ratione etiam testamenta, quæ materiam & originem à jure gentium; formam autem à jure civili receperunt, juris
74 gentium esse intelliguntur. Quemadmodum & actiones, partim juris gentium, quoad materiam, originem & causam primam, id est, consensum, qui causa est contractûs efficiens, ex quo, mediante tamen obligatione, actio nascitur. *l. ex hoc jure. 5 ff. de just. & jur. hac de re latius acturi sumus in §. sequent. 2. num. 29. inf. de obligationib.* partim juris civilis, quoad formam & solennitatem earum, esse dicuntur. Vnde & legis actiones, & leges XII. tabb. simul cœpisse scribit Pomponius *in l. 2 § deinde. 6 ff. de orig. jur. & explicatum est uberius in princ. tit. infr. de actionib. num. 17. & seqq.*

75 Postremò, testandi facultatem adeò naturæ juri inniti videmus, ut nulla conventione, etiam ab ipso testatore interpositâ, infringi possit. *l. pactum. 15. Cod. de pact. l. hereditas 5. Cod. de pact. convent. l. fin. ff. de suis & legit. heredib.* cùm tamen beneficia juri civili quæsita quilibet paciscendo amittere possit: *argum. l. penult. C. de pact.* Sed videantur Timæus Faber *in auspic. anniversar. ad Institut. Imperiales. disput. 18. th. 2. &* Gilkenius *ad prædictam. l. 1. Cod. de heredibus instituend. num. 6.* ubi pro hac assertione nostra plures rationes adducit.

76 Cui non refragatur §. *ult. supr. de usu & habitat.* ubi cùm Iustinianus Imperator ostendisset, se explicuisse, quibus modis jure gentium res acquirerentur; addidit, ordinis rationem exigere, ut etiam dispiceret, quibus modis legitimo & civili jure eædem acquirerentur: unde cùm statim subjecerit titulos, *de usucapionib. & de testam. ordinand.* significare voluit, testamenta juri civili adscribenda esse. Non, *inquam*, §. ille ult. refragatur. Quia tituli intermedii, *videlicet tit. de donationib. & tit. per quas person. cuiq. acquirit.* haud difficulter coarguunt, non omnes titulos sequentes juri civili in solidum accepto ferendos: quanquam multa in his peculiaria sint, quæ juri civili accepto ferantur. Quâ ratione etiam singulare in testamentis est, ut forma ipsorum, *de quâ in l. hac consultissima. 21. Cod. de testam.* item quod quis debeat de omnibus facultatibus disponere. *l. jus nostrum. 7. ff. de reg. jur.* & quòd, si de quibusdam duntaxat testetur, locum habeat jus accrescendi. *l. 1. § si ex fundo 4. & l. ex facto 35. ff. de heredib. instituend.* & similia, *de quib. infr. num.* 87. legibus civilibus debeantur.

Sic non obstat §. 1. & 2. *infr. hoc tit.* ex quibus apparet, quòd testamenta partim ad jus prætorium, par- 77
tim ad jus civile, partim ad constitutiones Principum, non verò jus gentium referantur. *Quoniam in istis §§.* non quæritur, quo jure testamenta introducta sint, juréne gentium, an civili; sed quænam fuerint formæ jure civili, in testamentis observandæ, introductæ atque receptæ. Sunt autem hæ quæstiones diversæ: & illa magis inventionis est, hæc judicii: ut ita absurdè ex illis locis colligatur, testamenta jure civili primùm fuisse introducta, juri gentium incognita. Nam ea origine quidem suâ esse juris gentium; sed eadem etiam esse juris civilis, nimirum approbatione & informatione, sive respectu formæ & solennitatis, ex rationibus & auctoritatibus supra *n.* 62 *& seqq.* allatis enitescit.

Similiter non obest hoc argumentum: Testamen- 78
tum dicitur esse juris publici *l. 3 ff. qui testament. fac. poss.* Sed inter jus publicum & civile non videtur esse differentia *§ fin. supr. de just. & jur.* Ergo testamentū est juris civilis. *Etenim* jus publicum non solùm constat ex jure civili, sed etiam ex jure gentium: quia jus publicum dicitur, quod ad statū rei Romanæ spectat & circa sacra, sacerdotes & magistratus versatur. *l. 1 § hujus studii. 2. ff. de just. & jur* Sacra autem, Sacerdotes, & Magistratus juris gentium esse, evincitur *in l. 2. & l. ex hoc jure 5 ff. d. tit. & fusius docuimus ad §. hujus studii 4. n. 18. & seqq. sup. de just. & jur.* Licèt igitur testamentum sit juris publici: non tamen inde sequitur, quòd sit tantùm juris civilis. *Præterea respondetur:* jus publicū dupliciter in jure nostro accipi: primùm pro eo, quod spectat ad statum rei Romanæ. *d. l. 1. §. 2. ff. eod.* deinde pro eo, quod quidem ad singulorum utilitatē pertinet: sed tamen à jure publico ita dependet, ut in privatorū hominum non sit potestate. Et hoc modo testamentū publici juris dicitur. *in d. l. 3. ff. qui testam. fac. poss.* Cu- 79
jus sententia hæc est, *secundùm Cujacium & Gothofredum ibidem:* Ius testamenti faciendi tribuitur jure publico & legibus non privatorū voluntate. Nec enim pater filiisfamiliâs. *leg. qui in potestate. 6. ff. eod.* nec patronus liberto testamenti factionem præbet *l. Paulus. 47. § patroni. ff. de bon. libe. tor.* nec sibi quisquam suo arbitrio testandi auctoritatē sumit: sed secundum leges si voluntatē effectū habere voluerit, testabitur *l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Arumæus exerc. Iustin. 7. thes. 5.*

Non item resistit *l. 1 ff. ad leg. Falcid. l. sed si, accepto. 32 ff. de jure fisci. l. 1. Cod. de heredib. instituend. &* 80
§. 1. tit. 22. in fragmentis Vlpian. quibus ex locis relu-

cet.

cet, deportatos & peregrinos, id est, non cives Romanos, ex testamento capiendi jus non habere. *Nam respondetur*: potuisse etiam illos, qui cives non essent, testamentum condere; non quidem legibus Romanis, sed suis, vel Patriæ suæ. *l.si non speciali 9. Cod.de testament.* Vnde si leges Patriæ circa legitimam portionem filiorum, item legem Falcidiam, vel SC. Trebellianum, & alias juris nostri prærogativas, nihil constituissent: extraneus, & qui civis Romanus non esset, eo nomine blandiri sibi non posset. *Nec moverit*, si regeratur: ex præallegatis locis facilè colligi; peregrinos, aut non cives Romanos, nullo modo potuisse te-
81 stari. *Quia* sciendum est: verbum *peregrini* duplicem admittere significationem: ut nonnunquam designet eum, qui jus civitatis Romanæ amisit ex causa pœnæ: ut sunt illi, quibus aquâ & igni interdictum est, aut qui deportati, adeòque de numero civium exempti sunt. *l.sed si conditioni. 6.§ solemus.2 ff. de heredib. instit. l.sed si hoc.10 §.sed si per pœnam. 6. ff. de in jus vocand. Vlp.in suis fragm.dict.tit 22.§ 1.* interdum denotet eum, qui non sit civis Romanus, *ut in l,2.§ post aliquot.28.ff de orig jur.l si quis affirmavit 9.§. & si servum 4.ff.de dol.mal.* Priori in significatu peregrini neque jus testandi, neque etiam ex testamentis quidquam capiendi, habuerunt *dict.l.1. Cod. de heredib instit & similibus.* Posteriori verò significatione, scilicet vocabulum *peregrini* pro extraneo accipiatur, statuendum est: peregrinos, id est, externæ nationis homines, & testamentum posse facere, & ex testamento acquirere. Cùm enim testamentum facere nominatim non prohibeantur, imò quòd institui possint, disertè caveatur. *l extraneum.9. & 11.Cod.de heredib.instit.* absurdum debet videri, si eosdem testamenti factione fraudemus. Sed eâ de re vide accuratissimè dissertantem Gilkenium *ad dict. l. 1. Cod. eod. numer. 12. & seqq.*

82 Non quoque adversatur, deportatis ea omnia, quæ sunt juris gentium, concessa esse. *l sunt quidam. 17. in fin.ff.de pœn.* & tamen jus testamenti faciendi, & ex eo capiendi, illis denegari. *l.ejus,qui.8.§ 1.& 2 ff. qui testament fac.poss.dict l.1. C. de heredibus. inst.* Etenim testamentum origine suâ, juris gentium; sed ratione formæ & solennitatis, juris civilis esse, ex supra tra-
83 ditis liquet. Hujus juris cùm deportati expertes sint: testamentum condere non possunt. Hæc igitur testandi impotentia non ex eo est, quòd testamentum quoad inventionem & originem juris sit civilis: sed quod ea, quæ jure civili ad perfectum & solenne testamentum sunt necessaria, deportatis denegentur. Quòd si verò testamentum aliquod fuerit conditum, juris civilis solennitatibus omissis: deportatus in eo heres institui, & ex eo lucrum percipere poterit; ut in militis testamento, ab omni juris civilis solennitate destituto. *l.idem est*
84 *13.§.& deportati 2 ff de testament. militis.* Cui non obstat, quod emptio jure gentium introducta esse dicatur. *l.ex hoc jure.5.ff de justit.& jur.* & jus civile ei formam dederit, *per princip.t. inf. de empt & vendit.* & tamen capax ejus si deportatus. *l si mand.22 §.11.cujus.5 ff.mandati.* Respondetur enim, *secundùm Viglium in §.sed prædicta 2. num.11 infr. hoc tit.* quòd emptio sit merè juris gentium. *l.juris gentium.7 §. 1.ff.de pactis.* nec illi quicquam jus civile addiderit, vel detraxerit: & si aliquo casu quippiam addiderit, eo fortè fuerit juris civilis, ut cùm scriptura requiratur. *l. contractus.17.Cod.de fide instrumentor.* Deinde responden- 85
dum: quòd textus *in d l.22 §.5.ff.mandat.* non loquatur de deportato, sed de eo, cujus bona publicata sunt. Iam verò simul esse possunt, quòd bona alicujus sint publicata, & tamen ipse deportatus non sit, *argum.l. certa forma. 4.ibiq; Bartol.& Angel.Cod.de jure fisci. Nonius hic num.9.* Non item rectè opponitur, quòd deportatus illa omnia, quæ juris sunt gentium, ut & libertatem, retineat. *dict.l sunt quidam. 17.in fin.ff. de pœn §.minor 2.supr. de capit.deminut.* ac proinde civis Romanus remaneat: & consequenter etiam testamentum conficere valeat. Nam hoc ipso, quod libertatem retinet, videtur civis Romanus, jurisque civilis particeps esse, *per textum in l.in orbe.17 ff.de stat. homin* ubi constitutum est; omnes liberos homines, in Orbe Romano versantes, pro civibus Romanis reputandos. Hoc, *inquam*, non rectè opponitur. Quia textus iste procedit: nisi propter grave aliquod delictum versantibus in orbe Romano jus civitatis ademptum sit. Quo casu etiamsi ille in orbe Romano degat; jure tamen civitatis non gaudet, nec juris civilis particeps censetur. Deportatus autem propter delictum admissum, excluditur à jure civitatis. Quare ut maximè retineat libertatem: non tamen retinebit civitatem, utpote quæ ob deportationem sive maleficium, specialiter ei adempta esse intelligitur. *§.cùm autem.1 supr.quib.mod.jus patr.potest.solv.dict.§.minor.2.supr.de capit.deminut.* Adde, quod deportatus, si evaserit terminos Imperii Romani, jure gentium testari possit, *notante Bachovio hic n.3 p.400.*

Rursus non obsistit, quòd forma det esse sive ipsam 86
essentiam rei. *l Iulian.9.§ sed si quis in fine. ff. ad exhibend.l si is, qui,80.§ 1.ff.ad leg. Falcid.l.cum. hi. 8. in princ & §.si prætor.17.ff. de transactionib. l. mulieris. 13 § 1 ff.de verbor significat.* Testamenta autem formam ex dispositione juris civilis accipiant. *l. hac consultissima.21. Cod. de testam.* Proindeque testamenta juris civilis esse videantur. *Nam* licèt forma testamen- 87
ti condendi inter cives Romanos juri civili debeatur, unà cum suis beneficiis. *l.1.ff.ad leg.Falcid.* aliud tamen fuit in testamentis nationum externarum, quæ jure gentium, & propriâ formâ testamenta conficere potuerunt: ut fuerunt Græci, Syri, Ægyptii, &c. Hos enim ante constitutionem Imp. Antonini, *d.l. in orbe. 17 ff. de stat.homin.* testamentum facere potuisse, non dubitandum est: tametsi eorum in testamentis beneficia juris civilis locum habuisse, probabile non videatur: veluti jus accrescendi. *l.triplici.142.ff. de verb.significat.* dominii, sine apprehensione possessionis, transferendi. *l. cum heredes.23.in princ.ff de acquir vel amitt possess.* quacunque lingua testandi. *d.l.hac consultissima.21. §. fin.C.de testam* legis Falcidiæ. *d.l.1.ff.ad leg.Falcid.* Senatusconsulti Trebelliani, *l.1 ff.ad SC.Trebellian.* certæ portionis duntaxat filiis, aut heredibus institutis relinquendæ, & de cæteris bonis liberè disponendi. *dict. l.1.ff. ad legem Falcid.l.verbis.120 ff.de verbor significatione l.parentibus.8, Cod.de inofficios. testament.*

Novell.

Novell.22.cap.2.vers.disponat,&c. Item quòd legata & fideicommissa nedum actionem in personam pariant, sed etiam in rem, & hypothecariam. *l. 1. & 2 Cod. Communia de legat. & fideicommiss.* Adde, quod nihil potest esse sine formâ, licèt hæc una sit perfectior aliâ; & quædam à jure gentium ruditer informata & delineata, quam jus civile formavit exactiùs. *Bachovius in not. & animadvers. ad volum. 2. disputationum Treutleri. disp. 10. de testament. thes. 1. lit. b. pagin.* 504. Hucusque referantur, quæ annotavi *ad §. impuberes. 6. numer. 3 & seqq. supr. de Attiliano tutore.*

88 Amplius non obloquitur *l. verbis legis 120. ff. de verb. significat.* ubi traditur, heredem instituendorum facultatem à lege XII. tabb esse tributam. At heres non nisi in testamento institui potest: & sine heredis institutione nullum prorsus est testamentum. *§. ante heredis. 34. infr. de legat.* Ergò testandi facultas à lege XII. tabb. & sic à jure civili data atque introducta fuit. Non, *inquam*, obloquitur. Quamvis enim lege duodecim tabb. latissima heredes instituendi, & legata libertatesque dandi potestas concessa sit: non tamen propterea dicitur lex illa fecisse aliquid de novo introducendo; sed jus antiquum confirmando. *l. lege obvenire. 130. ff. de verbor. significatione.* Siquidem jam ante duodecim tabularum leges, testandi facultas concessa erat, ut constat ex Plutarcho *in vita Coriolani*, ubi proœmii testamenti mentionem facit, & notat hîc Nonius *num. 7. vers. secundò pro hac opinione, &c.* ubi

89 etiam aliam responsionem subjicit. *Nec movere* quicquam, quòd lex XII. tabb. dicitur antiquissima. *d. Novell. 22 cap. 2.* Quia licèt antiquissimæ sint testamentorum formæ in Republ. Romanâ, à lege XII. tabb. inductæ: jus gentium tamen est antiquius: sed nulla certa per ipsum forma data fuit, *ut monet Viglius ind. §. sed prædicta 2. num. 12. inf. hoc tit.*

90 Præterea parùm molestiæ facessit hoc argumentum: Dispositio, quâ cum alterius detrimento quis locupletatur, non est juris gentium, sed potiùs juris civilis. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. l. iure naturæ. 206 ff. de reg. jur.* Sed si pater testaretur, ex-

91 traneum heredem instituendo: is hoc testamento locupletaretur cum detrimento filiorum, qui vivo etiam patre quodammodò domini rerum paternarum existimantur. *l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. hered. instit.* Ergo testamentum non juris gentium est, sed potiùs juris civilis. *Respondetur*: tunc aliquem dici locupletari cum alterius jacturâ, cùm locupletatur cum jacturâ veri domini. *Et ita procedit dict. l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. cum similib.* Atqui heres iste institutus non locupletior redditur cum damno sive jacturâ veri domini: cum filii non sint, vivo patre, veri domini rerum paternarum, sed ipse pater. *dict. l. in suis. 11. ibi, quodammodo domini. ff. de liber. & posth. hered. instituend. Nonius hic num. 11.*

92 Ultimò non repugnat auctoritas Isidori *in can. fin. Distinct. 1.* qui, definito jure Quiritum, quod nulli nisi soli Romani observant, subjicit exemplum de legitimis hereditatibus, ab intestato, vel ex testamento delatis. *Nam* loquitur de illo jure civili, quod liberos duntaxat, qui in potestate erant, ad successionem ut suos admittebat. *§ 1. & 2. infr. de hereditatib. quæ ab intest. deferunt.* emancipatos autem planè repellebat. *§. emancipati 9. infr. d. tit.* item quod masculos fœminis in causa successionis præferebat. *§. item vetustas. 15. infr. eod. tit. l. maximum vitium. 4 Cod. de liber. præterit.* quoad Iustinianus Imperator exploso discrimine emancipationis & sexûs, naturale vinculum & conjunctionem solummodo spectandam constituit: *Novell. 118. cap. 1. & Auth. in successione. C. de suis & legit. liberis.* Atque ita sentit Gilkenius *ad d. l. 1. num 28. Cod. de heredib. instituend.* ubi & alia, quæ nostræ sententiæ adversari primis oculis videntur, refellit & Vngepaur. *d. exercitat. 8. q. 1 edit. ultim.* Eâdem de quæstione videantur quoque Iustus Schütz *dict. disput. 8. th. 3. pag. 14. cum seq. &* Frantzkius *dict. exercit. jurid. 6. qu. 1 p. 145. & seqq.*

Porrò multùm prodest investigare, & cognoscere: 93
utrùm jure civili, an gentium testamentum sit introductum. Etenim si affirmetur, illud introductum esse jure civili: poterit statuto disponi, ut nemo condere testamentum valeat: cùm unum jus civile tollat alterum, *arg. nihil tam naturale. 35 ff. de reg. jur.* Si verò dicatur, jure gentium illud introductum esse: non poterit statuto tolli testamenti factio: cùm jura gentium semper firma permaneant, & jure civili tolli haud queant *§ penultim supr. de jure nat. gent. & civ.* Hinc 95
consequens est: ne quidem Principem ex plenitudine potestatis privatorum testamentis derogare, aut succedendi modum à testatore ordinatum alterare vel immutare posse. *l. si testamentum. 10 Cod. de testament. l. rescripta 7. Cod. de precib. Imp. offerend. l. si donationem. 5. Cod de revocand. donationib.* Ejusque ratio est 96
perspicua: Tum quia ea, quæ juris gentium sunt, à Principe sine justa causâ immutari nequeunt. *dict. §. penult supr. de jur. nat. gent. & c. l. omnes populi. 9. ff. de just. & jur.* Tum quia injuriosum est, & indignum majestate regnantis, alicui quæsitum jus vigore cujusdam rescripti auferre, *argum l. id. quod nostrum. 11. ff. ff. de reg. iur. l. cùm te 9. Cod. de donationib. ante nupt. l. iis civile. 12. Cod de rei vindicat.* aut contra jus, cum alterius injuriâ, vana atque inania beneficia conferre. *l. nec avus 4. Cod. de emancipationib. liberor.* maximè 97
cùm publicè expediat, suprema hominum judicia exitum habere. *l. vel negare. 5. ff. testament. quemadmod. aperiant. l. 1. in princ. ff si quis omissa caus. testamenti, &c.* nec quicquam magis hominibus debeatur, quàm 98
ut supremæ voluntatis, postquàm jam aliud velle non possunt, liber sit stylus; & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, *rescribente Imp. Constantino, in l 1. Cod. de SS. Eccles.* Cum itaque ad publicam utilitatem pertineat, testantium voluntates adimpleri: eas neque lex, neque Princeps impedire; sed istas, sicut venator leporem, sequi debet, ut tradit Doctor Marta *tom 5. digestorum novissimor tit. ultima voluntas. cap 1. fol. 152. ex decisione Regni Neapolitani 265. Francisci Vivii.* Atque ita etiam sentiunt *Fernandus Vasquius, lib. 1 controvers. illust cap. 5. num 21. Covarruv. libr. 3. variar. resolut. cap. 6. numer. 5. & seq. Pinel. in rubr. Cod. de rescind. vendit. part. 1. cap. 2 numer. 16. Gail. lib. 2. obs. 58. numer. 9. Matth. Stephani cent. 2. quæst. 52.*

Dec.conf.357.num 5.& conf.557.n.4.& 5.Reusner.part. 1 de testament.cap.4.num.33.cum seqq Menoch. conf. 20.nu.1.& consil.321.n.35.Hackelman.illustr.quæst. disput.16.thes.2.ad lit. B.& Paul Berent Disput.6.ad Institut.thes.1 quæst.2. Eadem de re videantur *Francifcus Mantica.lib.11.de conjectur.ultim.volunt.tit.12 num.32 Cephalus consil.111.nu.38 & consil. 186.num. 37.Graff recept.sentent.§ 1.numer 8. & Prutkman.in tractat.de Regalib.c.4.memb.3 effect. 8. ubi plures utramq; in partem allegat.* Videantur quoque ea, quæ de Principis potestate copiosiùs tradidi, *ad princ. tit. sup. de rer. divis.n.95 & multis seqq.*

99 Illud hic quasi Coronidis vice addendum: quòd, cùm testamentorum solennitates sint juris civilis, ut ex antedictis constat; Imperator alicui privilegium & facultatem sine solennitatibus (solùm observatâ probatoria & ex jure gentium descendēte solennitate) testandi concedere possit. Hujusque ratio jam nota est quia Princeps Romanus, quam vult, testandi formam & solennitatem præscribere potest. *l. omnium.10. de testam.* cùm jus testandi sit ex legibus. *l. verbis legis.* 120. *& l. lege obvenire.130 ff de verb.signif.* Princeps vero suprà leges, legibusque solutus sit. *l. Princeps. 31. ff de ll.* Quod ex vera & communi Dd. sententia de legibus civilibus, & inter cætera de solennibus testamentorum intelligendum est per *l. ex Imperfecto 3.C. de testam ibiq. I. Dauth.n.5 Iason, Corrasius l.2.miscell.jur.civil cap.25. n.5.& complures alii, quos laudavi supra ad princ.tit. de rer.div.n.129.* Hincque Antonius Faber *in Codice suo lib.6.tit.5.defin.22.* scribit, quòd etiam in præjudicium ejus, qui alioquin ex anteriori testamento successurus erat, is, qui à Principe facultatem absque solennitate testandi impetravit, utiliter testari intelligatur: scilicet, quòd nemo jus acquisivisse ante mortem testatoris dici possit: propterea quod neque heres ullus, neque hereditas viventis esse videatur *l.1.ff. de hered. vel action. vend l.1.ff. pro hered.* ubi subjicit, in senatu Sabaudico ita judicatum fuisse, per textum *in l. si non speciali 9.C. de testament.* Fabrum refert & sequitur clarissimus Dn. Collega Besoldus *in thesauro.practico lit. T.n.5 pag.766 & seq.*

§. *Sed ut nihil antiquitatis.1.*

Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur: sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse: quorum altero in pace & ocio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cùm in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram: scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus, & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod verò per æs & libram fiebat, licèt diutiùs permanserit: attamen partim & hoc in usu esse desiit.

SVMMARIA.

1. *Olim tria fuerunt testamentorum genera.*
2. *Testamentum calatis comitiis quale fuerit.*
3. *Testamentum in procinctu quale, & cur ita appellatum.*
4. *Testamentum per æs & libram quomodo fieret.*
5. *Libripens quis.*
6. *Familiæ emptor quis.*
7. *Cur ad illud testamentum quinque testes exigerentur.*
8. *Testes classici qui dicantur.*
9. *Cur testamentum per æs & libram in usu esse desierit.*

ENarrantur hoc in §. tria testamentorum genera 1
quæ olim in usu fuerunt: *unum*, quod calatis comitiis: *alterum*, quod in procinctu: *tertium*, quod per æs & libram appellabatur. Testamentum calatis comitiis tempore pacis tantùm fiebat. Dicebatur autem 2
testamentum calatis comitiis, quòd in comitiis, cōvocato ad ea bis in anno, per præconem sive cornicinem populo, fieret. Et illic testator, populo præsente, ac veluti teste, voluntatem suam exponebat, Quiritesque obtestabatur, ut illam ratam esse sinerent, servarique curarent. Calata Comitia quæ & unde dicta fuerint, noviter exelicuit Ioh. Limnæus *tom.3. de jure publ. lib. 9. c.1.num.6.& seq.* Testamento in procinctu vetetes in 3
prælium exituri, ob dubiam belli aleam, utebantur. Dicebatur in procinctu ex eo, quòd in ipso militum ad expeditionem apparatu conderetur, à militibus ipsis procinctis, id est, jam toga militari præcinctis, & ad confligendum cum hoste paratis. Quoniam verò hæ duæ duntaxat testamentorum species in usu olim erāt: haud raro eveniebat, ut nonnulli repentino & subitaneo morbo correpti, mortem obire ut intestati. Neque enim calatis comitiis testabantur, quòd nondum tempus comitiorum instaret, utpote quæ bis tantùm in anno celebrarentur: neque item in procinctu, quia bellum non esset. Ideòque jam longo tempore in desuetudinem abierunt, & tertia species inventa est, quæ voca- 4
batur, per æs & libram. Testamentum autem per æs & libram fiebat per emancipationem, hoc est, *ut Iustin. Imp. hic ipse explicat. in vers accessit, &c.* per imaginariam quandam venditionem, quinque testibus & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Libripens, id est, librarum auri, argenti, ærisque ponderator adhibebatur: 5
quia pecuniam veteres non numerare, sed ponderare solebant. Cæterùm modò dictis præsentibus, qui successor defuncti erat futurus, æs tenens, seu nummum unum, pretii loco, morituri patrimonium in hæc, aut non dissimilia verba emebat: *Hanc ego familiam, ex jure Quiritium, meam esse ajo: eaq; mihi empta est hoc ære, æneaq; librâ.* Deinde ære percutiens libram, id æs dabat testatori domino rerum, imaginarii pretii loco: ap- 6
pellabaturq; is, qui emebat, familiæ (id est, bonorum sive patrimonii aut hereditatis) emptor. Atque tunc ordinabat testator, quid post mortem suam fieri vellet.

Dice-

Dicebat enim familiæ emptori: *huic volo fundum da-*
7 *ri: illi domum: alii centum, &c.* Porrò, cur ad testamen-
tum illud quinque testium præsentia desideraretur, ra
tio hæc esse videtur: quia totus populus Romanus, cu-
jus vicem isti testes repræsentabant, distributus erat in
quinque classes, ut constat ex Livio *lib 3. & aliis.* Ex
una igitur quaque classe eligebatur unus, ut ita in uni-
8 versum quinq; testes fierent. Vnde hi testes etiam clas-
sici dicebantur, *teste Festo, eumq; referente Rittershusio*
hic pag. 228 ubi reprehendit Conradum Heresbachi-
um *in Epitome Christianæ Iurisprud. Edict. 9.* existi-
mantem, classicos testes esse quasi primæ classis
& existimationis homines, ac ideirco idoneos veritatis
9 sponsores, omnique exceptione majores. Sed isthoc te-
stādi genere licèt diu Romani usi fuerint: attamen paula-
tim in usu esse desiit, quasi votum captandæ mortis in-
ducens. Nam is, qui se heredem futurum intelligebat,
de viventis hereditate improbè solicitus, rerum domi-
no plerunque insidias struebat. Verùm de tribus istis
testamentorum generibus abolitis consulantur *A Gel-*
lius libr. 15 noct. Attic. cap. 27. M. Cicero lib. 1. de Orat.
& lib. 1. de naturâ Deor. Plutarchus in Coriolano. Vl
pian. in fragm. Instituti. t. 20. Coras. libr. 5. Miscell. jur.
civ. c. 12. Connan lib. 9. Comment. jur. civ. c 1. n 4. Pe-
trus Gregorius libr. 42 syntagm juris univers. cap. 3.
Forcatul. Necyomant Dialog. 14. Hilliger. in Donello e-
nucleat. lib. 6. cap. 6. ad lit. B. Reusner in tract. de testa-
ment. part. 1. cap. 10. Theophilus, Viglius, Hotomanus
Mynsingerus, Berchols. Tuningius, Heigius, Bachovius
& alii in hoc §. nostro

§. *Sed prædicta. 2.*

Sed prædicta quidem nomina testamento-
rum ad jus civile referebantur; postea verò ex
edicto prætoris forma alia faciendorum testa-
mentorum introducta est. Iure enim honora-
rio nulla emancipatio desiderabatur: sed septē
testium signa sufficiebant: cùm jure civili signa
testium non essent necessaria.

SVMMARIA.

1 *Testamentum aliud civile, aliud prætorium.*
2 *Quæ fuerint testamenti requisita de jure prætorio quæ item jure civili.*
3 *Hodie testamentum non est mere civile, sed ex civili & prætorio mixtum.*
4 *Verba (testamentum, heres, &c.) sunt iuris civilis propria.*

1 EX hoc §. colligitur divisio testamenti, in civile. &
prætorium. Iure namque civili alia erat testamen-
ti forma, alia jure prætorio. Et quidem jure civili tripli-
cem olim fuisse formam, jam suprà expositum est §.
proximo. Hodie verò testamenti forma quæ sit, expli-
2 catur infrà §. *subsequente.* Cæterùm jure prætorio se-
ptem duntaxat testes, horumque signa desiderában-
tur: cùm jure civili signa testium non essent necessaria,
docente hic Iustiniano: sed tantùm eorum præsentia, *ut*
liquet ex §. proximè præcedente, ibi, quinque testib. præ-
sentibus. itemque rogatio, *l heredes 21. § penult. ff. qui*
testam. fac. poss. & ut spontè adsint, non coacti *l. qui te-*
stament 20. § ult. ff. eod ac usque ad supremam conte-
stationem maneant. *d. l. qui testam. 20. § & veteres. 8.*
ff. d. t. Eaque unico actu absolvatur. *d. l hered. 21. §. ult.*
ff eod. & infr. § seq. vers. quod jus civile quodammodo
exigebat & notat Wesenb hic in fine. Quanquam au- 3
tem hodie testamentum non merè est civile: sed mix-
tum ex civili & prætorio, *ut ex §. seq. apertè constat:* di-
stinguitur tamen ab hoc mixto prætorium testamen-
tum, sive observatio & forma juris prætorii: ut si testa-
mentum septem habeat testes: eorumque signa, &
nulla alia solennia. non erit quidem verè testamentum
attamen testatoris voluntas jure prætorio substinebi-
tur: heresque scriptus bona obtinebit, non quidem
ut heres; sed ut bonorum possessor, id est, heres præ-
torius. Nam verba (*testamentum, heres, hereditas.*) 4
propria sunt juris civilis; non juris prætorii, *monente*
D. Giphanio hic circa finem: ubi subjungit, hæc de præ-
torio quasi testamento diligenter, utpote minùs vulgò
nota, observanda esse, *ut hic. l si testament. 23.*
ff. qui testament. fac. possess l. cum tabulæ. 7. & l.
ut bonorum 9. ff. de bonor. poss secund. tab. l. 2. Cod. eod. l.
postumus. 12. ff de iniust. rupt. irrit. fac. testament. §.
quos autem solue. 2 infr. de bonor. possessionib. Vlpianus.
in fragment Institut. tit. 23. §. si septem signis, &c. Porrò
de variis testamentorum divisionibus videatur Nicol.
Reusnerus *in tract. de testam. part. 1. cap 11.*

§. *Sed cùm paulatim. 3. & §. sed his omnibus. 4.*

Sed cùm paulatim tam ex usu hominum
quàm ex constitutionum emendationibus
cœpit in unam consonantiam jus civile, &
prætorium jungi: constitutum est, ut uno eo-
demque tempore (quod jus civile quodam-
modo exigebat) septem testibus adhibitis, &
subscriptione testium (quod ex constitutioni-
bus inventum est: & ex edicto prætoris) signa-
cula testamentis imponerentur: ita ut hoc jus
tripertium esse videatur: & testes quidem &
eorum præsentia uno contextu testamenti ce-
lebrandi gratia, á jure civili descendant: sub-
scriptiones autem testatoris & testium, ex sa-
crarum constitutionum observatione adhi-
beantur: signacula autem, & testium nume-
rus, ex edicto prætoris.

§. 4. Sed his omnibus à nostra constitutio-
ne propter testamentorum sinceritatem, ut
nulla fraus adhibeatur, hoc additum est: ut per
manus testatoris vel testium nomen heredis
exprimatur: & omnia secundum illius consti-
tutionis tenorem procedant.

SVMMARIA.

1. *Forma veri & solennis testamenti in quibus consistat.*
2. *Cur uno contextu testamentum perfici oporteat, duplex ratio.*
3. *Forma a lege vel statuto data, substantialis esse præsumitur.*
4. *Necessitas non habet legem.*
5. *Vtrùm contractus aliquis in testamento celebrari queat.*
6. *Nullus actus alienus testamento potest intermisceri.*
7. *Testamentum & contractus inter se differunt.*
8. *Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis, & numero 41.*
9. *Actus modicus quatenus non vitiet obligationem.*
10. *Intellectus l. non est mirum. 26. ff. de pignorat. action.*
11. *Iuramentum quid sit.*
12. *Sententia l. assignare. 7 ff. de assignand. libert.*
13. *Mortis causa donatio fieri potest testamento.*
14. *Explicatio l. quidam. 40 ff. de heredib. instituend.*
15. *Divisio in testamento patris fieri potest inter liberos.*
16. *Divisio emptionis vicem obtinet.*
17. *Pactum de hereditate futura, cui accedit voluntas testatoris, valet.*
18. *In testamento, & nuncupativo & scripto, septem testes specialiter rogati requiruntur.*
19. *Cur septenarius numerus exigatur, variæ rationes.*
20. *Iuris constitutio ratio nec investiganda, nec reddenda.*
21. *Septenarius numeri frequentissimus usus.*
22. *Quatenus in ore duorum vel trium consistere debeat omne verbum.*
23. *Mens & expositio c. cùm esses. 10. de testamentis.*
24. *Novella Leonis quatenus recipienda.*
25. *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituta sunt.*
26. *Numerus septem testium utrùm sit de forma probatoria, an substantiali ipsius testamenti.*
27. *Intellectus l. final. Cod. de fid. icommiss.*
28. *An ex testamento minus sol. uni oriatur naturalis obligatio.*
29. *Obligatio naturalis proficiscitur ex consensu.*
30. *Nemo præsumitur velle suum jactare.*
31. *Quibus casibus defectus solennis numeri testium non vitiet testamentum.*
32. *Quæ jure civili sunt disposita, contrariâ lege vel statuto mutari possunt.*
33. *Num testamentum, quod vigore statuti seu consuetudinis coram duobus tribusve testibus factum valet, etiam alibi, ubi major numerus testium requiritur, pro valido sit habendum.*
34. *Quoad solennitates attenditur consuetudo loci, in quo actus celebratur.*
35. *Testamentum coram Principe, vel apud acta judicis factum, sine solennitatibus subsistit.*
36. *Testamentum tempore pestis conditum, quod testes desideret.*
37. *Regulæ generali standum, donec ejus exceptio ostendatur.*
38. *Damnum, quod sua quis culpa sentit, sentire non videtur.*
39. *Sententia l. conficiuntur 8 §. 2. ff. de jur. codicill.*
40. *Interpretatio l. casus. 8 Cod. de testament.*
41. *Exceptio regulam confirmat in casibus non exceptis.*
42. *Explanatio l. ult. ff. de testam. milit.*
43. *Tempus belli, & ... pestis æquiparantur.*
44. *Magnum discrimen inter milites, & paganos.*
45. *Necessitatis plerumque ratio haberi solet.*
46. *Quatenus coram 5. testibus rustici testari possint.*
47. *Legi scriptæ parendum.*
48. *In testamento, ad pias causas facto, duo sufficiunt testes, etiam non rogati.*
49. *Pia causa quæ dicantur. item utrùm testamentum ad pias causas conditum, valeat ratione voluntatis imperfectum.*
50. *Testamentum à parentibus inter liberos, coram duobus testibus, cujuscunque sexûs, confectum subsistit.*
51. *Vtrùm testamentum patris inter liberos imperfectum, verè ac propriè testamentum appellari possit.*
52. *Consideratio Novella 107. c. 1.*
53. *Testamentum patris imperfectum inter liberos magis est solenne, quam testamentum militis.*
54. *Testamentum militis, propriè appellatur testamentum.*
55. *Ad testamenti perfectionem, solennitatis major observatio nihil facit, si lex minorem solennitatem permittat.*
56. *Omnis ultima voluntas, in qua heres institui potest, verum & proprium dicitur testamentum.*
57. *Liberi a parentibus in testamento imperfecto heredes instituti debent.*
58. *Mens & sententia l. filii. 16. & l. fin. C. famil. erciscund.*
59. *Duo contraria in idem subjectum cadere nequeunt.*
60. *Dispositio patris inter liberos, non confecta secundùm regulas juris, quatenus dicatur testamentum imperfectum.*
61. *Imperfectio quot modis intelligatur.*
62. *Scapha, licet mediocritate a navi oneraria distet, nihilominus verè & propriè navis dicitur.*
63. *Explicatio l. miles si testamentum. 35. ff. de testament. milit.*
64. *Denominatio cujusque rei ab effectu desumitur: & res quælibet, qualis sit, ab effectu cognoscitur.*
65. *Vtilitas prima decisæ quæstionis.*
66. *Verba statutorum in vera ac propria significatione accipienda.*
67. *Secunda quæstionis decisæ utilitas.*
68. *Tertia utilitas.*
69. *Verba cujusvis legis in proprio significatu accipi oportet.*
70 *An tutor, a patre in testamento imperfecto liberis datus, confirmatione magistratûs opus habeat.*
71. *Intellectus l. qui a patre. 3. ff. de confirmand. tutor.*
72. *Privilegium unius non debet vergere in præjudicium alterius.*
73. *Nunquid testamentum patris inter liberos imperfectum, valeat etiam jure Pandectarum.*
74. *An datio tutoris, testamento paterno inserta, ipso jure, absque confirmatione, valeat.*
75. *Num ut testamentum patris inter liberos imperfectum valet; sic etiam matris imperfectum testamentum inter liberos subsistat.*
76. *Matris hereditas non minùs, quàm patris, debetur liberis.*
77. *Si mater, defuncto primo marito, ex quo liberos susceperat, ad secundas transierit nuptias; nunquid ejus testamentum inter liberos perinde valeat, ac si vidua mansisset.*
78. *Pœna privationis privilegiorum locum non habet, nisi legibus sit expressa.*
79. *Verba generalia generaliter intelligenda. & n. 86.*
80. *Mater ad secunda veniens vota, jus tutelæ filii impuberis perdit.*
81. *Cessante legis ratione, cessat etiam ejus dispositio.*
82. *Ecquid testamentum patris deportati, inter liberos absque solennitatibus juris communis confectum, subsistat.*
83. *Cùm de re seu persona aliqua disponitur: habilitas, quantum ad alia, præsupponitur.*
84. *Testamentum patris inter liberos, an & quatenus ad terminos juris gentium sit redactum.*
85. *Num usurarius manifestus testamentum inter liberos suos condere possit*
86. *Verba generalia indistinctè & generaliter de omnibus casibus, quos ambitu sua comprehendere possunt, exaudiri debent.*
87. *Quotiescunque de forma testandi communi, singulari jure aliquid relaxatur: in cæteris omnibus habilitas necessariò præsupponitur.*
88. *Vsurarius jure Canonico testamentum facere prohibetur.*
89. *Vsurarius, ad ultimæ depo tati, quatenus retineat, ea, quæ juris sunt gentium.*
90. *Testamentum ne quidem rescripto Principis fieri potest.*
91. *Nemo alterius odio seu delicto debet prægravari.*
92. *Multa in consequentiam permittuntur, quæ principaliter fieri nequeunt.*
93. *An quemadmodum testamentum paternum inter liberos imperfectum valeat: sic vice versa valeat quoque testamentū liberorum imperfectum inter parentes.*
94. *Dictio (solus) sua natura est exclusiva.*
95. *Vnius inclusio est exclusio alterius.*
96. *Quatenus parentes liberis defunctis succedant.*
97. *Parentes liberis thesaurizare debent.*
98. *Liberorum maxime favore constitutum est quòd testamēta parētum minùs solemnia valeant.*

22. Exad

99 *Quæ notabilia sunt, nisi specialiter exprimantur, pro omissis habentur.*
100 *Pater & filius sunt correlativa.*
101 *Quicquid de uno correlativorum statutum est; de altero etiam statutum intelligitur.*
102 *Argumentum à natura correlativorum quando non procedat.*
103 *Liberis parentum hereditas quatenus ipso jure naturali debeatur.*
104 *An testamentum parentis imperfectum valeat, quo is cum filiis suis primi gradûs unum vel plures ex alio filio nepotes heredes instituit.*
105 *Consideratio l. fin. C. familiæ ercisc. & num. 117. item num. 128. 201. 229*
106 *Nepos jure repræsentationis in locum patris prædefuncti succedit*
107 *Qualitas, quæ ad materiam propositam non pertinet, in consideratione non habetur.*
108 *Non tam verba, quam effectus, spectanda.*
109 *Contrariorum contrarii sunt effectus.*
110 *Si avus testamento imperfecto plures instituat nepotes, ex diversis filiis adhuc superstitibus, hujusmodi testamentum non valet*
111 *Num dispositio dicta l. fin. C. famil. ercisc. sit correcta per Theodosium Imp.*
112 *Liberorum appellatione omnes in infinitum descendentes veniunt.*
113 *Intellectus l. hac consultiss. ma. 21. § ex imperfecto. 1. C. de testam. & num. 129*
114 *Genus per speciem semper derogatur.*
115 *In generali dispositione nunquam continentur, quæ diversam rationem habent.*
116 *Utrùm testamentum nuncupativum parentis inter liberos valeat, quo is coram duobus duntaxat testibus voluntatem suam declaravit.*
117 *Consideratio l. filii 16. & d. l. fin. C. famil. ercisc.*
118 *Nuda patris scriptura, nullo teste suffulta, tanquam testamentum inter liberos valet.*
119 *Innumeræ falsitates, per imitationem & mutationem alienæ scripturæ commissa.*
120 *Idque probatur aliquot exemplis.*
121 *Contrariorum argumentorum refutatio.*
122 *Voluntas verbis declarata quæ potissimum dicatur.*
123 *Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.*
124 *An facilius sit, duos testes corrumpi, quàm scriptum testamentum falsificari.*
125 *Testamentum in scriptis coram quatuor testibus factum, quatenus subsistat.*
126 *Certâ formâ à lege præscriptâ non observatâ, actus redditur nullus & num. 154*
127 *An parentis schedula manu ipsius conscripta, absque ullis testibus vim testamenti habeat.*
128 *Consideratio d. l. ult. C. famil. ercisc. & nu. 105. 117. & 220*
129 *Sententia l. hac consultissima 2. § ex imperfecto. C. de testam.*
130 *Expositio Novell. 107. cap. 1*
131 *Filios observare parentum voluntatem, æquitas dictat.*
132 *Voluntas, testibus destituta, formam testamenti vel codicillorum non habet*
133 *Testamentum unde derivetur*
134 *Mens testatoris in testamentis præcipuè dominatur*
135 *Haud necesse est, testamentum manu patris conscriptum, ab eo quoque esse subscriptum, aut testibus adhibitis publicatum*
136 *Quod lex non requirit ad aliquem actum, nec nos requirere debemus*
137 *Sententia Auth. si modò. C. famil. ercisc. & Nov. 16 cap. 7.*
138 *Ecquid schedula manu alterius exarata, a parentibus verè subscripta, ut qualiscunque ultima voluntas valeat*
139 *Subscriptio idem operatur, quod scriptura propria*
140 *Statutum loquens de scribente, habet etiam locum in subscribente.*
141 *Si scheda testatoris manu neque conscripta, neque subscripta fuerit, quatenus ceu testamentum inter liberos subsistat*
142 *Ut testamentum nuncupativum valeat, non omninò necesse est, ut testes ultimam testatoris voluntatem exaudiant, sed sufficit, si testator sese ad scripturam quandam referat*
143 *Utrùm si pater schedulam, in qua ultima sua voluntas inter liberos comprehensa dicitur, per alium exaratam manu suâ subscripsit; hoc casu probandum sit, patrem contenta in tali schedula scivisse, an verò scientia sit præsumenda*
144 *Subscribens se instrumento, præsumitur notitiam omnium in eo contentorum habuisse*
145 *Quatenus in dubio ignorantia potiùs, quàm scientia præsumatur.*
146 *An generalis subscriptio sufficiat*
147 *Tantundem operatur genus in suo genere, quantum species in sua specie*
148 *Relatio, quæ subscriptioni inest, ad scripturam præcedentem cum omnibus ejus qualitatibus facta intelligitur*
149 *Nudi nominis subscriptio nihil operatur*
150 *Num quemadmodum subscriptio patris ad testamentum inter liberos, alienâ manu exaratum, confirmandum sufficit; sic etiam ejusdem patris suprascriptio sufficiat*
151 *Suprascriptio quid sit*
152 *Et testium & Notarii subscriptio in fine alicujus instrumenti poni solet*
153 *An solùm patris sigillum, alienâ scripturâ absque subscriptione appositum, testamentum inter liberos confirmet.*
154 *Forma actus conficiendo à lege præscripta, præcisè observanda*
155 *Sigillum alienæ scripturæ subnexum, quatenus officio scripturæ vel subscriptionis fungatur*
156 *Sigillum diversum quippiam est à subscriptione*
157 *Quatenus sigillum præsumatur appositum voluntate ejus: ad quem pertinet*
158 *Si unus vel plures ex filiis illius, qui perhibetur per schedulam exhibitam testamentum inter liberos fecisse, negaverint; istam schedulam manu patris scriptam esse, quomodo veritas scripturæ probetur*
159 *An & quatenus testes de veritate scripturæ deponentes, plenam fidem faciant*
160 *Imitari manum alterius, non difficile*
161 *Utrùm scriptura, ab uno ex filiis in vim testamenti paterni producta & ab aliis filiis negata, per comparationem literarum verificari queat*
162 *Quæ ad comparationem literarum requirantur: & quodnam primum sit requisitum*
163 *Scriptura ex qua, quæ dicatur: quæ item scriptura, ad quam*
164 *Scriptura certando unde cognoscatur*
165 *Secundum comparationis literarum requisitum*
166 *Tertium requisitum*
167 *Quartum requisitum*
168 *Quintum requisitum*
169 *Sextum & ultimum requisitum*
170 *Quæstionis propositæ resolutio seu decisio.*
171 *Iure novo comparatio literarum in contractibus non ampliùs admittitur*
172 *Constitutiones, juris antiqui correctoria, strictè intelligenda*
173 *Priores constitutiones quando censeantur per posteriores correcta*
174 *Consideratio & expositio Novell. 73. cap. 7*
175 *Rationes diversitatis inter instrumenta super contractibus conficienda & testamenta inter liberos*
176 *Inter liberos, tanquam personas conjunctissimas, fraus non facilè præsumitur*
177 *Pater optimum consilium pro liberis suis capere intelligitur*
178 *Liberis parentum scriptura optimè est nota, ut absque calumnia ab illis negari non possit*
179 *Ratio sive clausula generalis majora expressis continere minimè debet*
180 *Literarum comparatio quando etiam in contractib. fidem faciat*
181 *Intellectus principii dictæ Novel. 73*
182 *Verba secundùm subjectam materiam accipienda.*
183 *Limitata causa limitatum producit effectum*
184 *Sententia dictæ Nov. 73. cap. 4*
185 *Sententia cap. 2. ext. de fide instrum.*
186 *An conventio seu pactum, inter patrem & filios de futurâ successione in bonis patris inutiliter initum, in vim paterni testamenti inter liberos sustineatur*
187 *Quæ præsumatur in dubio voluntas gerentium aliquem actum*
188 *Consideratio l. licet. 19. C. de pactis*
198 *Cur pacta militum de futura successione, in vim ultimæ voluntatis valeant*

190 *Sententia l.pactum, quod dotali.15.C de pact. & similium.*
191 *Præteritio vel exclusio filii a paterna successione odium ejusdem, non autem favorem concernit.*
192 *Consideratio l.1 §.cum,quis.4 ff.de constituta pecun.*
193 *Vtrùm scriptura patris, sine die & consule confecta, quâ inter liberos suos minus solenniter testatus est, tanquam testamentum paternum inter liberos valeant.*
194 *Consideratio Authent.quod sine. C.de testament. & Novell.107. cap.1.*
195 *Sententia & intellectus l. hac consultissima.21.in princip. C.de testament.*
196 *Testamentorum solennitates quare à Legislatoribus inventa.*
197 *Solennitates quadam testamenti paterni inter liberos peculiares.*
198 *Cur temporis appositio in testamento patris imperfecto desideretur, secus atq; in aliis solennibus ac perfectis testamentis.*
199 *Ad instantiam respondetur.*
200 *Iusbrinarius ad illud, quod frequentiùs, non verò quod rariùs accidere solet, respicit.*
201 *Alia consideratio d.l.fin.C.famil.ercisc.*
202 *Sublato fundamento, corruunt omnia quæ a eadem nituntur.*
203 *A diversis ac separatis non procedit illatio.*
204 *Testamentum militis absq; die & consule apposito subsistit.*
205 *Num solennitates ad testamentum imperfectum inter liberos necessaria, etiam in divisione simplici parentum inter liberos requirantur.*
206 *Quo pacto divisio à testamento paterno minus solenni distinguatur.*
207 *Quæ requirantur ad hoc, ut voluntas patris inter liberos, aliquam divisio, valeat.*
208 *Quæstionis propositæ resolutio & explicatio.*
209 *Plures solennitates ad actum aliquem non exigenda, quâm lex ipsa requirit.*
210 *Qualis modus in divisione bonorum inter liberos observandus.*
211 *Cur in divisione parentum inter liberos instituenda minor solennitas, quam in testamento inter liberos, requiratur.*
212 *Testamentum inter liberos imperfectum surrogatur in locum testamenti perfecti.*
213 *Interpretatio Nov.107.cap.1.*
214 *Verbum* dispositio *quid complectatur.*
215 *Vna & eadem determinatio, respiciens plura determinabilia, omnia sub se posita æqualiter determinare debet.*
216 *Quilibet verborum suorum interpres.*
217 *Vtrùm testamentum inter liberos, manu patris non exaratum, sed ex voluntate patris alienâ manu conscriptum, a patre verò subscriptum absq; expressione temporis, aliisq; solennitatibus, valeat.*
218 *Dicta Interpretum, sine lege vel ratione loquentium, minimè standum.*
219 *Intellectus Novell.18.cap.7.*
220 *Quando sid s designatio in paterna attribuatur.*
221 *Subscribens omnia probare censetur, ac si ipse scripsisset.*
222 *Extraneæ personæ in testamento patris imperfecto neq; legatum, neq; fideicommissum relinqui potest.*
223 *Extranea persona quæ dicatur.*
224 *Num uxor patris, inter liberos testantis, extranea persona censenda sit, ut legatum in hujusmodi testamento ei adscriptum nullius momenti sit.*
225 *Legata & fideicommissa in testamento minus solenni relicta, nullum habent vigorem.*
226 *Ne fiscus quidem Princeps ex testamento imperfecto quicquam capere potest.*
227 *Sententia d. Novell.107.cap.1.*
228 *Sensus & explanatio d.l.hac consultissima.21.§.ex imperfecto.C. de testament.*
229 *Alia consideratio d.l.fin.C famil.ercisc.*
230 *Consideratio l.in testamento.38.ff.de fideicommissar.libertatib.*
231 *Vxoris persona marito conjunctissima & dilectissima.*
232 *Matrimonium quid sit.*
233 *Quantus amor mariti in uxorem.*
234 *Ostenditur verus intellectus d.l. in testam. 38. ff.de fideicommiss. libert.*
235 *Libertas res omnium preciosissima.*
236 *Servus sive ancilla omnia domino acquirit.*
237 *Pietas sola, nisi legis accedat auctoritas, non sufficit, ut quis validè obligetur.*
238 *Fraudes omnibus modis evitanda: ibique de recipro inter conjuges testamento remissivè.*
239 *Vtrum mulier in testamento patris nuncupativo testis esse valeat*
240 *Cessante causa prohibitionis, cessat & ipsa prohibitio.*
241 *Mulier in causis quoq; criminalib. testimonium perhibere potest.*
242 *In ore duorum vel trium stat omne verbum.*
243 *Mulier in codicillis testis est idonea.*
244 *Item in testamento militis.*
245 *Vt & in testamento ad pias causas.*
246 *Generaliter fœmina in testamento inter liberos possunt esse testes.*
247 *Etiamsi non unus saltem testium, sed uterque fœmina esset.*
248 *Nunquid ad testamentum, quod nocturno tempore conficitur, luminaria accensa necessariò requirantur.*
249 *Quicquid lege cautum non reperitur, id affirmare minimè debet.*
250 *Plures solennitates ad actum celebrandum non exigenda, quam legibus sunt introducta*
251 *Nocturno tempore testamentum condi & signari potest.*
252 *Interpretatio l.1.§.10. vers. tria lumina. ff.de inspiciendo ventre, &c.*
253 *A separatis & diversis illatio non procedit.*
254 *Si testamentum patris inter liberos non tantùm ratione solennitatis & forma, sed etiam ratione voluntatis imperfectum fuerit, utrùm tale testamentum valeat.*
255 *Quando testamentum ratione voluntatis imperfectum dicatur.*
256 *Ambulatoria hominis voluntas usq; ad extremum vitæ spiritum.*
257 *Respondetur ad d.l fin.C famil.ercisc.*
258 *Ecquod testamentum imperfectum patris inter liberos valeat, in quo unus vel alter ex liberis est præteritus.*
259 *Omnes liberi à patre vel instituendi sunt, vel nominatim exheredandi.*
260 *Favore liberorum introductum, non debet retorqueri in ipsorum odium.*
261 *Omnia principis legumque beneficia, salvo jure tertii, sunt accipienda.*
262 *Nemo præcavere potest, quo minùs leges in suo testamento locum obtineant.*
263 *Mens & sententia cap. Raynutius 16.de testam.*
264 *An & quatenus hæc clausula (omni meliore modo, &c.) in testamento patris tacitè intelligatur*
265 *An pater jure singulari testando, liberos suos ex disparibus partibus heredes scribere possit.*
266 *Ex imperfecto testamento voluntas inter liberos rata est.*
267 *Sententia l.filii.16.C.famil.ercisc.*
268 *Permissa est parentis illibata divisio, modo filios legitima portione non defraudet.*
269 *Sententia Novell.107.cap 1.*
270 *Enucleatur d.l ult.in princ.C famil.ercisc.*
271 *Inter liberos quatenus æqualitas servanda.*
272 *Annè testamentum patris inter liberos characteribus, signis, notis, vel ciphris scriptum valeat.*
273 *Consideratio & casus est. l.si cogitatione 21.& d l.fin.C famil.ercisc.*
274 *Militis testamentum, notis exaratum, sustinetur: non item pagani.*
275 *Nunquid pater inter liberos naturales vel spurios testamentum sine debitis solennitatibus, facere possit.*
276 *Appellatione filii quinam intelligantur.*
277 *Privilegiorum verba propriè & strictè accipienda.*
278 *Imperator liberos injustos & illegitimos facit.*
279 *Intellectus l.ult.C de confirmand.tutore.*
280 *Sententia l.parentes 6.ff.de in jus vocand.*
281 *Mens & declaratio l.ex facto.17.§.4 ff.ad Senatusconf.Trebell.*
282 *Mater inter liberos naturales proinde, ac inter legitimos, testamentum absq; solennitatibus juris communis conficere potest.*
283 *Nisi mater sit illustris.* *(ne requiratur.*
284 *Quatenus subscriptio testium & testatoris ad testamentum solen-*
285 *Vnus testis pro alio, aut pro eo Notarius regulariter subscribere ne-*
286 *Subsignatio septem testiū ad solenne testamentū necessaria.* *(quit*
287 *An testator propriâ, vel alterius manu, nomen heredis exprimere tenear.* *(revelare.*
288 *Periculosum est; extremam de hereditate voluntatem testibus*

289 Qu-

289 *Consilium Facultatis juridicæ Tubing. quo demonstratur, personas illustrissimas, absq; solennitatibus juris civilis testari posse.*
290 *Referetur facti species.*
291 *Quæstiones resolvendæ & excutiendæ proponuntur.*
292 *Rationes dubitandi recensentur.*
293 *Quinam Principes ad nullam omnino juris civilis solennitatem adstringantur.*
294 *Absoluta legibusq; liberata potestas solis Principibus supremis competit.*
295 *Principes regalia, legesq; concedenda potestatem habentes, suis in territoriis eandem obtinent potestatem, quam Imperator in toto Imperio.*
296 *Limitata causa limitatum producit effectum.*
297 *Superior extra provinciam suam pro privato habetur.*
298 *Extra territorium suum nemo jus dicere potest.*
299 *Maria Stuarda, Scotorum Regina, supplicio affecta.*
300 *Princeps seu Augusta heredes instituti, jure communi utuntur.*
301 *Silesiæ Principes Imperatori & Imperio non sunt immediatè subjecti; & ita liberi, ut reliqui Germaniæ Principes.*
302 *Duo Principum genera è speculo Saxonico referuntur.*
303 *Quodnam testamentum dicatur imperfectum ratione voluntatis*
304 *Si reperiatur schedula scripta manu propria ipsius testatoris, continens ejus ultimam voluntatem; an & quatenus talis schedula sit lineatura in vim testamenti.*
305 *Rationes decidendi adferuntur.*
206 *Princeps nullas, nisi meri juris gentium solennitates, in condendo suo ultimo elogio observare tenetur.*
307 *Fœmina in Principis testamento testimonium perhibere licitum.*
308 *Licet in privatorum testamentis, signaculis testium, aliisq; solennibus sit opus: secus tamen est in testamento Principis.*
309 *In testamento Principis necesse non est, testes eosdem toto testamento præsentes fuisse.*
310 *Isthoc testandi privilegium quibus Principibus competat.*
311 *Duces, Marchiones, &c. quibus perpetuò dignitas regalis est concessa, juris Imperatoris habent.*
312 *Quatenus isti Principes plenitudinem potestatis exercere possint.*
313 *Sicut valet testamentum Imperatoris sine solennitate: ita & testamentum cujuslibet alterius domini inferioris sustinetur.*
314 *Principi duplicia competunt privilegia: alia intuitu jurisdictionis sublimioris: alia respectu illustrissimæ dignitatis.*
315 *Differentia inter privilegia, ipsi Principi, & Augustæ competentia.*
316 *Principis præsentia reliquarum solennitatum defectus in testamentis privatorum supplet.*
317 *Donatio Principis, in Augustam sive filium collata, valet.*
318 *Donationes imperiales, aut quæ à privato Principi fiunt, insinuatione non egent.*
319 *Principes territorio carentes, privilegia quadam personalia sibi vindicant.*
320 *Nobiles quatenus diversa privilegia habeant.*
321 *Principium privilegia personalia competunt quoq; ipsorum filiis & filiabus.*
322 *Identitas nominum arguit identitatem rei ipsius.*
323 *Ex nominis solius appellatione jus alicui acquiritur.*
324 *Pater & filius pro una eademq; habentur persona.*
325 *Liberi utriusq; sexûs obtinent privilegia patris.*
326 *Quatenus Rex cum filiis suis dispensare possit.*
327 *Filii Principum & Comitum Imperii, non minus sunt Principes Imperii, patribus viventibus, quam illis defunctis.*
328 *Par in parem non habet imperium.*
329 *In generali dispositione non includitur persona loquentis.*
330 *Statuto de lucranda dote non ligatur filius Principis, vel Comitis.*
331 *Concesso alicui privilegio liberè testandi, eadem intelligitur remissa observatio solennitatum, quas jus civile habet.*
332 *Ob quam causam Principibus liceat absq; solennitate ullâ testari.*
333 *Cur donationes illustrium personarum insinuatione non indigeant.*
334 *Omnes Principum contractus bonæ fidei esse dicuntur.*
335 *Solennitates testamentorum sunt juris positivi.*
336 *De jure gentium & naturæ unusquisque de rebus suis disponere potest per ultimam voluntatem.*
337 *Inscriptio vetus testamenti Neapolitana. Dolus malus & Jureconsultus ab esto.*
338 *In testamento ad amicum subintelligitur clausula codicillaris.*
339 *Quando fraudem non intervenisse constat, hereditas etiam ex minùs solenni testamento debetur.*
340 *Principes honestati, æquitati & pietati quàm maximè operam dare debent.*
341 *Æquum & pium est: voluntates defunctorum, etiam imperfectas, si tamen certas, observari.*
342 *Non omnia, quæ jure stricto licent, honesta etiam censeri debent.*
343 *Testamentum, cui desunt solennitates juris civilis, in foro conscientiæ valet.*
344 *Ex testamento minùs solenni oritur obligatio naturalis.*
345 *Simplex promissio in foro conscientiæ implenda: tametsi jus civile ex ea non concedat actionem*
346 *Heres ab intestato lethaliter peccat, cui de testatoris voluntate constat, si hereditatem alteri relictam in testamento minùs solenni petat.*
347 *Melior conditio possidentis.*
348 *Legata, in testamento minùs solenni alicui relicta, quatenus in foro conscientiæ retineri possint.*
349 *Naturali æquitati conveniens est; voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.*
350 *In dubio eligenda opinio, quæ pro sustinendo testamento facit.*
351 *Opinio unius Doctoris favens testamento, opinioni communi præferenda.*
352 *Suprema hominum judicia exitum habere, publicè expedit.*
353 *Veniens contra voluntatem testatoris, jura pietatis violare censetur.*
354 *Causa testamenti pia ac favorabilis reputatur.*
255 *Illa in dubio tenenda opinio, quæ favet testamento, etiam ad exclusionem filiorum.*
356 *Responsiones ad rationes dubitandi.*
357 *Quatenus Imperii Status habeant Principum prærogativam, & privilegium absq; juris civilis solennitatib. testandi.*
358 *Facultas liberè testandi non est de reservatis majestatica potestatis.*
359 *Privilegium liberè testandi omnem personam, illustrissimo titulo insignitam, concernit.*
360 *Condere testamentum non est jurisdictionis, nec voluntariæ, nec contentiosæ.*
361 *Quæ in alieno territorio exerceri possint.*
362 *Intellectus l. cum heredes 7. C. qui testam. fac. poss. & l. 3. C. de testament.*
363 *Principes Silesiæ an & quatenus aliis Principibus æquiparentur.*
364 *Familia Principum Ligio Bregensium unde originem ducat.*
355 *Si reperiatur schedula scripta manu propriâ ipsius testatoris, an & quatenus valeat.*
366 *Nemo censetur plus habere in corde, quam ore expressit.*
367 *Verba geminata multùm operantur ad significandam enixam disponendi voluntatem.*
368 *Verba enunciativa, propter aliud principaliter emissa fuerint geminata, dispositionem inducunt.*
369 *Geminatio scripturarum, temporis intervallo facta, plus operatur, quàm geminatio verborum, in continenti facta.*
370 *Resolutio secunda quæstionis, in facti specie proposita.*
371 *Jus & remedium pinguius absorbet id, quod est minùs pingue.*
372 *Instituens heredem, censetur voluisse testari, non codicillari.*
373 *Clausula codicillaris nonnunquam subintelligi solet.*
374 *Clausula codicillaris quis effectus.*
375 *Resolutio quæstionis tertiæ, in casu proposita.*
376 *Qui habet actionem, multò magis exceptionem habere videtur.*
377 *Princeps judicat remotis solennitatibus, & solâ veritate facti inspectâ.*
378 *Quatenus judices in causa testamentaria secundùm conscientiam judicare possint.*
379 *Ex voluntate imperfecta oritur obligatio naturalis.*
380 *Obligationis naturalis fundamentum, & effectus.*

381 *Testa-*

1 EXponit hoc loci Iustinianus formam, sive requisita veri & solennis testamenti: & ostendit, formam ejus ex triplici jure, civili, prætorio & constitutionum conflatam, in his quæ maximè consistere. Primò, ut uno contextu, sive uno eodemque tempore, nullo alieno sive externo actu interposito, fiat. *l. heredes palam. 21. § ult. ff qui test. am fac. poss. l. hac consultissima. 21. & l. cùm antiquitas 28. C. de*
2 *testam.* Ratio, cur uno contextu ista omnia perfici oporteat, hæc est: tum quòd actus civiles & solennes in jure sint continui: alioqui enim duo viderentur, *argum. l. 1. §. 1. continuus 137 ff. de verbor. oblig. et. Giphan. hic in vers. & testes quidem, &c.* Tum quod meliùs constet de voluntate & judicio ipsius testatoris, si actus extraneus non interponatur: cum & aliàs ex continuatione actionis enixa alicujus appareat voluntas: è diverso autem

Pectora nostra duas nequeant admittere curas.

Isthæc autem solennitas tam in testamento nuncupativo (*de quo infrà § ult. hoc tit.*) quàm in scripto (*de quo hic*) necessaria est: adeò, ut si omittatur, testamentum vitietur, *argum d. l. heredes palàm. 21. § fin. ff qui testam. fac. poss l. 1. ff. de legat. præstand. & l. jubemus 29. vers. quòd si non fuerit. & vers. quemadmodum.*
3 *ibiq. gloss. C. de testamentis.* Ejusque ratio est: quia forma à lege vel statuto data, substantialis esse præsumitur. Proinde si vel in minimâ parte negligatur: dispositionem ipso jure corruere necesse est, *ut tradunt Baldus in l. comparationes. 20. C. de fide instrument. & in l. 1 ff. de liber. & posthum. & cons 11. col fin lib. 1. & cons. 324 libr 2. Decius cons 11. num. 9 & cons. 466. num. 13 & 14. & cons. 532. num. 5. Giphan. disput. ad Institut. 13. thes 6 ibiq. Olemannus in suis notis num. 6.* Vnde si testator, qui destinârat testamentum nuncupativum facere, unum ex heredibus, quos instituere vult, coram testibus nominet sive nuncupet: eâque nuncupatione factâ, ad actum à testamento remotum divertat, & postea rursus alium heredem nominet: ipso jure, quod agitur, nullum est. Similiter si in scriptis testaturus, post subscriptionem à testibus interpositam, suscipiat actum extraneum, eoque demum absoluto, subsignationes testium adhibeat: testamentum non valet: nisi fortè talis esset actus, quem vel testatoris ægroti conditio, vel testis necessitas exigeret,
4 nec tutum esset eum omittere. Etenim hujusmodi actus, cùm necessitas non habeat legem, testamentum neutiquam infringit, aut vitiat. *d. l. cùm antiquitas 28. & ibi Paulus de Castro, Salicet. Alexand. & Dd. communiter. C. de testam.*

Vtrùm verò contractus aliquis in testamento cele- 5
brari possit, magna apud Interpretes est concertatio? Et affirmantem, ceu frequentioribus receptam votis, opinionem sequuntur probantque *Glossa, Bartolus, Baldus, Angelus, Ioannes ab Imola, Paulus Castrens. Franciscus Aretinus, Dauthius, & alii in d. l. hered. 21. § ult. ff qui testam fac. poss Cynus, Fulgosius, Salicetus, Iason, Albericus de Rosate. & Gilkenius ad d. l. cùm antiquitas 28. C. de testam. Loriot. in apteib. jur. tit. de testam. ordinandis axiomat. 25. Connanus lib 9. Commentar. jur. civ. cap 2. num. 2. Iul. Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum quæst. 75 Paris. cons. 2. num. 19 part. 3. Boerius decis 353 num. 4. Iohan. Dilect in tract. de art. testand caut. 3 num. 2. tit. de legat. Decius cons. 169. num 1 part. 1 Antonius de Gammo Decis. Lusitan 339 fol. 301. Lapus allegat. 91, num. 5 Michael Grassus in dictione testamentum quæst 60 Fernand. Vasquius de successionum creat & progress. lib. 3. §. 23. num 4. Duarenus in Commentar. ad tit ff qui testam fac. poss. in rubric de nuncupativo testamento. vers. quæ istic hic tractatur. &c. Reusnerus in tract. de testament. part. 3. cap. 28 num. 7. cum seq. Hœnonius disput. 7. controvers 6. Oldrad. cons 114. Tiraquell ad Leg. Connubial. gloss. 5 num. 101. ubi plures citat.* At contrariæ sententiæ vindices & defensores se constituunt *Viglius hic num. 5. Bachovius num. 2. & Petrus Ricciardus num 207. Fachineus lib. 5. controvers jur cap. 32. §. ego verò priorem, &c. Bronchorst centur. 3. ἐναντιοφανῶν assertat. 22. edit. 2. Arumæus Exercit. Iustin. 7. th. 18. Forster. lib. 2. disput. 12. thes. 6. Schegk in delibat. jur. disput. 9. th. 11. Matth. Stephani cent 2 quæst. 60. Barter. decad. 6. quæst. 6. Rober. disput. 11. th. 8. Wegner. disput 7. th. 2. ad lit. H. Hunnius disput. 8 th 5 & li 2. var. resolut. jur. civ. tract 5. quæst. 4. pag. 553. itemq. in resolut. ad Treutler volum. poster. disput. 10 quæst. 39. pag 907. Timæus Faber in disputationib. anniversar. ad Institut. Imperiales. disput. 18. th. 3. & Stuck part. 1, Exercit. justin. decad 6 assert. 3 lit. E. pag. 266.* Atque 6
hanc sententiam, ut probabiliorem & veriorem, ego quoque lubens amplector. Pro cujus confirmatione fortiter militat. *l. heredes 21. § fin. ff qui testam fac. poss.* ubi apertè respondetur, nullum actum alienum, & à testamento diversum, testamento intermisceri posse. Contractum autem & testamentum esse actus separatos, ac diversos, evincitur *ex l. verba, contraxerunt. 20. ff de verb. signif.* Idque elatiùs inde perspici- 7
tur: quod testamentum unius testatoris voluntate perficitur. *l. 1. ff qui testamentar. poss.* ejusq; morte confirmatur, & ad ultimum usque vitæ spiritum revocari potest *l. 4 ff de adimend vel transfer. legat. l. 1. C. de SS Eccles.* contractus verò, non nisi duorum pluriumvè voluntate ac consensu perficitur, *l. 1. § 2. & 3 ff. de pact.* semelque initus revocari nequit. *l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commodati l. si mandavero 22. §. ult. ff. mandat. l. sicut. 5. C. de obligat. & actionib.* Deinde assertio hæc multum roboris accipit *ex præalleg. l. cùm antiquitas 28. C. de testamentis.* ubi à regula,

quòd

quòd nulli actus extranei intervenire debeant, excipiuntur tantummodò exempla, quæ causam necessitatis continent. Ast exceptionem confirmare regulam in
8 casibus non exceptis, certum est. *l. quæsitum. 12. §. denique Neratius. 43 ubi Bartol. ff. de instruct. & instrument. leg. Nov 7 cap. 2.* Præterea huc confert evidens ratio: quandoquidem ideo potissimùm actus extranei in testamento conficiendo prohibentur: ne testator ab officio testandi, & convenienti deliberatione, quam res illa exigit, avocetur. Hoc autem incommodi vitari neutiquam poterit, si contractus temerè interponantur.

Nec communem opinionem juvat, quòd contractus dicatur actus modicus, qui brevi & exiguo temporis spacio absolvi queat, *argum. l. duos reos 6. §. fin. vers item modicus. ff. de duobus reis.* Actus verò modicus
9 (quanquam superfluus) neque contractum vitiet *l. quæ extrinsecus. 65. in princ ibi, arma virumq; caro. ff. de verb. obligat.* neque testamentum. *l. testamentum. 17. Cod. de testament.* Nam respondetur: dictam *l. duos. 6. §. fin. ff de duob. reis.* nostram decisionem magis corroborare, quàm evertere. Expressè enim disponit, modicum actum ita demum non vitiare obligationem, si ei ille non sit contrarius, id est, si extraneus & alienus non sit, Atqui contractum esse actum testamento contrarium, & ab eo planè diversum, ex suprà dictis manifestum evadit. Adhæc exiguum illud temporis spacium aut intervallum, quo contractus potest perfici, haud efficit, ut extraneus actus, sicque contractus testamento inseri & immisceri possit. Omninò siquidem actus extraneus à testamento abesse debet. *d. l. cùm antiquitas. 28 Cod. de testament.*

10 Nec etiam quicquam movet *l. non est mirum. 26. ff de pignerat act.* ubi traditur, pignus testamento constitui posse. *Hoc etenim* sic accipiendum est: testatorem voluntatem suam de pignore alicui constituendo, in testamento declarare, & heredi suo necessitatem pignoris constituendi imponere posse. Itaque secundùm hanc interpretationem, contractus pignoris testamento non celebratur: sed testatoris solum ultima voluntas de pignore constituendo declaratur.

11 Nihil quoque ad rem pertinet, quòd testator jurejurando heredem adstringere possit, ut aliquid faciat. *l. cùm pater 77. §. filius 23 ff. de legat. 2.* Quia juramentum non inter contractus refertur: sed religiosa affirmatio, seu declaratio voluntatis, invocatione divini nominis confirmata, censetur. *De quo latiùs infrà ad principium tit. de pœna temerè litigant. numer. 9. & seqq.*

12 Nihil item urget *l. assignare. 7. ff. de assignand libert.* ubi Scævola respondit, assignationem liberti per testamentum fieri posse. *Hæc namque* assignatio non est contractus: cùm nihil negocii cum eo, cui etiam absenti libertus potest assignari, testator gerat, sed voluntatem duntaxat suam sine contractu exponat. Quemadmodum enim patronus de suis bonis inter liberos disponere; ita etiam libertos uni adimere, & alteri assignare vel nutu potest. l. 1 §. *assignare. 3. ff. dicto titulo.*

Similiter non obstat *l. etiamsi querela. 11 ff. de inofficioso testament.* ex quâ colligitur, mortis causa donationem testamento fieri posse. *Siquidem* omnes mortis causa donationes non rectè inter contractus numerantur: cùm Iustinianus Imperator eas legatis planissimè comparaverit. *l. final. Cod. de donationibus. caus. mort. Bronchorst. d. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 29. in fine. edit. 1.* Deinde respondet Viglius *hic numere 5* neque ullo alio expresso juris textu probari posse quòd vera donatio causa mortis in testamento fieri possit. Sine lege verò loqui erubescendum est. *Novell. 18. cap. 5. l. dissentientis. 5. ibi, nulla præcipit juris constitutio. C. de repudiis.* 13

Insuper non adversatur *l quidam. 46. ff. de heredibus instituendis.* in quâ testamentum proponitur, & contractus mandati. *Nam* ibi non dicitur, quòd in confectione testamenti heres cum filiofamilias contraxerit: quia vel ante, vel post testamentum heres ille cum filiofamilias contrahere potuit. Quin & mandatum inter testatorem & heredem scriptum in testamento esse celebratum, expressè negatur in illis legis verbis: *nec quicquam ab eo* (scilicet herede, filiifamilias amico) *petitum est.* Testator sanè heredem suum, amicum filiifamilias non rogavit, ut filiofamilias, cùm paterfamilias factus esset, hereditatem restitueret: sed filius familias tantùm rogavit heredem scriptum, ut audiret illam, & sibi patrifamilias facto restitueret. *Sed vide Cujacium in tractat. 2. ad Africanum, in explicatione dictæ l. quidam. ubi eam exquisitissimè enodat.* 14

Præterea nihil ad rem facit, quòd divisio in testamento patris inter liberos fieri potest. *Novell. 107. cap. 1.* At divisio emptionis vicem obtinet. *l. 1 C. communia utriusq; judicii, &c.* Respondetur enim: patrem dividendo res suos inter liberos non contrahere, sed potiùs voluntatem suam declarare, *ut perspicuè textus dictæ Novell. 107. cap. 1. indicat.* Vide Bachovium *in notis & animadvers. ad volum. 2. Treutler. disp. 10 de testament. th. 5. lit. H in vers. Unde contractum. pag. 551. itemq;* Doctorem Martam *tom. 3. Digestorum novissimorum. tit. divisio. cap 5. & seqq fol. 55.* Porrò divisio in quibus cum emptione conveniat, & in quibus ab ea differat, dilucidè explanat D. Sichardus *in d. l. 1 communia utriusque judic. numero quinto & sequentib.* 15 16

Tandem nullius hili aut pili est, quod affertur *ex l. ultim vers. nisi si forte. &c. C. de pactis.* ubi pactum de hereditate futura, cui accedit voluntas testatoris, est validum. *Quandoquidem* ibi non est testamentum: atque ideò dici non potest, quòd inter testandum accesserit sive intervenerit illud pactum. *Arumæus prædictâ Exercitat. 7. thes 18. in fine.* Quibus omnibus ita expositis, immota firmaque stat exclusio; quòd contractus in testamento celebrari non possit. Eadem de quæstione vide noviter (*post Iohannem Franciscum Ozer. ad principium hujus tit. numer. 70. aliosq;*) latè in contrarium dissertantem Erasmum Ungepaur. *Exercitation. Iustin. 8. quæst. 3. pagin. 320. & seq. edit. ult.* 17

18 Secundò in testamento tum nuncupativo, tum scripto, septem testium, ad id specialiter rogatorum, præsentia requiritur, *hoc §.nostro. d.l. heredes 21 §.in testamentis.2.ff.qui testament.fac.possess l hac consultissima 8.C.qui testamenta fac.possess. l.si unus 12. l.hac consultissima 21. l. in testamentis 26.l.cùm antiquitus 28. §. cùm autem l.nostram 30. C.de testamentis authent.rogati.C.de testib. & Novell.90.cap 2* Ejusque ratio hæc est: ut non modò in tam celebri actu fraudis suspicio omnis removeatur: verùm etiam falsis probationum modis occurratur tot testibus præsentibus, *l.ult.C.de fideicommiss.l.data 27.C.de donationib. Reusnerus in tractat.de testament part.3 cap 12. num 5.* Cur autem septenariùs numerus fuerit electus, alii aliam rationem afferunt D.Vultejus *in § possunt autem.infrà hoc tit.num.27.* censet, nullam rationem esse aliam, quàm quòd Romanis ita placuerit.
19 Idem sentit Foreatulus *necyomant. dial.14. num.7.* dum inquit, rationem nullam reddi posse, preterquàm quòd hic numerus mediocris sit visus Legislatori, *argum.§.sed & quod 9 suprà de jur.nat gent.& civil. l.1.ff de constitutionib. Princip.l.1. §. initium.3 vers. pueritiam.ff.depostuland.* Sed ii videntur petere principium, ad instar istius prædonis, cujus meminit Vlpianus *in l.qui interrogatus 12.ff de petit heredit.* qui pro possessore possedit: quique interrogatus, cur possideat, respondit: quia possideo. Cur enim hic septenarius numerus Legislatori placuit? Anton.Faber. *in rationalib. ad l.non omnium 20 ff.de legib.* putat, esse hoc exemplum juris constituti, cujus natura hoc sit, ut ratio ejus nec investigari debeat, nec reddi possit. Eodem etiam inclinare videtur Gilkenius *in d.l.si unus 12.num.1 C.de testament.* Ioannes verò Dauthins *in tractat.de testament.tit.de testib testamentar.nu.420* eumque referens Arumæus *Exercit. Iustin.7 thes.10.* Anton.Matthæus *hic in suis notis. vers. septem testib.*
20 & Andr.Gerhardus *disput.2.de testam.solen.th.51.* scribunt, nullam probabiliorem assignari rationem posse, quàm quòd veteres peculiarem quandam vim & energiam huic numero septenario attribuerint. Vnde is ab Hebræis dictus fuit numerus libertatis; à Pythagoreis virginitatis: ab Apulejo purificationis; ab antiquis Palladi, vel (ut alii vocant) Apollini fuit consecratus. Quin & sacer & perfectionis dicitur: adeoque numerus iste omnino huic sacræ & justæ, hoc est, perfectæ hominis ultimæ dispositioni convenire rectius
21 Legislatori visus est. Et sanè istius numeri usus frequentissimè sanctis in scripturis occurrit: Die septimo quievit Dominus: eodem homines quiescere voluit *Genes.cap.2.* Septem millia non flexerunt genua coram Baal. *libr.3.Regum cap.19.v.18.* Num fratri septies in die condonabo? Imò septuagies septies. *Matth cap.18.v.22.* Et hujus in rei probationem vel Apocalypsis Iohannis sufficit. *cap.1. v.4 5.13. 16 & 20. cap.2.v.1. cap.3.v.1. cap.4 v.5. cap.5. v.2. & 6. & alibi passim.* Sed & *libr.4. Regum cap.5.v.10* legitur: quòd Eliseus Propheta dixerit Naaman leproso: vade, & lavare septies in Iordane, & recipiet sanitatem caro tua, atque mundaberis.&c. Hucque faciunt, quæ de septenarii perfectione, honore & virtute congesserunt Andreas Laurentius *lib.8. histor. anatom quæst.31.* Gregorius Nazianzen. *orat. 44. Gellius libr.3.noct. Atticar.cap.19. Laertius libr.2.de antiquitatib. Græcorum. Anton.de Guevar.part.1.horolog princip.cap.de Philosophe Bia.pag.55. Beatus Hilarius Psalm.118.ad vers. Principes persecuti sunt.&c. Dominicus de Magdal de num.test.in testam. requis. part.1.cap.3.num.29.Iacob.Ebertus de juramentis sub rubric.de vocabulis Hebrais,in princip. Philippus Beroaldus in suo Heptalego circa princip. Lambert. Daniel,libr.2.Ethic. Christian cap.10. Anton.Celerus de jure Imperii Germanic.lib.4 4.Cornel Agrippinus libr.2.occult. Philosoph.cap.10. Speckhan. centur 1. quæst.71 & centur.2.quæst 9.* Eademque de re noviter prolixe disputat Hilligerus (quem quasi plagii arguit Vngepaur. *Exercit.Iustin.11 quæst.3 edit.1.* num meritò: judicium penes candidum Lectorem esto) *in Donello enucleat.libr.6.cap.7 ad liter f.* ubi prædictis rationibus rejectis, aliam *ex Sext. Pompejo Festo libr.3.de verbor.signif* operosè exponit, Verùm cùm & hæc (ut & illa, quam affert Bachovius *in dictis notis & animadversionib.ad volum 2. Treutler disput. 10. de testament.th.5.liter.a.pag.541.*) meris conjecturis constet: non putaverim utique, eam superiori Dauthii, ejusque asseclarum rationi, utpote sacris oraculis probabiliter nitenti, præferendam esse. Et ab ea non planè abhorret Anton Bullæus *discurs.3.ad leg.8, C.de testam.conclus.19.pag.192.*

Porrò quod dicimus, ad testamenti ordinationem 22
septem exigi testes: ei non obstat illud vulgatum, quòd in ore duorum vel trium consistat omne verbum. *Deuteron.19.v 15.Matth.18.v.17,Ioan.8.v.17 1. Hebr.10.v.29 cap in omni negocio.4. & cap. licet universis 23 ext de testibus.* Est enim illa regula generalis, à qua hic casus & alii nonnulli, propter communem utilitatem, & fraudes evitandas, excipiuntur. Nec simpliciter prohibet lex divina, plures, quam duos vel tres, adhiberi testes in testamento: verùm in certis duntaxat casibus duorum vel trium testimonium probat: eâ saltem ratione, ut testimonium unius excludat: quo damnari quempiam valde iniquum fuerit: nihilominus interim, pro negocii qualitate, plurium testium fidem requirens, quoties necessitas postulat, sicuti hoc apertè arguit textus *in d. cap.licèt universis de testibus.* cujus in fine Pontifex Alexander III. *Licèt*, inquit, *quadam sint causa, qua plures, quam duos exigant testes: nulla est tamen causa, qua unius tantùm testimonio, quamvis legitimo, terminetur.*

Minùs obstat *cap cum esses 10. ext.de testamentis.* 23
ubi idem Alexander III. sub pœna anathematis prohibet testamenti, coram presbytero & coram tribus vel duobus testibus conditi, infirmationem. *Nam* præterquam quòd istud ideirco à Pontifice introductum est, ut illa testandi facilitate, præsertim quòd Parochum adesse jubet, faciliorem aditum sive viam Parochis & sacrificulis ad privatorum fortunas patefaceret, *quemadmodum ex Bodino lib.5.de Republ cap.2. notavit Arumæus dict.Exercit.Iustin 7. thes.10 circa fin.*

fin. & ex Connano D. Obrecht. disput. 19. th. 208. communiter quoque receptum est, canonicam illam dispositionem tantùm procedere in terris Ecclesiæ Romanæ subjectis, non autem in provinciis, ad Imperium Romanum pertinentibus. *Iason. in d l. hac consultissima. 21. in princip. num. 4. C. de testament. Covarruv. ad d. cap. cùm esset 10 num 13. eod. tit. Baldus conf 294 libr. 3. Stephan. Bertrand. conf. 178. libr. 2. Corneus 161. col. 3. lib. 4. Iul. Clarus lib sentent. §. testamentum quæst. 57. num. 2. vers. extrà verò terras Ecclesiæ, &c. Reusnerus in tractat. de testament. part. 3. cap. 12. num. 12.*

24 Multò minùs obstat *Novell. Leonis 41. & 43.* quâ cavetur, ut in civitatibus quinque, & in agris vel itineribus saltem tres testes ad testamentorum fidem sufficiant. *Etenim respondetur*: Novellas Leonis eum multa contineant absurda & superstitiosa nunquam fuisse à nostris canonizatas sive receptas: eatenus autem recipiendas esse, quatenus juri civili non adversantur, vel etiam si casus in iis decisus, jure civili non repetiatur excussus. *Viglius hic num. 7. Cujac. lib. 17. observat. cap. 31. Paulus Berent disput. 6. ad Institut. them. 1. quæst. 6 ad finem. Lindemann. in histor. jur. Rom. th. 367. Dn. Collega Besoldum dissertat. de libris utriusque jur. cap. 6. Præmissa parti secunda delibater. jur. pag. 363. Huc que referantur quæ annotavi ad §. sunt & alia 11 supr. de nupt. nu 82.*

Minimè omnium obstat, quòd sæpè inextricabiles difficultates incidant propter tot testes, ut proinde testandi facultas sæpiùs hoc nomine contra omnem æquitatem impediatur. *Quòd enim* nonnunquam propter plures solennitates impeditur testamenti facultas, in eo est fallacia accidentis Id namque
25 impedimentum non à jure, sed aliunde præstatur. Adde, quòd jura non in singulas personas, sed universim generaliter constituta sunt: & si in universum sunt utilia, id legislatori satis est *l. jura. 8 ff de legib. l. leges sacratissimæ. 9. C. eodem Danth. dict. tractat. de testament. titul. de testibus testamentar. num. 420. pagin. mihi 321.*

26 Ecquid verò numerus septem testium sit de formâ probatoriâ, an substantiali ipsius testamenti, dubitatur? Et numerum istum non solum de probatoria, sed etiam essentiali vel substantiali formâ ipsius testamenti esse, rectiùs statuitur, *per d. l. si unus 12. l hac consultissima 21. §. ex imperfecto. 1. & §. per nuncupationem 12. C. de testamentis.* Quibus ex locis patescit: si unus de septem testibus desuerit, jure deficere testamentum. Quòd si hæc solennitas tantùm ad probationem requireretur: non dixissent Impp. Diocletianus & Maximian. *in d. l. 12.* jure deficere testamentum, sed probationem, *argum. l. duo sunt Titii 30 ff. de testamentar. tutel.* Deinde si testes probationis duntaxat causa accederent: nihil impediret. quo minùs voluntate testatoris minor testium numerus sufficeret: quod plerique omnes negant, *Bartolus, Iason, Ripa & alii in l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Covarruv. in cap. cùm esset. 10. nu. 8. de testam. Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quæst. 56. num. 2. Vasquius de successi. creat. lib. 2. §. 12. nu. 10. Mantic. de conject. ult. vol. libr. 2 tit. 11. num. 3. Dominic. de Magdal. de num. test. in testament. requis. part. 1. cap. 4. Danth. d. tit. de testib. testamentar nu. 421. Rober. disput. 12. ad Institut. thes. 4. Reusnerus in tractat. de testament. part. 3. cap 12. nu. 6. Meyrer in tractat. de testamentar. success. lib. 3. tit. 1. nu. 30. & Berent disput. 6. ad Institut. them. 1. quæst 3.* Tametsi nonnulli aliter sentire videantur, *Forcatulus Necyomantia dialog. 14. num. 7. Pruckman. in tract. de regalib. cap. 4. memb. 3. effect. 1. nu. 14. pag 653. Vacon. à Vacuna lib. 4 declarat cap. 63. nu. 7. cum seq. Gilken. in d. l. hac consultissima 21. C. de testam. nu. 13. 18. & seq. Alciat. in l. 1. C. de SS. Eccles. Bachov. in d. not. Treutler. disput. 10. th. 5. lit. a. hosq. referent Iustus Schütz. exercitation. jur. disput. 8. th. 5. pag. 116.*

Hanc opinionem non evertit *l. fin. C. de fideicommissis.* ubi voluntas testatoris servanda est, quando per confessionem vel juramentum agnoscitur & apparet; licèt testamentum solennem testium numerum non habuerit. *Ille etenim* testator non simpliciter legatum vel fideicommissum in fide heredis posuit: sed curavit, ut heres sibi promitteret de præstando legatum aut fideicommissum, *argum l. spadonem 13. §. 1. ff. de excusat. tutor.* Sicque dispositio ista in contractum transit. & heres ex contractu per legatarium convenitur. *Iason in dict. l. nemo potest 55. ff. de legat. 1. num. 18. in fine.* 27

Neque etiam nostrum sententiam infringit hæc ratiocinatio: Si solennitas testium esset substantialis: tunc ex testamento minùs solenni non proficisceretur obligatio naturalis. Atqui naturalem obligationem nasci ex testamento minus solenni & imperfecto, omnium ferè calculis receptissima est conclusio: adeò, ut heres legitimus, si minus in foro soli, attamen in foro poli & conscientiæ legata in ejusmodi testamento relicta præstare teneatur, *uti constat ex latè traditis per Didacum Covarruv. in d. cap. cùm esset. 10. nu. 5. de testament. Vasquium de success. creat. lib. 1 §. 1. num. 22. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 13. & tit. 14. Domin. de Magdal. de num testium, &c. part. 3. cap. 2 & 3. Clarum d. §. testamentum quæst. 90. Grassum in tractat. recept. sent §. 1. nu 12. cum seqq Reusnerum d. tractat. de testament part. 1 cap. 4. nu. 29. & seq. Bachovium in d. notis & animadvers. ad vol. 2. Treutl. disput. 10. de testam. th. 5. lit. a. vers. ne quidem in foro anima pag. 543. cum seq. & Fachineum lib. 4 controvers. jur. cap. 5.* Hæc, inquam ratiocinatio nostram sententiam non infringit. Nullibi enim probatur: ex minùs solenni testamento naturalem oriri obligationem, *ut expressè notant Bald. in leg. cùm quis 10. C. de jur. & fact. ignorant. colum. 4. Cynus, Fulgosius & Iason num. 16. in l. 1. ff. de condict. indebit. Petrus Lortotus de juris arte tract. 1. cap. 22. hosque referens Covarruvius in dict. cap. cùm esset. num. 9. vers. tertium. &c.* Et sanè quòd ex testamento minùs solenni naturalis obligatio oriri nequeat, vel hac ratione demonstratur: Obligatio naturalis non nisi ex consensu oriri potest, *argum. leg. 2. in princip. ff de obligationib. & actionib. l. 1. ff. de novationib. l. 3. C. de* 28 29

postuland. l.non minorem.20. C. de transactionib. & similium. Sed hic cessat consensus. Ergo nulla obligatio naturalis subest, Quòd consensus cesset, inde paret: quia heres in testamentum non consensit: & cum adit hereditatem, non propriè, sed quasi contrahere dicitur. *l. si quis absentis 5. §. heres 2. ff. de oblig. & actionib. §. heres quoq; 5. inst. de obligat. quæ q. ex contract.*
30 *nascunt.* Et cùm nullus præsumatur velle jactare suum. *l. cùm de indebito. 25. ff. de probationib.* impossibile est, quòd videetur, cùm adit hereditatem, consensum præstitisse de relictis indebitis, & minùs solenniter datis præstandis. *Neq; ad rem pertinet*, quòd postquam talia minùs solenniter relicta præstitit, ampliùs repetere non possit. *l. 2. & l. si veritas. 23. C. de fidei commiss. l. ult. C. ad leg. Falcid. Illud namq;* procedit, quando scienter solvit: quo casu tempore solutionis præstitit consensum, qui tunc produxit naturalem obligationem, quæ antea orta non fuerat; & consequenter repetitio impeditur: *Sed ea de re vide copiosiùs disserentem Vasquium loco præallegato.*

31 Enim verò memorabiles reperiuntur aliquot casus; quibus defectus solennis numeri testium non vitiat testamentum. *Primus est*: si per Principem; aut per legem, aut jura municipali, sive firmâ consuetudine vel statuto solennis testium numerus minutus sit, *argum. l. jus civile. 6. ff. de justit. & jur. l. de quibus 32. ff. de legib. l. 2. C. quemadm. testam. aperiant. l. si non speciali 9. ibiq; Bartol. Bald. Angel. Iason, Fulgos. & communiter Dd. C. de testam.* Ejusque ratio non obscura est: quia solennitas septem testium solum jure civili introducta est, *d. l. hac consultissima 21. C. d. tit. & hoc*
32 *§. nostro.* Ea autem, quæ jure civili disposita sunt, contrariâ lege vel statuto remitti mutarique possunt. *§. sed naturalia. 11 supr. de jure nat. gent. & civ. l. 3 §. Divus Hadrian. ubi gl. ff. ff. de sepulchro violat. latè Vasquius de successión. creat. libr. 1. §. 2. num 20. & libr. 2. §. 12. num. 2. & lib 3 §. 21 num. 44. cum seqq. Reusner. dict. tract. de testam. part. 1. cap. 4. num. 31. & part. 3. cap. 12. num. 23. cum seq. Dauth. dict. tractat. de testament. tit. de testibus testamentar. num. 429. Gilkenius ad l. cunctos populos. 1. nu. 57. & seq. C. de summa Trinitate ubi plures idem sentientes refert.*

Hinc posito statuto seu consuetudine, cujus vigore
33 testamentum coram duobus tribusve testibus factum, validum est; quæri solet: an hujusmodi testamentum etiam alibi, ut major numerus testium exigitur, pro rato validoque habendum sit: adeò, ut heres institutus in bonis ubicunque, etiam extra territorium sitis, succedere possit? Et quanquam hac de quæstione variè respondisse Doctores, patet ex Speculatore *in tit. de instrumento edit. § compendiosè. num. 16.* hunc que referente Mynsingero *cent. 5. observ 19. num 4.* & Fachineo *libr 5. controversiar jur cap. 90. & 91.* receptior tamen affirmativa, & judicando in Camera Imperiali obtenta opinio est, *teste eodem Mynsingero d. l.*
34 *& Gailio lib. 2. observ. 123. num. 1.* Idque eâ potissimùm ratione, quòd, quoad solennitates attenditur consuetudo loci, in quo actus celebratur. *l. si fundus 6. ff. de evictionibus l. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. jur. l. 1. ibiq; gloss. & Gothofred. C. de mancipationib. liberor. dict. leg. 2. C. quemadmod. testam. aperiant. Cephal. consil. 170. num. 21. volum. 2.* Sicuti in contractibus quoq; receptum est, ut locus contractûs côsideretur. Contractus quippe celebratus cũ solennitate requisitâ in loco contractûs, extendit se ad omnia bona, licèt in loco bonorum major solennitas requireretur. *d. l. si fundus 6. ff. de evictionibus Alexand. cons. 37. num. 7. volum 2. Bartolus in dict. l. 1 num. 37. Cod. de summa Trinit. ibique Salicetus num. 13. Baldus num. 17 Fulgosius num. 22. Iason. num. 44. & Gilkenius num. 59.* Sic testamentum à forensi sive extraneo conditum, servatis solennitatibus loci, in quo illud condidit, effectum quoque habere, quantum ad bona alibi sita, communiùs placuit: cùm nemo ex paganis pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit. *l. jus nostrum non patitur. 7 ff. de reg. jur.* Hancque conclusionem, *post Bartol. Fulgosium, Francisc. Aretinum, Corneum, Tiraquellum, Paulum Parisium, Portium, Gozadinum & Gailium, à se citatos*, pluribus rationibus Gilkenius *in dict. l. 1. num. 6 & seqq. Cod. de summa Trinitatis.* Quibus quoque subscribunt *Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. T. num. 72. Covarruv. de sponsalib. part 2 cap. 7. num. 8. Petrus Ravennas in tractat. de consuetud. sect 4. nu. 75 Grævaeus lib. 2. conclus. 123. & considerat. 1. Kopen. decis. 45. num. 3. Matth. Stephan. lib. 2 de jurisdict. cap. 33 num. 54 Hardevvig. à Dassel. consult. 35 & seq. Hænonius disput. 7. ad Instit. controversiar. 5. in fine Bachovius ad disput. Treutler. volum. 1. thes. ult. liter. E. pag. 39. & alij.* Tametsi probabiliter in contrarium disputent Fachineus *dict. libr. 5 cap. 91.* Dn. Collega Besoldus *in Commentar. ad l. 9. tit. 1. libr. 1. ff. num. 5. pag. 119.* & Thadeus Piso *lib. 1. var. resol. cap. 1. num. 19. illosq; secutus D. Martin. Rümelin, disput. 1. part. 1. Paul. sub th. 27.*

Secundus casus est: si testamentum coram Princi- 35
pe, vel apud acta Iudicis sit factum: qui tunc propter fidem publicam, quæ omnem fraudis & falsitatis suspicionem cessare facit, perindè subsistit ac si solennitatibus omnibus adhibitis factum sit. *l. omnium. 19. ibique Alexander, Iason, Baldus, Dauthius, & cæteri. C. de testament. Dominic de Magd. in tractat. de num. testium in testam. requisit. part. 2. cap. 23. & 25. Boerius decis. 228. num. 3. Mynsinger. cent. 6 observ. 20. Clarus lib. 5. sentent. recept. § testamentum, quæst. 56. num. 7. Mascard. in tractat. de probationib. volu. 3. conclus. 1352. num. 47. Grassus in § testamentum. quæst. 54. num 18. Vasquius d. lib. 3. § 24. num. 6. & 7. Reusner. dict. tract. de testament. part 3 cap 12 num. 16 & & part. 4. cap 18. & 19. Duaren. ad tit. ff qui testament. fac. possess. sub tit. de effectu solennitatis servata in testament. vers. cæpimus ostendere, &c. Fachin. libr. 6 controvers. jur. cap. 86. Mollerus libr. 1. semestr. cap. 5. Hænonius dict. disput. 7. controvers 3. Donellus libr. 6. Commentar. de jur. civil. cap. 6. Dominic. at Cardinal. Tuschus tom. 8. practicar. conclusion. liter. T. conclus. 122. num. 69 & seq. Giphanius disput. 13. ad Institut. thes. 25. ibique Olemannus in suis notis num. 30. Schneidevvin. hic sub cap. de solenni testa-*

testamento. num. 17. ubi Wesenbecius ad marginem
notat: hodie sufficere: Iudicem, aut duos, tresvè ad
domum testantis venire, & testamentum illis insinua-
ri, ut postea ad acta referatur. *argum. l. curent magistra-
tus. 22. ff. de testib. & l. an apud. 5 ff de manumiss vin-
dict.* Verùm cùm sententiam hanc à Viris doctissi-
mis aliquando in dubium vocatam esse sciam: idcircò
ut omnis cavillandi ansa & occasio præcidatur; tutius
esse crediderim, si quatuor aut quinque ad testatorem
à judice mittantur, qui illius voluntatem accuratè ex-
plorent. Hacque de re plenissimè & exactissimè dis-
putat Matthias Berlichius *part. 3 conclusion. practica-
bil conclus. 4. num. 8. & n. ultis seqq.* Nec non D Besol-
dus *in delibatis juris ex lib. 28 ff. quæst. 7. pag. 107. &
seq.* Videatur quoque Antonius Merenda *lib. 3. con-
trovers. jur. c. 47. num. 2. & seqq. pag. 223.* ubi secutus
Ricardum de Malumbra, & Angelum Perusinum, con-
trarium (nimirum legitimum numerum testium in te-
stamento apud acta condito necessarium esse) defensi-
tare frustrà conatur. Porrò an & quatenus Princeps,
sive alia persona, dignitate illustrissima prædita, citra
juris civilis solennitates testari queat, luculenter appa-
ret ex consilio seu Responso juris, quod amplissima Fa-
cultas juridica Academiæ Tubingensis, sub meo Deca-
natu, mense April. Anno 1623. conscripsit: idque, ut-
pote apprimè testamentariam hanc materiam illustrās,
in gratiam Studiosi Lectoris subjicere visum fuit, *in
frà num. 289 & multis subseqq.*

36 *Tertius casus est:* si testamentum conditum sit tem-
pore sævissimæ pestis, *secundùm communiorem senten-
tiam.* Etenim ad ejusmodi testamentum duos vel tres
testes, si testator ipse infectus sit; sin minùs, quinque
sufficere, plerique existimant. *Bald in l. fin. num. 1. Cod.
de testament. Clarus d. §. testamentum. quæst 65. num.
3. Gail lib. 2. obs. 118. num. 18 Mynsynger. cent. 1. obs. 96.
D. Bocer class. 3 disput. 2. th. 61. edit. 2. & infr. tit. seq.
de milit. testam num. 4. pag 298. Hoteman. consil. 59.
num. 6. Reber disp. 11. sub thesi 3. Vultejus ad §. 2. &
seqq. num. 29 hoc tit. Ant de Gamma decis. 81. & de-
cis 210. Annæus Robert. lib 2. rerum judicat. c. 10. Ioan.
de Monte Sperello consil. 108 num 2 Schegk. in delibat.
iur. disput. 9 thes. 22. Forster iunior. lib. 2. disp 12. thes. 5.
& alii.* Etsi autem non desunt, qui aliter distinguunt,
aliterque sentiunt, *ut videre est ex traditis & notatis
Gabriel. Romani libr. 4. recept. conclus. tit. de testam.
concl. 8 Mascardi d. conclus. 1352. num. 18 cum seqq.
Thomæ Manlii lib. 1. de ult. volunt. tit. 13. Polydori Ripa
in Commentar. de actis in mortis artic. cap. 17. num. 5.
& seqq. Reusneri dict. tract. de testament part. 4. cap.
17. num. 8. cum seqq. & Dauthii. d. tractat. de testam.
tit. de testib. testament. num. 424. qui plures diversas
opiniones recensent:* attamen mihi neque illorum, neq;
horum distinctio, sed potiùs eorum sententia, tanquā
veritati legum magis consentanea, probatur: qui tem-
pore pestis, ut alio, septem testes adhibendos esse, con-
37 tendunt. Primò enim pro ea facit *hic §. noster. & d. l.
hāc consultissima 21. Cod. de testam. cum similib* ex
quibus clarescit, regulariter in omni testamento se-
ptem testes desiderari. Regulæ autem generali inhæ-
rendum, standumq; est, donec ejus exceptio demon-
stretur. *leg. ab ea parte. 5. ff. de probationib. l. sunt. 4. §.
puto. ff de heredib instit. cap. ad decimas. 2 in fin. de re-
stitut. spoliat. in 6 Decius in l 1. num 7 ff. de reg. iur* Se-
cundò huc confert, quòd testatori licuerit hunc pestis
casum, tempestivè ultimam voluntatem condendo,
antevertere, *arg l. qui potest. 174 ff de reg. iur.* ac pro- 38
inde is damnum, quod suâ culpâ sentit, sentire non vi-
deatur, *l. quod quis. 203 ff eod. tit.* Tertiò movet, quòd
ipsius testatoris maximè interfit, ne veri heredes ipsi-
us substantia fraudentur: cùm testes numero paucio-
res faciliùs corrumpi possint, quàm plures, *arg l. iubo-
mus. 29. Cod. de testament.* Quartò hanc decisionem 39
commendat *l. conficiuntur. 8. §. codicilli. 2. ff. de iure co-
dicill.* ex quo edocemur, nihil referre ad minuendum
testium numerum, utrùm quis potuisset eo tempore,
quo scripsit vel fecit testamentum, plures testes coge-
re, an non potuisset. Quintò confirmat hanc assertio- 40
nem textus expressus *in l. casus. 8. C. de testament.* ubi
Impp. Diocletianus & Maximianus rescribunt: tempo-
re pestis aliquid de solennitatibus relaxatum esse in te-
stamentis: sed relaxationem illam non circa numerum,
sed circa testium eodem tempore conventionem ver-
sari. Ajunt enim disertè: *Testes huiusmodi morbo oppres-
sos eo tempore iungi atque sociari remissum est: non et-
iam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.*
Septem ergo testes requiruntur: sed non opus est, ut
omnes simul socientur, & jungantur, ut coram eis te-
stamentum publicetur sive insinuetur, & ab eis vel sub-
scribatur simul, vel audiatur: sed sufficiet, si separatim
testes singuli adhibiti fuerint. Sextò adstipulatur huic
sententiæ regula vulgata, sumpta ab exceptione. Nam
cùm hæc in ejuscemodi testamentis unam solennitatis
partem remittit, *d l. casus. 8. Cod. de testament.* reliquā
constabilire intelligitur. Exceptio siquidem confirmat 41
regulam in casibus non exceptis. *l. quæsitum. 12. §. de-
nique Neratius. 43. ibiq; Bartol. ff. de instruct. & in-
strument. legat. l. cùm prætor. 12. ff. de iudic. l. his verbis.
102. ubi Dd. ff. de legat. 3.* Vltimò hanc opinionem
tenuerunt *Paul. Castrens. Fulgosius, Franc. Aretinus,
& Alexander de Imola in l. fin. Cod. de testament. Lu-
dovic Roman. in auth similiter. speciali 34. Cod. ad l.
Falcid. Angel. in d. l conficiuntur. 8 §. 1. ff. de iur. codicil-
ler. Raphael Cumanus in l. fin. ff. de testament. milit.
Lucas de penna in l. 1. Cod. de his, qui in exilium dati,
&c. Matth de Afflict. decis 25. & alii relati per Mas-
cardum d. conclus. 1352 num. 22, volum. 3.* Quibus ad-
jiciendi sunt Interpretes neoterici, *Andreas Fachineus
libr 5 controversiar. iur. cap. 92. Gilkenius in d. l. ca-
sus, 8. num 10. & seqq Cod. de testament. Arumæus E-
xercit. Iustin. 7. th. 11. Hœnonius disput. 7. controver. 4.
Wigner. disput. 7. th. 3. ad lit. o. Vngepaur. dict. exercit.
Iust. 11 quæst. 3. Gerhard. decad. 7. Exercitat. Iustin.
quæstion 5 Dominic. Card. Tusch. tom. 8. practicar con-
clus lit. T. conclus 122. num 20. cum seq. Matthias Ber-
lichius conclusion. practicabil. part. 3 conclus. 5. num. 6.
Anton Bulæus discurs 2. de instrumentor. mater in co-
rollar. pag. 165. & seqq. (sibi contrarius discurs. 3. ad d.
l. 8. C. de testament.) Stuck. part. 1. Exercit. Iustin. de-
cad. 6. assert. 3. lit. K. pag. 268. D. Collega Besoldus in the-
sauro practico lit. P. num. 8. pag. 611. Paul. Berens disput.
6. ad Institut. them. 1. quæst 6. Bronchorst cent. 2. mi-
scellan. controvers. assert. 12. & Hunnius libro. secundo*

part. resolution. jur. civil. tract at 5. quaestion. 5. pagin. 555.

42 Nihil decerpit huic decisioni *l. ultim. ff. de testamen. militu.* ubi omnibus, qui in hostili solo versantur, quamvis milites non sint, conceditur; ut jure militari testari possint: in quo testamento plures testes non requiruntur, quàm duo: propterea quòd difficulter eodem loci testes plures haberi possint. *Militibus* namque non eâ ex causâ hoc privilegii indultum est, quòd plures testes habere non possent: sed quòd imperiti, non haberent, quos facilè in expeditione consulerent; *ut audiemus infrà ad principium tituli proximi.* quòdque inopinato hostium adventu, saepè in discrimen vitae pergere cogerentur. *l. licet. 19. Cod. de pactis.* Hae duae causae etiam aliis, qui illis commeatus subvehere consueverint, prodesse solent. Unde & hoc iis concessum esse animadvertimus; ut, quoad in hostico versentur: jure militari testari possint. *d. l. ult. ff. de testament milit.* Caeterùm pagani vel per se satis periti sunt, vel copiam aliorum, quos consulant, facilimè habere possunt. *l. in bonorum. 10 ff. de bonor. possessionib*

43 Eâdem planè ratione non obstat, quòd tempus belli, & tempus gravissimae pestis aequiparantur: cùm, invalescente pestilentiâ, Deus bellum gerere, & iram suam in homines distringere videatur, *per doctrinam Bartoli in l. naturaliter. 5. num. 23 ff. de usurpat. & usucap. item in l. unic. ff. de bonor. possess. ex testament militu.* Sed in bello v. let testamentum minùs solenne, coram duobus aut tribus testibus factum. *l. 1. & tot. t. ff. & C. de testam. milit.* Ergo & pestis tempore valebit. Non obstat, *inquam*, isthaec comparatio belli & pestis. Nam omnem solennitatem militibus relaxatam esse in testamentis conficiendis, apparet ex titulo proxime subsequente. At pestis tempore non omnem solennitatem, sed aliquid tantùm de jure relaxatum es-

44 se, constat *ex dict. l. casus 8. Cod. de testam.* Deinde milites & imperiti sunt, & in expeditione peritiores, propter instans vitae periculum, consulere nequeunt: cùm pagani, vel per se sint periti; vel alios, quos consulere possint, habeant, *ut suprà dictum*: & ante incidentem luem, vel priusquam ita vulgaretur, sibi per ultimam voluntatem prospicere potuissent. Quid? quòd iis satis videatur esse consultum per dispositionem *litt. leg. casus. 8. Cod. d. tit.* cùm testes etiam in aho conclavi vocem testantis audire, nec non jam hoc morbo infecti adhiberi queant, *ut notat Gilkenius ad d l 8. Cod. eod. n. 17.*

45 Nihil quinque obest, quòd necessitatis plerunque ratio haberi soleat, & peste saeviente tot testium copia difficulter haberi possit, *argum l. ubi absunt. 19 ff. de tutorib. & curatorib. datis ab his. & c. l. Caesar. 15 ff. de*

46 *publican. & vectigalib. & concordantium* Etenim necessitatem & difficultatem testium excusationem non praestare à simili probatur: Concessum est rusticis coram 5. testibus voluntatem suam declarare, si eo in loco plures testes haberi non possint. At quid, si nec quinque testes haberi possint, annon testamentum praetextu hujus necessitatis valebit? Minimè gentium *per textum apertum in l. fin. Codic. de testament.* ubi Iustinianus, *Sin autem*, ait, *in illo loco minimè inventi fuerint septem testes: usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi jubemus minus autē nullo modo concedimus.* Legi itaque scriptae parendum est, & septem testes, etiam hac lue grassante, sunt adhi- 47
bendi: nisi lege municipali, vel consuetudine regionis aliud inductum sit. Sicuti non solùm jure Saxonico *constitut. Electoral. lib. 3. cap. 4. consult. Saxon part. 2. qu. 31.* sed & Würtembergico constitutum extat; ut testamentum, tempore pestis coram duobus vel tribus idoneis fideque dignis testibus factum, indistinctè valeat. Fürstl Würtemb. ernewert Landrecht *part. 3. tit. 4. pag. 340. Eadem à nobis tradita sunt in nostris Additionib. ad Iul. Clar. d. §. testam. quaest. 56. numero. 3. & seqq.*

Quartus casus est: si ad pias causas factum sit testamentum. Quo casu duos cujuscunq; sexûs testes, etiam specialiter non rogatos sufficere, expressum est *in c. relatum 11. ext. de testam Iul. Clar. lib. 3. sentent. d. § testamentum q. 6. n. 2. & 3 ubi q. ego latius in meis additi- on. Boer. decis 93. num. 4 & seqq. Iohan. Dilectus Durante in tract. de arte testand. tit. 2. cautel. 2. numer. 5.* Cujus cap. dispositio non in terris Ecclesiae tantùm, sed Imperii etiam observari debet. Quoties enim apud judicem secularem est controversia de legatis piis; ex jure canonico ea decidenda est; ut, *post alios à se mimoratos*, docent *Covar. uv. in dict. cap. relatum, circa principium. Tiraquellus in tract. de privileg. pia causa. privileg. 1. Grassus in thesaur. commun. opinion. in verb testamentum. quaestion. 18. Vasquius de successon. creat. libr. 3. § 21. limitat. 4. num. 26 & §. 22. limitat. 12. numer. 1. Gilkenius in l. 1. Cod. de sacrosanct. Eccles. numer. 7. & 8. item in dict l. hac consultissima. 21. numer. 30. C. de testament.* Piae autem causae censentur, si quid Ecclesiae, si Scholis, si Xenodochiis, si pauperibus, si viduis, si orphanis, si studiosis studiorum causa, si in redemptionem captivorum, &c. relinquitur. *Donell. lib 6. Commentar. de jur. civ. cap. 9. in fine. D. Collega Besol. part. 6. consil. 263. n. 1 & seqq. fol 42. cum seq. D. Bocer class. 3. disput. 2. thesi. 75. edit. 2 Rausner. in tract. de testament. part. 4. cap. 11. numer. 2. & seqq. latissimè Dominic. Card. Tusch. tom. 8. practicar. conclus jur. concl. 116. & 118. nec non Balthazar Tomasius tract. 10. tit. 1. cap. 1. cum seqq. f. l. 645. & seqq. item q. justus Schütz dict. disputat. 8 th. 6 lit. C pag. 118.* Idemque sancitū reperitur jure renovato Würtembergico *part. 3. titul. 6. pagina. tricentesima quadragesima sexta & sequentib.* Etsi porrò nonnulli arbitrantur: testamentum ad pias causas factum subsistere, non attento eo, quo si imperfectum etiam ratione voluntatis, *Bartol. in l in testament. 38. ff. de fideicommissar. libertat. Abbas in cap. 1. de success. ab intestat. Decius consil 159. colum. 2. Alexand. in l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto. C de testament. hosque cum aliis citans Didacus Covarruv. in dict. cap. relatum. 11. numero decimo ext. de testament.* verior tamen & communior est contraria sententia, non valere scilicet testamentum ratione voluntatis imperfectum, licet ad pias causas sit conditum. Tum quia ipsa voluntas est causa efficiens testamenti. *l. 1. ubi, voluntatis nostrae justa sententia*

tentia ff qui testamen fac. poss. Cessante autem causa, cessare quoque debet effectus, *l. 1. §. 2 ff. de minoribus. 25. annis l actione. 65 §. item si alterius. ff. pro socio. l. generaliter. 52. § 1. C. de Episcop. & cleric. l si pater. 4. C. de hered. instítut. c. cùm cessante. 60. ext. de appellati. C. etsi Christus. 26. paulò ante finem. ext. de jurejurand.* Tum quia quando aliquid, quoad voluntatem, superest agendum, eo omisso, nihil actum intelligitur. *l. penultim. in fine. C. de his, quibus ut indig. hereditates auferunt.* Tum etiam quia haud potest dic perfectum, quòd ex omnibus suis partibus non constat. *l. 1. ff. de origine. jur.* Atqui testamentum non omnibus suis constat partibus, si declarando suam voluntatem, testator se nondum absolverit. *l si is, qui. 25. ff. qui testam. fac. poss l. furiosum. 9. C eod. tit.* Et quia hujusmodi rationes naturales sunt: meritò quoque porriguntur ad testamenta, quæ ad pias causas fiunt, ut nimirum non valeant, si ratione voluntaris imperfecta fuerint. *Atque hanc opinionem amplexi sunt Boerius decis. 93. numer. 10. & decis 240. num. 4. cum seqq Iul. Clar. dict. §. testamentum. quæst 7 numer. 4. Vasquius dict. tract. de succession. creat. §. 22. num. 6. & seq. Grassus d §. testamentum. quæst. 19. num. 2. Mynsing. cent. 5 obs. 28. num. 3. &* D. *Bocer. infrà ad tit. 11. de militari testam. num 49. & seqq. pag 307.*

Neque adversatur *l. jubemus. 29. vers quod si non fuerit observatum. C. de testament* ubi testamentum stare jubetur pro eà parte, quæ perfecta est; pro parte verò, quæ imperfecta mansit, dontaxat irritum esse pronunciatur. *Ista* namque lex agit de testamento imperfecto, non ratione voluntatis, sed respectu solennitatis. Loquitur enim de eâ facti specie, quâ integram suam voluntatem testator scripturâ exposuit: solennitatem autem, quam ipsa lex requirit, nondum perfectè adjecit, puta heredum quorundam nomina, scripto testamento expressa, coram testibus, vel voce, vel manu suâ nondum significavit. Eodem modo *ad l. ult. C. famil. ercisc. & dict l in testamento. 38. ff. de fideicommissar. libertatib.* (quòd videlicet tractent de testamento imperfecto ratione solennitatis, non verò voluntatis; quippe cùm, testatoris voluntas quæ fuerit, ibidem exprimatur) post Boërium *d. decis. 240. num. 5* disertè respondet D Collega Bocerus *dicto loco num. 55. Huc q; referantur, quæ annotata sunt infrà nu 254. & seqq.* Porrò de testamento, ad pias causas facto, videri quoque poterit Antonius Merenda *lib. 4. controvers. jur. cap. 16. pag. 263 & seqq.*

50 *Quintus & ultimus, hoc loco paulò accuratiùs enucleandus, casus est.* si testamentum inter liberos sit conditum. Testamentum namque à parentibus inter liberos, coram duobus testibus, cujuscunque sexûs, etiam fœminis, & iisdem specialiter non rogatis, confectum subsistere communis traditio est, *argum, l. ultim. Cod. famil. ercisc & d. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. ibiq; Bartol. num. 8. Alexand. num. 5 Bald. nu. 7. Angel. in vers. nam ipse ampliavit. Iason. num. 7. Philipp. Corn. num. 13. Sichard & Donell num. 1. C. de testam. Covarruv. in d. c. relatum. 11. num. 4. & 5 de testament. Clarus lib. 3. sentent. recept. §. testamentum. quæst. 8 numer. 2. & 4. Vasqui. d. lib. 3. §. 21. limitat. 7. n. 58. Gail. libr. 2. observat. 112, numer. 1. 5. & 6. Gratus consil. 90. volum. 2. num. 3. Wesenbec. consil. 90. num. 2. Georg. Acac. Enenkel in tract. de privileg. parent. & liber. privileg 15. c. 2. num. 7. & seqq Mantica lib. conjectur. 6 cap 2 Meyrer. in tractat. de testamentar. successionib. lib. 1. tit. 14 num 2. Hartman. Pistoris libr. 1. quæstion. jur. quæst. 1. num. 1. 2. & 3. Dominicus Card. Tuschus d tom. 8. practic. conclusion. jur. concl. 116. Andreas Schefferus quæstionum juris practicabil. part. 3. quæst 23.*

Sed quæstio hic incidit satis controversa: utrùm te- 51
stamentum patris inter liberos imperfectum, quod
quidem juris ordinarii solennitatibus destitutum est,
sed tamen requisita ad testamentum inter liberos necessaria habet, vere ac proprie testamentum appellari possit? Et non esse verum illud testamentum, nec proprie testamentum dici posse, suspicantur *Glossa in d. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1 in verb. liberos. & ibi Iason num. 15, C. de testam.* Verùm contrarium rectiùs defendunt *Bartolus in d. §. ex imperfecto. nu. 2. Castrens. nu 4. Alexand. nu. 2. Fulgos. num. 1. Curt. Iun. num 23. hosq; laudans ibidem Petrus Gilkenius nu. 7. Decius consil. 610. num. 3. Emanuel à Costa in l. Gallus 29. §. & quid, si tantum. 5. num 41 part. 1 ff. de liber & posthum. heredib instit. Fernand. Vasq d lib. 3. de success. creat. §. 21. limitat. 6 n. 47 Ludov Zunthus in respons. pro uxore. num. 48. Michael Grassus lib. 1. recept. sent. §. testamentum. q. 11. num. 2. Iul. Clarus lib. 3 sentent. §. testamentum q. 13. Gail. d. lib 2. obs. 112. num. 13 Hartm. Pistor. d lib. 1. n. 22. & Thadeus Piso lib. 1 var. resolut. c. 7. nu. 21 Dominic. de Magdalen. de n. testium, in testam. requisit part. 1 c. 16. num. 212. cum multis seqq. eumq; laudans Danth. in d §. ex imperfecto. nu. 45. pag. 414.*
Pro quorum sententiæ confirmatione primò allegari 52
solet textus *in Novell. 107 cap. 1.* ubi circa finem inter cætera hæc leguntur verba: *Quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi & scripserunt, & volunt valere, sint firma: nihilo minuenda eo, quòd videantur in chartâ scripta, reliquam observationem testa-*
mentorum non suscipientia, &c. Secundo adduci po- 53
terit hæc ratio: quia testamentum patris imperfectum inter liberos magis esse solenne, & ex pluribus componi requisitis, quàm testamentum militis, in
confesso est. Atqui testamentum militis, omni pror- 54
sus solennitate destitutum, verè & propriè testamentum appellari, elucescit *ex tot. titul ff & C. de testamento militis. & ferè omnibus eorundem titu-*
lorum legibus. Ergo testamentum quoque patris 55
inter liberos imperfectum verè & propriè testamentum appellabitur. Tertiò non parùm movet & hæc consideratio: quòd ad testamenti perfectionem, solennitatis major observatio nihil faciat, si lex minorem solennitatem permittat, *ut videre licet in l. 1 & ultim ff de testament milit. l omnium 19 & l fin. C de testament. c. cùm esses. 10. & d. c. relatum. 11. ext. de testam.*

Quartò accedit etiã illud, quòd omnis ultima volũtas, in qua heres institui potest, verũ & propriũ dicitur te-

ſta-

57 stamentum, *argum. § penult. infr. de codicill.* Atqui liberi à parentibus in testamento imperfecto heredes institui possunt & debent. *Novell 115. cap. 3. & latius explicatur infrà num. 258. & seq* Ergò testamentum patris inter liberos imperfectum verum est testamentum, nomenque testamenti verè & propriè sortitur.

58 Huic assertioni non obstat *l. filii. 16. & l. fin. C. familiæ ercisc.* ubi cùm voluntas patris ultima, inter liberos minùs solenniter confecta, opponatur testamento: inde concludendum videtur, quod talis imperfecta dispositio patris inter liberos testamentum vocari non possit: cùm duo contraria in idem subjectum cadere nequeant, *argum. l. patre furioso. 8. ff. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt.* Ibi enim testamentum ordinarium,

59 secundùm regulas juris communis confectum, dispositioni inter liberos imperfectæ non opponitur ratione substantiæ, & quasi illud solum verum testamentum esset: hæc autem non esset: sed opponitur ratione solennitatum, ex a substantiam testamenti constituenti um: quarum illud plures; hæc vero longe pauciores habet. Sed & illud forsan haud inepte responderi poterit: quòd in istis duabus ll. non principaliter agitur de testamento patris inter liberos imperfecto, sed de divisione, per modum ultimæ voluntatis a patre inter liberos factâ: ac proinde non opponitur hîc testamentum ordinarium juris communis, extraordinario patris testamento inter liberos, sed potius divisioni paternæ inter liberos constitutæ: quam non esse testamentum, facilè concedatur. *Vide Todeum Pisonem libr. 1. variar. resolut. c. 7. num. 46. & seq.*

60 Deinde non obstat, quod dispositio patris inter liberos, non confecta secundum regulas juris, & secundum legum ordinationem, dicatur testamentum imperfectum. *d. l. hac consultissima, 21. § ex imperfecto. 1. C. de testam. & Novell. 107. de testam. imperfect. &c.* Sic ergo talis dispositio imperfectum est testamentum: propriè testamentum dici non potest: cùm forma & consummatio rei, sibi denominationem vindicent. *l. si is,*

61 *qui quadringenta. 80 § 1. ff. ad leg. Falcid.* Hoc, inquam, non obstat; quoniam imperfectio dupliciter rat. ligi debet. Vno modo ratione legis, talem solennitatem requirentis, ut communiter fieri solet. *d. l. hac consultissima 21 in princ. C. de testament.* Quâ de causa si illa non intervenerit, testamentum nullius momenti erit. *l. testandi. 13 C eod.* Alio modo imperfectio intelligitur respectu & collatione unius testamenti cum altero. Testamentum si quidem inter liberos, coram duobus testibus factum, si conferatur cum alio testamento, secundum regulas juris confecto, imperfectum dici potest, non quidem ratione sui, sed communis atque

62 receptæ formæ. Ratum namque est & perfectum si formam propriam ejus, quam leges induxerunt, intuemur. Vnde quemadmodum scapha, licet mediocritate à navi oneraria differt, nihilominus navis est, & navis verè ac propriè appellatur: ita testamentum inter liberos imperfectum, quod propriam formam, eamque perfectam habet, non ideo minùs verum testamentum dicitur, quod minorem solennitatem habeat, quam testamenta formæ communis. Et quemadmodum absurdum est, testamenti nomen abrogare testamento nuncupativo, quòd careat solennitatibus, in testamento scripto requisitis: item quâ ratione alienum & absonum est, contractum mutui eo in casu, quo quinque testes ad eum necessarii sunt, *ut l. fin. juncta Auth. seq. C. si certum petatur.* aut contractum emptionis eo in casu, quo scriptura ad eum requiritur, *l. contractus 17. C de fide instrumentor.* solos eo nomine appellare: cùm alii contractus, ubi duntaxat duo testes interveniunt, æquè propriè contractus sint: ita quoque idem probandum est in præsenti quæstione, de testamento imperfecto propositâ: cùm suam formam talis voluntas habeat, & propterea etiam conveniens nomen testamenti sibi vindicet, *argum. d. l. si is, qui quadringenta. 80. § 1. ff. ad leg. Falcid. Gilken in d. l. hac consultissima 21 § ex imperfecto. num. 8. C. de testament.*

Pariter non obstat textus *in l. miles si testamentum. 35. ff. de testament. milit.* ubi testamentum militis, quod æquiparatur testamento patris inter liberos imperfecto, dicitur perfecti testamenti potestatem obtinere. Ergo verè testamentum non est: & consequenter etiam testamentum inter liberos imperfectum non est verum testamentum, nec tale dici potest. Non obstat, *inquam.* Quod enim in illâ l. dicitur, ultimum elogium militari jure confectum, habere potestatem sive vim perfecti testamenti: exaudiendum est de testamento ordinario & solenni. Quasi dictum fuisset: quamvis militis testamentum non est perfectum, sed imperfectum: solennis tamen & ordinarii testamenti effectum habet. Non ergò rectè infertur ex ista lege, militare testamentum non esse verum testamentum: sed hoc potiùs inde colligitur, militare testamentum non esse ordinarium testamentum: quod tamen effectum solennis & ordinarii testamenti obtineat. Sed & illud non malè respondetur: justam haud esse hanc consequentiam: dispositio ultima, jure militari imperfectè composita, vires habet perfecti testamenti: ergò vere & propriè testamentum appellari nequit. Quin potius per contrariam consequentiam, & benè colligitur: vires habet perfecti testamenti: ergò verè & propriè testamentum appellatur. Tum quod denominatio cujusque rei ab effectu desumitur: tum quòd res quælibet, qualis sit, ab effectu cognoscitur, *argum. l. si tam angustis. 13. ff. de servitutib. l. penult. § fin. ff. de contrah. empt. & l. ex conducto. 15. § si tunc. 4. ff. locati.* Ex quibus omnibus ita expositis manifestissimum evadit: testamentum patris inter liberos imperfectum verè & propriè testamentum appellari posse. 63 64

Hujus autem decisionis utilitas non exigua. Nam pone, statutum in civitate vigere, quòd in heredem ex testamento possessio bonorum hereditariorum, quam defunctus habuit, etiam non apprehensa (contra quàm jure communi fit, *l. cum heredes. 23 in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess.*) ipso jure post mortem defuncti continuetur: deducitur ex decisione nostrâ, si testamentum inter liberos imperfectum, in quo filius heres institutus est, vere & propriè testamentum est, quod possessio bonorum paternorum à morte testatoris recta absque ulla apprehensione in filium, tanquam heredem 65

redem ex vero testamento, continuetur. Quæ tamen continuatio vigore prædicti statuti citra possessionis apprehensionem nequaquam fieri posset, si testamentum patris imperfectum vere & proprie testamen-
66 tum appellari non posset: sed impropriè tantùm. Verba etenim statutorum in verâ & propriâ, non autem impropriâ significatione sunt accipienda, *arg. l. 1. §. licèt. 20. vers. in re igitur ff. de exercit. act. l. eum, qui vectigal. 16 ff. de verb signif. Oldrad. consil. 150. col. 2. post med. Alexand. consil. 40 lib. 2. Cravett consil. 735. nu-*
67 *mer. 5.* Rursus pone, statutum extare in civitate: quòd heres ab intestato transportans bona hereditaria in alienam provinciam, certũ vectigal ex illis bonis (quod vernaculâ linguâ **einen Abzug** indigitant) fisco inferre cogatur: heres autem ex testamento immunis ab isthoc onere esse debeat: efficitur utique ex nostrâ decisione, filium in testamento patris imperfecto heredem institutum immunitate gavisurum, nullumque vectigal daturum esse: eò quod tale testamentum vere & proprie testamentum nominatur.
68 Alia præterea nostræ decisionis utilitas in eo consistit: quod heres in testamento solenni, vel in scriptis confecto institutus, *ex dispositione l. fin. C. de edicto Div. Hadriani tollend.* in possessionem bonorum defuncti confestim & absque ullo strepitu seu disceptatione judiciali in bona defuncti à Iudice sit immitten-
69 dus. Quæ quidem lex intelligenda est de herede, qui ex vero & proprio testamento heres est: quoniam verba cujusvis legis in proprio significatu accipi oportet. *d. l. 1. §. licet. 20. vers. in re igitur. ff de exercitor. act. cum similibus.* Ex quo evincitur, quamvis filius à patre in testamento imperfecto institutus fuerit: eum tamen post mortem patris *ex d. l. fin. C. de edict. divi Hadr. toll.* in continenti in bona patris immittendum esse: cùm tale testamentum, quantumvis imperfectum, verè tamen & propriè testamentum dicatur.
70 Ex hisce modò expositis ad vulgatam etiam illam quæstionem infertur: utrùm tutor, à patre in testamento imperfecto liberis datus, confirmatione magistratus opus habeat, antequam tutelam gerere possit? Cùm enim hujusmodi testamentum inter liberos verum sit & legitimum testamentum, & vere atque proprie testamentum appelletur: concludunt Interpretes plerique tutorem, in eo testamento liberis datum, nulla judicis confirmatione opus habere, suffragante Modestini auctoritate *in l. 1. § 1 ff. de confirmando tutore, vel curatore.* respondentis, tutorem testamento pa-
71 terno constitutum, confirmatione judicis non egere. Verùm huic conclusioni non parùm adversatur, quod Iulianus IC. scriptum reliquit *in l. qui à patre. 3. ff. de confirmand. tutor.* tutorem in testamẽto non justo sive imperfecto à patre liberis suis datum, per judicem confirmandum esse. Ex quo sequitur: testamentum patris inter liberos imperfectum, neque verum & legitimum esse testamentum, neque verè & proprie testamentum nuncupari. Aliàs enim tutor tali testamẽto à patre constitutus, à judice confirmandus non esset, quippe datione tutoris ipso jure & sine ulla confirmatione, vires suas habente, *dict. l. 1. §. 1 ff. de confirm. tutor.* Ad hanc objectionem Doctores, inferiùs laudandi, distinguendo respondent. Aut in testamento patris imperfecto datus est tutor aliquis ex filiis: & tunc hujusmodi tutelæ datio, quantumvis testamento patris imperfecto comprehensa, ipso jure valet: proindeque nullâ confirmatione indiget. Aut datus est aliquis extraneus tutor: & tunc tutor iste confirmandus est, nec absque judicis confirmatione administrationem tutelæ suscipere potest. Hocque de casu loqui autumant *d. l. qui à patre. 3. ff. de confirmat. tutor.* addentes hanc rationem: quoniam isto casu pater extraneum tutorem filiis testamento imperfecto constituens, non disponit de filiis, sed de extraneo, quem
onere tutelæ suscipiendæ gravat. Privilegium autem 72
unius non debet vergere in præjudicium sive detrimentum alterius. *l. impuberi. 40. ff. de administrat. & peric tutor. Panormit. ad C. quàm arca. 22. & c. dudum. 31. ext. de privileg. Alex. consil. 115. volum. 7. hesq; referens Ludovicus Grempius consil. 4. num. 18. & 19. volum. 1 consilier. D. Besol fol 134.* Ergo privilegium, in favorem liberorum inductum, quod pater in eorum favorem testamento imperfecto voluntatem suam validè condere & declarare possit, non debet onerare extraneum, ut tutelæ datio, in tali testamento ordinata, in ipsius præjudicium valeat. *Ita tradunt Bartolus & Cynus num. 1. Fulgos. num. 2. Castrens. & Donell. num. 5. Sichard num. 6. Salicet. num. 7. Bald. num. 9. Corn. num. 14. Iason. num. 15. Curt. jun. nu 26. & Angel. circa finem in d. l hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testament. Iul. Clar. d. lib sentent. §. testamentum. quest. 10. num. 3.*
Sed isthæc distinctio vix, ac ne vix quidem sustineri 73
aut defendi posse videtur, idque duplici de causa. Prima est: quia per illam præsupponitur, testamentum patris inter liberos imperfectum etiam jure Pandectarũ valere: & propterea statuitur à Doctoribus, eo casu, quo filius à patre in tali testamento fratribus vel sororibus suis tutor constitutus est, confirmatione judicis opus nõ esse. Arqui falsum est, testamentum patris inter liberos imperfectum jure Pandectarum valuisse, ut colligitur *ex d. l qui à patre. 3. ff. de confirm tutor, & l. peto. 69 §. mater. 2. ff. de legat. 2* & sentit *Glos. in d. l. hac consultissima, 21. § ex imperfecto. 1. in verb. liberos. C. de testam. ibiq; Gilkenius n. 10. Hieronym. Pantschman. quæst. iuris controv. lib. 2. quest 1. nu. 2.* Altera causa sive ratio est, ob quam prædicta distinctio reprobanda videtur:
quia vult, quod datio tutoris testamento patris imper- 74
fecto inserta, ipso jure valeat, dummodo non extraneus, sed filius à patre tutor constitutus fuerit: cujus tamẽ contrarium, etiam filio tutore dato, verius esse, facilè ostendi poterit. Cùm enim omnes leges & constitutiones posteriores, quibus vires testamento patris inter liberos imperfecto attribuuntur, loquantur secundùm quid, non autem simpliciter, quatenus videlicet parentes in tali testamento de hereditate suâ ad liberos trãsferenda, vel inter eosdem dividendâ disponunt: manifestum inde fit, quòd testamentum patris inter liberos imperfectum non simpliciter posterioribus legibus & constitutionibus (ut perperam sentire videtur Gilkenius *dicto numero 10. vers. unde cùm hac testamẽta, &c*) approbetur, sed quatenus illud de successione in bonis parentum vel eorundem divisione inter liberos disponit. Quare hæc relaxatio solennitatum juris

communis ad voluntatem patris, de paternâ hereditate in liberos transferenda non disponentis, sed aliis de rebus statuentis / extendenda non est. *l. quod verò. 14 & ll. seqq. ff. de legibus* & per consequens testamentum patris imperfectum, quoad tutoris dationem, in eo comprehensam, ipso jure non valet: sed tutor eo testamento datus etiam hodie confirmatione opus habet: quemadmodum & jure Digestorum opus habebat. *d. l. qui à patre. 3 ff. de confirm tutore. &c.*

75 Quæri & illud solet: num quemadmodum testamentum patris inter liberos imperfectum valet: sic etiam matris imperfectum testamentum inter liberos subsistat? Et quamvis olim mater inter liberos testari cupiens, solemnitatibus legum soluta non fuerit: propterea quòd textus *in l. filii. 6. & l. fin. C. famil. ercisc.* quibus primùm solennitas testandi inter liberos remissa fuit, de patre solummodo testante, non autem de matre, loquantur: hodiè tamen ex constitutione Impp. Theodosii & Iustiniani, utriusque sexûs parentes, tam fœminæ, quàm mares, hoc privilegio gaudent, quòd inter liberos sine solennitatibus juris communis testari possint. *d. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto. 1. ibi, utriusq. sexus. C. de testamen. & Nov.*
76 *107. in præfat.* Ratio hujus extensionis est perspicua: quia matris hereditas non minùs, quàm patris, debetur liberis: adeòque eodem favore digni liberi censentur, sive mater, sive pater inter eos testetur, *argum. l. nam etsi. 15. in princip ff. de inoffic. testam §. 1 infr. de SC. Tertullian. l. cùm ratio. 7. in princ. ff. de bonis damnator.* Atque ita, *post Castrensem & alios Interpretes in dict. §. ex imperfecto. & d. Novell. 107.* tenent *Roman. consil 179. amplissime Doctor. num. 15. in fine. ver. & licèt lex illa, &c. Natta consil 622. tom. 3. Boerius consil. 48. Pantschman. d. lib. 2. quæst. 1. num. 3 Hartm. Pist. lib. 1. q. 1. nu. 15. Auctor. consul. Argentorat. 56. num. 4. volum. 1 fol. 1003. Dominic Card. Tusch. dict. tom. 8. conclus 115. num. 15. & Thadeus Piso. var. resolut. lib. 1. cap. 7. num. 22.*

77 At quid pronunciandum, si mater, defuncto primo marito, ex quo liberos susceperat, ad secundas convolàrit nuptias: nunquid ejus testamentum inter liberos imperfectum perinde valebit, ac si vidua mansisset, & inter liberos testata fuisset? Et valere, certa
78 & evidens ratio suadet. Tum quia pœna privationis juris sui vel privilegiorum locum non habet, nisi legibus expressim sit constituta. *Novell. 2. cap. 3. vers. sicut enim ibi, nec qualibet est lex aliquid tale dicens, &c. l. etsi quis. 14. § Divus. 14. ibi, pœnam tamen in eum statutam non esse. ff. de religios. & sumpt. funer.* Atqui nullibi legibus cautum reperitur, quòd mulier ad secundas convolando nuptias, jus & privilegium
79 parentibus utriusque sexûs datum amittat. Tum quia verba generalia generaliter sunt intelligenda; & ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. *l. 1. § initio. 4 ff. de offic. præfecti urbi. l. 1. §. quod autem. 3. in fin. ff de aleatorib. l. 1. § generaliter. ff. de legat. præstand. l. de pretio. 8. ff de Public. in rem act.* Atqui *in d. l. ha. consultissima. 21. ex imperfecto. 1. C. de testament.* generaliter atque indistinctè dispositum est, quòd parentes utriusque sexûs inter liberos suos sine solennitatibus testari possint. Ergò iste textus etiam de parentibus ad secunda vota transeuntibus accipiendus est. 80

Neque obstat, quòd mater, ad secundas nuptias, jus tutelæ filii impuberis, & jus educandi pupillum perdat. *Auth. sacramentum. C. quando mulier tutelæ offic. fungi pot. Novell. 94 c 2. §. propterea, &c.* Etenim jus illud tutelæ & educandi pupilli, matri præ cæteris pupilli agnatis & cognatis eâ ratione constitutum est: quòd mater propter summum amorem & affectionē, quàm erga filium impuberem habet, præsumitur exactissimâ curâ & fidelitate pupillum educatura esse. Hæc autem præsumptio cessat in matre, ad secunda vota descendente: quoniam ea maternum affectum & amorem erga liberos primi matrimonii exuisse creditur, *argument. l. fœmina. 3. §. 1 & l. hac edictali. 6 §.*
ultim C. de secund. nupt. Quare cessante legis ratione, 81
cessat & ejus dispositio; *argum c. quoniam. 5 § porrò. & § si autem ext. ut lite non contestat. non procedat. ad test. reception. &c.* Secus verò est in testamento inter liberos condendo: quia ad testamenti factionem non requiritur exacta cura & fidelitas matris: sed ejus solummodo voluntas spectatur & attenditur. Ideòque mater secundas contrahens nuptias, jus illud testandi inter liberos, neglectis solennitatibus, haud amittit: sed potiùs testamentum ejus imperfectum jure sustinetur.

82 Similiter in quæstionem vocari poterit: ecquid testamentum patris deportati, inter liberos absque solennitatibus juris communis confectum, valeat? Et non valere, evidens suadet ratio. Etenim si omnes leges & constitutiones, in quibus de testamento inter liberos imperfecto agitur, quispiam perscrutetur: nihil utique in illis, quoàd habilitatem personæ testatoris, sed solùm quoad formam & modum testandi, relaxatum esse deprehendet. Atqui ut testamentum quis facere possit, inter cætera in ipsius personâ requiritur, ut sit civis Romanus, non verò deportatus. *l. ejus, qui. 8. §. 1. & 2. ff qui testament. fac. poss.* Vnde efficitur, patris deportati testamentum inter liberos nullius valoris aut momenti esse. Accedit & hæc ratio; quòd absurdum foret dicere, leges plus favere voluisse patri, secundùm formam testamenti imperfecti inter liberos testanti, quàm patri, formam & regulas juris communis observanti. Præterea cùm de re 83
seu persona aliqua disponitur vel disceptatur: habilitas, quantum ad alia, præsupponitur. *l. qui testamento. 20. in princip. ibi, si aliud eos nihil impediat. ff. qui testament. fac possess. l. ne gradatim. 11. §. 1. ff de muneribus & honorib l. si quando. 35. in princip. C. de inoffic. testam, c. quia diligentia. 5. ext. de electione & electi potest. c. 1 de ætate & qualitate, &c.* Huic sententiæ 84
non adversatur, quòd testamentum patris inter liberos secundùm jus gentium reguletur, & ad ejusdem juris terminos redactum sit; idque solùm attendi debeat. *Bartol in d. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. num. 3. C. de testament. ibiq. Iason. num. 4. & idem Iason in auth. novissima. numer. 16. C. de inoffic. testament. Mynsinger. respons. 79. decad. 8. numero 7. Hieronymus. Schurff consil 28 & 39 cent. 2. hosq. citans Rittershusius in exposit. Novell part. 6. cap. 2. numero 1.* De-

par-

portatus autem omnia, quæ juris gentium sunt, re-
tineat. *l. sunt quidam. 17. in fine. ff. de pœn.* Nam re-
spondetur; non simpliciter & absolutè, sed secun-
dùm quid tantùm, testamentum imperfectum patris
inter liberos ad terminos juris gentium esse redactum.
Siquidem testamentum illud, ultrà juris gentium re-
quisita, nonnullas desiderat solennitates jure civili in-
ductas: quemadmodum ex supradictis constat, & ex
infrà dicendis patebit luculentiùs.

85 Isti quæstioni hand inconvenienter hæc subjungi-
tur: num pater, qui manifestus est usurarius seu fœ-
nerator, testamentum inter liberos suos condere pos-
sit? Et eum, nequè inter liberos, neque inter extra-
neos, præstandâ cautione de restituendis usuris non
præstitâ, testari posse, perspicuè evincitur *ex c. quan-
quam. 2. §. fin. de usur. in 6.* Qui textus cùm generali-
ter & indistinctè prohibeat, ne usurarius manifestus
testamentum faciat: generaliter etiam & indistinctè in-
telligendus est: & per consequens non tantùm ad il-
los, qui extraneis personis testamento suo quippiam
relinquunt; sed & ad parentes, usurariam pravitatem
palàm exercentes pertinet, quoties videlicet inter li-
86 beros suos testari volunt *l. 1. §. generaliter. 1 ff. de legat.
præstand. l. si quid earum. 47. § 1 ff. de legat. 3. l. qua
conditio. 39. in princip. ff. de condition. & demonstrat. l.
semper specialia. 147. ff. de reg. jur. l. voluntas. 4. C. de
fideicommissis.* Quibus in legibus cavetur: verba ge-
neralia indistinctè & generaliter de omnibus personis
& casibus, quos ambitu suo comprehendere possunt,
87 exaudienda esse. Adhæc quotiescunque de forma
testandi jure communi constitutâ, singulari quadam
constitutione aliquid relaxatur: in cæteris omnibus
habilitas necessariò præsupponenda est *dict. l. qui te-
stamento. 20. in princ ff qui testament. fac. poss. & si-
milibus suprà allegatis.* Quamobrem leges & consti-
tutiones juris civilis, in quibus patri inter liberos te-
stanti solennitas juris communis remissa est, præsup-
ponunt: patrem, qui hoc privilegio inter liberos su-
os testandi usurus est, quoad testamenti factionem a-
ctivam, habilem & idoneum esse oportere; & con-
sequenter ex illis legibus inferendum non est, patrem
manifestum usurarium inter liberos suos testamentum
facere posse. *Ita sentit Antonius de Butr. consil. 25.
numer. 5. & seq. eumque referens* Dominicus *Cardin.
Tuschus dict tom. 8. practicar. conclusion. jur. conclus.
115. num 58. itemq; Illustris Enenkel d. tract de privi-*
88 *leg. parent. & liber privileg. 15. cap. 3. numer.* 4. Non
obstat, quòd testamentum inter liberos ad normam
juris gentium est redactum, *ut dictum suprà numero.
84. & pluribus Dd. auctoritatibus confirmat Ioan.
Dauth. in explicatione d. l. hac consultissima. 21. §. ex
imperfecto. numer. 18. in fin. C. de testament. pag. mihi.*
434. Prohibitio autem illa, quâ usurarius a testa-
menti factione removetur, jure Canonico introducta,
sicque juris positivi est: ac proinde usurarius inter li-
89 beros suos testari non prohibetur. Ratio consequen-
tiæ non est obscura: quia usurarius, ad instar deporta-
ti, retinere videtur, quæ juris sunt gentium. *dict l sunt
quidam. 17. in fine. ff. de pœn.* Atqui testamenti factio-
nem ad jus gentium esse referendam, arguit §. *jus au-
tem civile. 1. vers. quod verò naturalis. supr. de iur. nat.
gent. & civ. ibique Theophil.* & probat *Wesenbecius in
Paratit. ff. qui testam. fac. poss. num.* 8. Non illud, *inquã*,
obstat. Nam quod dicitur, usurarium manifestum non
amittere, quæ sunt juris gentium: id verum est & pro-
cedit in illis, quæ simpliciter & absolutè sunt juris gen-
tium, veluti emptio, venditio, permutatio, & similes
contractus: secus autem est in illis, quæ non tantùm
sunt juris gentium, sed participant etiam aliquid cum
jure civili: velut testamentum & facultas testandi: quæ
quoad originem quidem dicitur esse juris gentium;
quoad formam verò juris civilis esse censetur, *arg. l.
si testamentum. 1e. C. de testament.* ubi testamentum 90
ne quidem rescripto Principis rescindi potest: cùm ta-
men, si juris civilis tantùm esset testamentum, Princi-
pis rescripto everti posset. *argum. §. sed naturalia. 11.
vers. ea verò. supr. de jur. nat. gent. & civil.* Atque
hanc verissimam esse & receptissimam sententiam, de-
monstratum est abundè suprà *ad principium hujus tit.
numer.* 62. Quapropter cùm testamentum inter libe-
ros imperfectum non sit redactum ad puros juris gen-
tium terminos, sed nonnulla desideret ad sui perfe-
ctionem, quæ ex jure civili descendunt, veluti, quòd
liberi in eodem heredes necessariò instituendi sunt, nec
silentio præteriri possunt: item quòd unico contex-
tu & non admixto actu extraneo, componi debeat:
& similia, *de quibus in dict. l. hac consultissima.* 21. §.
*ex imperfecto. 1. & seq ubi Dauth. numer. 19. cum seqq.
item Auth. quod sine. C. de testament. & Novell.* 107.
cap 1. consequens est; eum, quem jus civile à testa-
menti factione removet, testamentum condere non
posse. Ex quo amplius concluditur: quoniam jus ca-
nonicum usurario manifesto jus testamenti condendi
apertè detrahit, cum ne inter liberos quidē testari pos-
se.

Non quoque refragatur tria juris regula: quòd ne 91
mo alterius odio seu delicto debeat prægravari. *l. 1. in
princip. ff. de alienat. judicii mutandi caus. fact. l si ser-
vus. 4. in fine. ff. de divers. temporalib. præscript. l. su-
pra. 11. §. apud. 2. circa finem. ff. de aqua, & aquæ
pluv. arcend. l. sancimus 22. C. de pœn. tot titul. C. ne
filius pro patre, &c. c. non debet. 22 de reg jur. in* 6.
Iam verò infirmato sive non subsistente testamento,
quòd pater usurarius inter liberos suos condidit,
necesse est, ut quod pater uni ex liberis suis singula-
ri paternâ affectione motus præ cæteris prælegavit,
corruat: adeoquè filius innocens facto sive delicto
patris gravetur, & quodammodo pro eo puniatur.
Hoc, *inquam*, non refragatur. Primò enim respon-
detur: gravamen illud, quod liberis inferri videtur, non
esse in consideratione habendum: quippe quòd lucrū
omne, ex testamento alterius quærendum, tanquam
ex voluntate testatoris dependens, incertum sit: ac
propterea spes, quam in bonis parentis superstitis fi-
lius habet, utpotè incerta & præmatura nihili æstime-
tur, *arg. l. 1. §. si impubere. 21. in fine. ff. de collat. bo-
ner. Cravett. consil.* 410. *num.* 10. Deinde respondèn-
dum: gravamen ex dispositione *d c. 2 § fin. de us. in* 6.
si modò gravamē est, in liberos rèdūdās, pèr consèquē-
tiā saltē, non autē principalitèr, lìberos contingere. At 92

multa in consequentiam permittuntur, quæ per se & principaliter fieri non possunt. *l. 1. in princip. & l. quod dicimus. 7. in princ. ff. de auctorit. tutor. l. si is, qui duos. 29. ff de liberat legat. l. non solum. 6. ff. de in integr. restitutionibus.* Sic videmus, ob delicta parentum atrociora, bona eorum quandoque in fiscum cogi: quantumvis hac confiscatione liberis successio in bonis paternis per consequentiam auferatur. *l. quisquis. 5. C. ad leg Iul. majestat. tot. tit. C. de bonis proscriptor seu damnator.*

93 Non intempestivè hîc quæritur: an quemadmodum testamentum parentum inter liberos imperfectum valet: sic vice versa valeat quoque testamentum liberorum imperfectum inter parentes, quo videlicet patrem, matremve, vel ulteriores ascendentes, omissâ juris communis solennitate, heredes instituerunt? Et licet *Curtius Iunior in dict. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. num. 4. C. de testament. Bereng Fernin repetit. l. in quartam. 91. ff. l. Falcid. cap. 1. numer. 47. hoc q. citant Iulius Clarus (sive potius ejus Additionator Gracharius) libr. 3. sent. §. testamentum quæst. 12. num. 6. in fine.* affirmantem opinionem in puncto juris veriorem esse autument: negantem tamen sententiam longe esse verissimam, haud difficulter probari potest, *per textum in dict. l. 21 §. ex imperfecto C. de testam.* ubi Impp. Theodosius & Valent. diserte scripserunt ex imperfecto testamento voluntatem defuncti tenere in-

94 ter solos liberos. Quæ dictio (*solos*) suâ naturâ excludit omnes alias personas, inter quas testamentum imperfectum conficitur: adeòque clarissime ostendit, testamentum imperfectum à liberis inter parentes conditum nequaquam sustineri. Huic adstipulatur textus *in Novell.* 107. In cujus præfatione ita Imp. Iustinianus loquitur: *Dixit itaque lex, oportere morientium voluntates, quando sunt parentes, omnibus modis inter filios tenere, & tamen eos erubescit parentes existentes, &c.* Quibus ex verbis patescit, legem seu constitutionem non suffragari testamento imperfecto, nisi parentes sint, qui tale testamentum inter liberos constituant. Eòdem confert non parùm rubrica *dictæ Novell.* 107. *de testamentis imperfectis à parentibus in filios factis.* Quæ rubrica (ut & nigrum illius rubricæ) cùm tantùm meminerit testamenti imperfecti, à parentibus inter liberos conditi, non autem quod à li-

95 beris inter parentes factum est: rectè inde infertur, unius inclusionem esse exclusionem alterius. *l. cùm prætor. 12. in princip. ff. de judiciis.* & per consequens testamenta filiorum minùs solenniter confecta non perinde valere, ac testamenta parentum inter liberos im-

96 perfecta. Accedit & hæc ratio: quamvis ipsi quoque parentes liberis defunctis succedant *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam l. scripto. 7 in fin ff. unde liberi. Novell. 118. cap. 2.* & de liberorum bonis parentibus legitima debeatur. *Novell. 1. de heredib & Falcid. in præfat. §. primùm. 2 cap. 1. § ult. de testament. in 6.* cùm tamen hic naturæ ordo sit, ut quemadmodum liberi in parentum vicem surrogantur: ita etiam iisdem in hereditate succedant: parentes autem non nisi turbato naturæ ordine succedant. *dict. l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam.*

97 & monitore divo Paulo. *2. Corinth. 12. v. 14.* parentes liberis, non verò filii parentibus thesaurizare debeant: hinc fit, ut favorabilior sit liberorum & testamentaria, 98 & intestamentaria successio, quàm parentum. Præterea quòd testamenta minùs solennia parentum valeant: id liberorum præcipue favore constitutum est, tanquam jus singulare. Ideoque privilegium hoc ad parentes, quos liberi heredes instituere volunt, extendi non oportet: maxime cùm ratio differentiæ inter utrumque casum non obscura sit. *l. quod verò. 14. & ll. seqq ff. de legibus, &c.* Cui suffragium fert & illa consideratio: quòd si testamenta liberorum inter parentes solennitatibus juris communis destituta perinde, ut ipsorum parentum testamenta inter liberos valerent: proculdubio Legislatores illud, tanquam valde notabile, in suis constitutionibus expressissent. Quòd cùm nullibi factum fuerit; relucet inde, non esse eandem juris dispositionem in testamentis filiorum inter parentes, quæ est in testamentis parentum inter liberos. Quæ enim notabilia sunt, nisi specialiter expri- 99 mantur, pro omissis & neglectis habentur. *l. item apud Labeonem. 15. § hoc edictum 26. ff. de injur.* Denique hanc, frequentioribus Interpretum calculis approbatam, sententiam amplectuntur *Alexander, Albericus de Rosat. Natta, Riminaldus, Iason, Sichardus num. 5. & Ioan. Dauth. numer. 49. in dict. l. hac consultissima. 21. §. ex imperf. cto. C. de testamens. Bald. & Salicet. in d. l. fin. C. famil. ercisc. Boerius decis. 140. num. 22. Guielm. Benedictus in c. Rainutius. 16. verb. testamentum. tum. el. 1. num. 85. de testament. Speculat. in tit. de instrumentor. edit. §. compendiose. post numer. 32 vers. quid si filius, &c. Fernand. Vasqu. in tract. de success. creat. §. 21. limitation. 7. numero 61. & de success. resol. §. 1. num 45. Grassus in d § testamentum. quæst. 15 num. 6. Gal d lib. 2. obs. 112. num. 16. Rodericus. Suarez. in l. quoniam in prioribus 32. in ult. amplsat. C. de inoffic. testam Thadeus Pise d. lib. 1. var. resol. c. 7. num. 41. Hartman. Pistor. d. quæst. 1. num. 18. & Dominic. Card. Tuschus d. tem. 8. qu. pract. jur concl 115. n. 72.*

Non obstat, quòd pater & filius sunt correlativa: cùm 100 posito uno, alterum quoque poni necesse sit, *argum. l. fin ff. d. acceptilat l. 1 C. de cupressis, &c. Nicol. Everhard in locis legalib. loc. à correlat. numer. 2.* Quicquid autem de uno correlativorum statutum est, de al- 101 tero etiam statutum dispositumque intelligitur. *l. cùm emptor. 5 in princ. ff. de rescind. vendit l si, cùm dies. 21. (aliàs est l. quid tamen.) §. penult. ff. de receptis, qui arbitrium, &c. d. l. fin. ff. de acceptilat. l. ult ubi Bald. Bartol. & Iason. C. de indict. viduitat. toll.* Quemadmodum ergo testamentum imperfectum, à parentibus inter liberos confectum, jure sustinetur: sic è diverso testamentum liberorum inter parentes conditum, quantumvis imperfectum & solennitatibus juris communis destitutum, validum esse debet. Non ob- 102 stat, inquam. Quia argumentum, à naturâ correlativorum petitum, non procedit, quoties ratio diversa in correlatis versatur, *arg. l. curatorem. 3. ibiq. glos. Cynus & Dd. C. de interdicto matrimon. inter pupillum, &c. Nicol Everhard. dict. loc. à correlativis. num. 8.* Iam verò magnam esse rationem diversitatis inter testamenta liberorum, & testamenta ipsorum parentum, ex antedictis clarescit.

Nihil

103 Nihil item obstat, quòd ratio; ob quam testamentum patris inter liberos imperfectum subsistit, quia videlicet liberis parentum hereditas ipso jure naturali debetur, videtur etiam in præsenti casu militare. Siquidem & parentibus liberorum hereditas, ex naturali æquitate, præ cæteris omnibus consanguineis debetur. *d.l.nam etsi.15.ff.de inoffic.testam.& similib.suprà num.96.adductis*, Cùm ergò utrobique par sit & eadem ratio: diversum jus statui non oportet. *l.illud quæsitum.32.ff.ad leg. Aquil.* Nihil, *inquam*, illud obstat. Etsi n. parentibus etiam liberorum hereditas jure naturæ debetur, non tamen æquè debetur, ut hereditas parentum debetur liberis: quoniam ii, omnibus omnino descendentibus deficientibus, mortalitatis ordine inverso, secundo demum loco ad successionem liberorum vocantur, juxta illud Accursii *in d.l. nam etsi.15.ff.de inoffic.testam.*

Ordine turbato, succedis Bulgare nato.

104 In dubiam quoque disquisitionem venit: nunquid testamentum parentis imperfectum valeat, quo is cum filiis suis primi gradus unum vel plures ex alio filio nepotes, hoc filio, sive patre ipsorum adhuc superstite, heredes instituit? Et sanè communiter Doctores ajentem probant defenduntque sententiam, *Alberic de Rosate & Corneus in d.l.hac consultissima 21. §.ex imperfecto.C.de testament.Nicol.Boerius decis.241.num.3 Ioannes Andreas in addit.ad Speculat. tit de statu monach.§.1. vers.quinquagesimo secundo quæritur. Natta cons.428.tom.2. Alexand.cons.176. num.1.& 9. volum.5. Socinus in l.moribus 2.num.11. ff.de vulg.& pupill substitut. Clarus lib.3.sentent.§.testamentum quæst.12.num.5. Dominic.Cardin.Tusch. tom.8.practicar.conclusion jur. conclus.125. num.61. Hartman.Pistor.lib.1.quæst.1.num.17.& Thadeus Piso lib.1 var.resolut cap.7.num.23.& noviter Dn.Collega Bocerus infrà tit.proximo.de milit.testam.nu.21 cum seqq. pag.302.& seq.* Verùm contrariam assertionem in puncto juris veriorem esse, putant *Alciatus cons.32 num.3.lib.9. Roland.à Valle cons.89.lib.3. Speculator d.loco.Aretin.in d l.morib.2.vers. circa quintam qualitatem.colum.6.in princip.de vulg & pupill substitut.Barbatus cons.88.num.7.volum.4. Cephal. cons.27.num.8 & 9. Dominic.de Magdal.de num.testium in testament.requisito.part.1. cap.16.num.178 hosque laudans Ioannes Dauthius in d.l.21. §.ex imperfecto C.de testam.num.43.pag mihi 453. & ibid. Curtius junior.num 16 ubi hoc esse de mente omnium*
105 *Doctorum adstruit.* Hujusque assertionis solidum fundamentum extat *in l.fin.C. familia ercisc und*, in cujus principio Constantinus Imper. ad hoc, ut testamentum parentis inter liberos imperfectum valeat, disertè requirit, ut parens disponat inter tales liberos, qui inter se pares videntur, quocunque ex gradu veniant. Ex quo luce meridianâ apparet clarius: non valere testamentum imperfectum, quo pater instituit filium unum, & ex altero filio adhuc superstite nepotem: quandoquidem nepos hic non potest par videri cum patruo suo, patre eundem in gradu præcedente. Secus est in nepote, cujus pater prædecessit. Is etenim jure repræsentationis in locum patris succedit: & propterea par cum patruo esse intelligitur: & consequenter testamentum parentis imperfectum, quo nepotem hunc, cujus pater priùs defunctus est, & unum ex filiis heredes instituit, jure sustinetur. Ratio 106
autem, cur huius nepotis & patrui institutio, testamento imperfecto à parente facta, valeat, nulla alia excogitari vel afferri poterit, quàm quòd hic nepos propter jus repræsentationis, quo in locum patris prædefuncti succedit, par effectus est patruo suo quoad jus successionis. *§ cùm filius 6 infrà de heredit. quæ ab intestat.defer.l.1.§.si filius 4.ff de suis & legit.heredib. l.2.& 3 C.de suis & legit.liber.* Neque verò credibile, aut probabile est, Constantinum Imper. *in d.l. fin.C. famil.ercisc.* ad gradûs solummodò paritatem, per se consideratam, nec potiùs ad jus successionis in bonis avi, ex eadem paritate redundans, respexisse. Quid enim quæso paritas gradûs per se, & sine jure succedendi, quod cum illa conjunctum est, considerata momenti ad validitatem testamenti inter liberos imperfecti habere potest? Qualitas namque, quæ ad ma- 107
teriam propositam non pertinet, in consideratione nunquam habenda est, *secundùm Cravettam cons.* 704 *num.8.* & non tam verba, quàm effectus, cujus 108
gratiâ proferuntur, spectari debet, *l.isti quidam.8. §. fin.ff.quod met caus. l servo legato 69.§.si testator.2. ff de legat.2.* Quocirca cùm Constantinus paritatem, quoad jus successionis, in patruo & nepote consideraverit, & in hoc æquali successionis jure, quod uterque in hereditate parentis, tempore mortis ejus habiturus est, rationem constitutionis suæ posuerit: consectarium omnino est, nepotem, qui propter patrem superstitem, graduque præcedentem, nullum jus successionis, tempore mortis avi, in avita hereditate est obtenturus, pro extraneo habendum: ut si in testamento avito, eoque imperfecto, instituatur: talis institutio nullius esse debeat ponderis, suffragante nimirum juris regula: quòd contrariorum contrarii 109
sint effectus. & contraria ratio, *argum l.ab emptione. 58.ff de pactis. l.si merces.25 ff.locati l.3. §.ult. ff. ubi pupillus educari vel morari deb.l qui accusare.8. ff.de accusat. Nicol.Everhard.in locis argum.legalib.locis à contrariis num. 7.* Ex quibus omnibus evincitur: non valere testamentum imperfectum, quo avus nepotem, cujus pater adhuc superstes est, heredem instituit. Eâdem ratione efficitur: si avus testamento 110
imperfecto plures instituat nepotes ex diversis filiis, adhuc superstitibus, hujusmodi testamentum uno valere: quandoquidem nullius ex his nepotibus in jure succedendi avo suo proximus est futurus. Malè ergo Scabini Lipsienses respondisse videntur, dum (attestante Andrea Scheffero *part.3 quæstion jur.practicabil.quæst.24.*) consulenti responderunt; legatum factum nepotibus, vel neptibus ex filio adhuc vivente, coram Parocho & uno ex Præfectis Ecclesiæ, validè relictum fuisse.

Neque verò movet in contrarium, quòd diversæ 111
opinionis assertores contendunt: dictam *l fin. C famil ercisc.* in qua præcipuum fundamentum sententiæ nostiæ residet, correctam esse à Theodosio Imperatore *in d.l.hac consultissima.21.§.ex imperfecto.1.C.*

de testament. dum Imperator ibi simplicieter consti-
tuit, liberos in testamento imperfecto heredes institui
112 posse. Liberorum autem appellatione non tantùm fi-
lii; verùm etiam nepotes, pronepotes, & omnes in
infinitum descendentes continentur, *l. liberorum ap-
pellation.220. ff. de verbor signific.* Nam quòd nulla
correctio ab Imperatore Theodosio facta fuerit, satis
ex eo elucescit, quòd Iustinianus *in præfatione Novel-
la 107. de testament. imperfect.* referens constitutio-
nem Theodosianam, quæ habetur *in d. §. ex imperfe-
cto.* perspicuè satis indicat, paritatem liberorum, in te-
stamento imperfecto instituendorum, à Constantino
Imperatore per dictam *l. fin. C. famil. ercisc.* introdu-
ctam, ab ipso Theodosio non esse sublatam. Dum
enim Iustinianus ibi refert extensionem *dictæ l. final.*
factam à Theodosio *in d. §. ex imperfecto* nullius cor-
rectionis, ab eodem Theodosio circa eandem legem
introductæ, meminit: non utique omissurus, si T eo-
dosius decisionem *dictæ l. fin.* paritatem inter liberos
requirentem, correxisset. Ideoque nihil prorsus urget
113 textus *in dict. §. ex imperfecto.* quatenus in eo libero-
rum, quo nomine omnes in infinitum descendentes
veniunt, generaliter fit mentio. Etenim cùm *ex d. l. fin.
C. famil. ercisc.* liqueat: nepotes, quorum pater adhuc
vivit, in testamento imperfecto ab avo institui haud
posse: ritè concluditur, verbum (*liberos*) *in dict. §. ex
imperfecto,* semel atque iterum positum, ad liberos
primi gradus, putâ filios, & etiam nepotes, vel prone-
potes, quorum pater vel avus præmortuus est, coar-
114 ctandum esse: tum quia semper in jure nostro generi
per speciem derogatur. *l. in toto jure 80. ff. de reg. jur.*
115 Tum quia in generali dispositione nunquam compre-
henduntur, diversam rationem quæ habent. *l. obliga-
tione 6 ff. de pignorib. & hypothec.* Atqui diversum
esse rationem inter filios primi gradus, & nepotes,
quorum pater adhuc est superstes, palam est, Illis enim
ad proximum successionis gradum nihil obstat: his
autem patris adhuc superstitis persona impedimento
futura est. *Reliquæ rationes, à D. Becere præallegato
loco adducta, ex modo dictis sine ulla difficultate dilui
refutarique poterunt.*

116 Similiter controvertitur, an testamentum nuncu-
pativum parentis inter liberos valeat, quo is coram
duobus tantùm, & non pluribus testibus, voluntatem
suam inter liberos observandam declaravit? Et non va-
lere tale patris testamentum, nisi ordinarius testium
numerus, hoc est, septem testes interveniant, coram
quibus testator voluntatem suam oretenus exponat,
opinantur, *post Martin. antiquum Glossatorem,* Ful-
gosius, Saliceius, Albericus de Rosate, Cynus, eosque
referens Gilkenius *in dict. l. hac consultissima 21. §. ex
imperfecto num. 13. C de testament.* Sed contraria af-
firmantium sententia & receptior est, & verior. Eaq;
probatur per textum *in l. filij. 16. C. famil. ercisc.* ubi
117 Impp. Diocletianus & Maximianus generaliter & in-
distinctè constituerunt, testamentum patris inter libe-
ros imperfectum, & solennitatibus juris destitutum
valere. Igitur generaliter etiam, adeoque non tantùm
de testamento scripto; verùm etiam nuncupativo ac-
cipi debent. Siquidem generalia constitutionis verba
generaliter de quavis specie, sub eo genere compre-
hensa, sunt intelligenda, *arg. l. 1 §. generaliter. 1. ff. de le-
gatis præstandis, &c. & similium.* Eadem sententia
confirmatur *per l. ult. C. famil. ercisc.* ubi ab Imp. Con-
stantino expressè rescriptum est: ultimam patris dis-
positionem seu voluntatem inter liberos, quibuscunq;
verbis, vel indiciis manifestatam, remotis etiam solen-
nitatibus juris communis, esse custodiendam. Eòdem 118
facit apprimè & hæc consideratio: quòd etiam nuda
patris scriptura, nullius testis testimonio suffulta, &
secundùm *Novell. 107. cap 1. sive Auth. quod sine C. de
testam* confecta, tanquam testamentum inter liberos
valeat, prout in seq. quæstione pluribus demonstrabi-
tur. Atqui certiori probatione munitum est testamen-
tum nuncupativum, quod duorum fide dignorum te-
stium testimonio corroboratum est, quàm schedula
nuda, manu patris exarata, & secundùm formam. *dict.
Auth. quod sine.* confecti. Faciliùs quippe per falsam 119
seu fictam scripturam circumveniri & decipi possunt,
qui talem schedulam pro patris scriptura recogno-
scunt, quàm qui duobus testibus idoneis, qui volunta-
tem testatoris audiverunt, fidem tribuunt. Nam usu
compertum est, quòd innumeræ falsitates per imita-
tionem & mutationem alienæ scripturæ fuerint com-
missæ, referente Divo Iustiniano *in præfat. Novell. 73.
de instrumentorum cautela & fide, &c.* Et Hippoly- 120
tus de Marsil. *in rubr. C de probationib. num 318.* multa
exempla recenset eorum, qui alienas literas ita imitari
soliti fuerint, ut internosci non potuerint. Et Zasius *l. 2.
sing. respons. cap. 25* asserit se Monachum quendam Au-
gustæ in monasterio S. Vdalrici novisse, qui scripturam
quamcunq; intuebatur, non tam imitari, quàm ex parte
effingere potuerit. Idem attestatur Menoch. *cons. 94.
nu. 24.* & Ioseph. Ludov. *decis. 17. nu. 15.* ubi simile quid
commemorat de quodam, qui Pontificis manum fal-
sò imitatus, scelere detecto, laqueo Romæ vitam fini-
erat. Eadem exempla enarrat Hieron. Pantschm. *lib. 2.
quæstion. jur. controvers quæst 2. nu 22.* Quæ cùm ita
se habeant, & præterea observatio *d. Auth. quod sine.
C de testam.* quatenus vult, scripturam patris in vim te-
stamenti valere, non pro substantia istius testamenti,
sed probationis ergo requiratur: infertur ex eo, testa-
mentum patris nuncupativū inter liberos, coram duo-
bus testibus fide dignis promulgatum, non minùs va-
lidum esse, quàm quòd schedulâ seu scriptura parentis
constat. Huicq; sententiæ, veritati & æquitati omnino
consentaneæ, subscripserunt Doctores communiter,
*Accursius, Corn. Natta, Riminald. Dauth. nu. 8. & alij
in d l. hac consultissima. 21. §. ex imperf. C. de testam.
Alex. in d. Auth. quod sine. C. eod. Idem Alex. cons. 146
nu. 5. lib. 2. Boer. decis. 240. nu. 1. Clarus lib. 3. sent. §. te-
stamentum. quæst. 11. Fernand. Vasq. in tract. de success.
progress. § 30. nu. 44 Ludov. Zunth. in responso pro u-
xore. nu 62. Graff lib. 1. recept. sent. §. testam. quæst. 11.
nu. 13. Gail. lib. 2. observ. 112. nu. 4. Hartm. Pistor lib. 1.
quæst. 1. num. 1. & 9. item quæst. 2. num. 10 & seq. Fa-
chin. lib 4. controvers. jur. cap. 2. Thadæus Piso lib. 1.
variar. resolut. cap. 7. num. 3. Dominic. Cardinal. Tu-
schus tom. 8. practicar. conclusionum jur. conclus. 125.
numer. 13.*

Hanc

121 Hanc sententiam non evertit, quòd contradictores objiciunt, textum *in d. l. filii. 16 & d. l. ult. C. famil. erciscund.* de testamento in scripturam redacto, non autem de testamento nuncupativo verba facere: ac propterea ad testamentum nuncupativum patris inter liberos & illis legibus nihil inferri posse. *Nam* verius est, quòd textus *in d. l. filij.* de testamento nuncupativo imprimis agat, dum Impp. ibi apertè dicunt, quòd voluntas patris quibuscunque verbis declarata sufficiat. Voluntas autem verbis declarata potissimùm dicitur, quæ ore voceque exprimitur. Sed & textus *in d. l. fin.* non solùm de voluntate scriptâ, sed etiam non scriptâ loquitur. Facit enim mentionem de testamento cœpto, neque impleto, id est, quoad solennia: & nequaquam discernè de voluntate scriptâ tantùm tractat. Indistinctè ergo & generaliter cùm disponat: indistinctè & generaliter intelligi debet. *l. 1. §. initio. ff. de offic. praefecti urbi. l. 3. ff. de offic. praesid. l. regula 9. §. fin. ff. de jur. & fact. ignor. l. de pretio. 8. ff. de Public. in rem. action. dict. l. 1. §. 1. ff. de legat. praestand.*

124 Non item decisionem nostram debilitat, quod adversarii objectant: faciliùs duos testes corrumpi, quàm scriptam totius testamenti seriem falsificari seu adulterari, *argum. l. testium. 3. ff. de testibus.* Quamvis enim falsificatio seu adulteratio non tam facilè in scripturam testamenti, quàm corruptio in duos testes cadere possit: majori tamen nihilominus periculo falsi subjectum est testamentum, quod solâ patris scripturâ vel subscriptione nititur, quàm quod duorum testium testimonio est munitum. Faciliùs namque est, alienam scripturam imitari, & imitando falsum committere, quàm duos testes ad falsum testimonium perhibendum corrumpere, sicut apparet ex exemplis suprà recitatis, *num. 120.* Adhæc perversi homines faciliùs aggrediuntur falsam imitationem alienæ scripturæ, quàm corruptionem duorum testium. Illud enim faciliùs, remotis omnibus testibus, occultè patrari potest: hoc autem non nisi præcedente solicitatione in testibus factâ, ut patiantur se corrumpi ad falsum testimoniū dicendum, & ideo non leve periculū attentanti corruptionem testium imminet. Quid enim, si unus vel alter eâ de re solicitatus abnuat sive recuset tale facinus perpetrare? Magno certè periculo, qui attentavit illos, se implicabit. Et siquidem metuendum erit, ne sceleratus iste conatus ab ipsis testibus manifestetur. Præterea corruptio testium absq; interventu pecuniæ, quâ ipsi ad hoc scelus alliciuntur, vix ac ne vix quidem fieri potest: cùm interim falsaliterarum imitatio ab imitante, citra pecuniæ interventum faciliùs suscipi queat.

125 Haud denique emedullat pronunciatum nostrum, quod objicitur, absurdum esse, testamentum nuncupativum valere coram duobus testibus: cùm testamentum in scriptis, coram quatuor testibus factum, nisi manu patris scriptum, aut subscriptum sit, non subsistat, *argum. Auth. si modo. C. famil. erciscund. & auth. quod sine. C. de testament.* Etenim quando constat, testatorem in scriptis omnino testari; seque ad formam testandi in scriptis astringere voluisse: rectè statuitur, talem testatoris dispositionem, utcunque coram quatuor testibus factam, ob neglectam legis formam, id est, propriam scripturam vel subscriptionem ipsius testatoris, non valere. Nam cùm certa forma 126 patenti, in scriptis testari volenti, à lege sit præscripta: eam certè transgredi minimè debet. Illa siquidem non observatâ, actus redditur nullus. *l. Iulianus 9. §. sed si quis 3. in fin. ff. de exhib. l. cùm hi 8. §. si praetor 17. ff. de transactionib. l. 1. C. de praediis decurionum, & c. Cynus & Baldus in l. ambiguitates. 24. C. de testam. hoc, cum aliis referens Pantschmann d. lib. 2. quaest. 1. num. 18. 25. & seq.* Cæterum quando testator se non adstrinxit ad formam testandi in scriptis: isthæc dispositio, ut testamentum nuncupativum, sustinebitur inter liberos, si probari possit, voluntate testatoris eam scriptam, & quòd testator coram quatuor duobus saltem testibus declaraverit, eandem suum testamentum esse, ut *post Bartol. & Alexand. in d. l. 21. §. ex imperf.* tradit Ioan. Dauthius *ibid. nu. 8.* & infrà declaratur fusius, *num. 141. & seq.*

Difficilis hic sese nobis exhibere hæc quæstio: nunquid parentis schedula manu ipsius conscripta, absque ullis testibus, validi testamenti loco, subsistat? 127 Non subsistere putat Cujacius *in suis consultationibus consultat. 1. & Novell. 107.* Idem sentire videntur *Salicetus in d. l. hac consultissima 21. § ex imperfecto. C de testament. & Alexander cons. 76. num. 12 lib. 5.* dum requirunt, ut eadem schedula coram testibus legatur. Contrarium autem tenent Doctores communiter, *Bartolus in l. si is, qui testamentum. 25 nu. 4. ff. qui testament. fac. possess. Baldus, Iason, Cornens, Fulgosius, Castrensis, Natta, & Sichardus in Authent. quod sine. Cod. de testament. Menochius libr. 4. praesumpt. 7. num. 5. Grassus libr. 1. recept. sentent. § testamentum. quaest. 16. num. 2. Guilielmus Benedictus in cap. Raynutius 16. in verb. testamentum. num. 85. ext. de testament. Zasius consil. 1 volum. 1. Gailus d. lib. 2. observ. 112. num. 7. Thoming libr. decision. quaestion. illustr. decis. 4. num. 2. D. Bocerus infr. tit. proxime. num. 18. & seq. pag. 301. Pistoris d. quaest. 1. num. 4. Clarus lib 3. recept. sentent. § testament. quaest. 14 nu. 1. Gilkenius in d. l. hac consultissima 21. § ex imperfecto num. 15. C. de testament. Georg. Acac. Enenkel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 15. cap 2. num. 6. Treutlerus cons. 15 num. 10. cum seqq. volum. 1. Hotomann. cons. 55. Fachineus lib. 4. controvers. jur. cap. 1. Reusnerus dict. tractat. de testament. part. 4. cap. 3. num 18. Bronchorst. centur. 2 miscellan. controvers. assertat. 10. Speckhan. centur. 1. quaest. 48. Schurffius centur. 2. consil 28. Elbertus Leoninus consil. 98. numer. 4. Arumaus Exercitat. Iustinian. 7 thes. 12. Dominic. Cardinal. Tuschus d. tom. 8. conclus. 115. num 23. & alii, per hunc relati.* Hæcque opinio perspicuè probatur *ex dict. l. ult. C famil. erciscund.* ubi Constanti- 128 nus Imperator sancivit, quòd qualibet dispositio patris de hereditate suâ valeat inter liberos, etiamsi solennitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta. Quæ posteriora verba, utpote generalia, omnem solennitatem, & consequenter etiam testium adhibendorum complectuntur. Accedit deinde text. *in d. l.* 129 *hac*

hac consultissima.21. §.ex imperfecto.1. C.de testam. ubi Impp. Theodosius & Valent. itidem generaliter constituerunt, ex imperfecto testamento tenere voluntatem patris inter solos liberos. Præterea confirmatur isthæc sententia *per Novell 107.cap 1.* ubi Di-
130 vus Iustinianus; *volumus*, inquit, *ut si quis literas sciens: inter suos filios voluerit facere dispositionem, primùm quidem ejus subscriptione tempus declaret: deinde quoq; filiorum nomina propria manu: ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, &c.* Et paulò post: *Si tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates; & hac propriâ scripta manu, dictaq; à testatoribus, coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi & scripserunt, & volunt valere, sint firma, &c.* Quibus ex verbis manifestè intelligitur: Imperatorem Iustinianum illud velle, ut testamentum inter liberos conscriptum absq; testibus, servandum sit, si modò pater formam præscriptam observaverit: nisi aliquid uxori (de qua explicatiùs dicetur infrà *num.224 & seqq*) vel extraneis legave-
131 rit: tunc enim; testes adhibendi sint. Denique hanc decisionem evidens comprobat ratio: tum quia æquitati convenit, filios observare parentum voluntatem, etsi omni solennitate careat: cùm sola ipsa veritas inter eos spectari debeat. Tum quia frustra hic requiritur testium præsentia: cùm talem fuisse parentum dispositionem, satis constet. *Menoch.d lib.4.præsumpt.7 nu.5.ad fin.*

132 Non obstat huic verissimæ assertioni, quòd nec codicillus, nec testamentum dici possit ea voluntas, cui desint testes: cùm in testamentis exigantur septem testes, in codicillis quinque. *d.l. hac consultissima.21. in princip. l.cùm antiquitas 28 §.ult. l nostram.30.C.de testament. l.ult. C. de codicill.* & in testamento rusticorum quinque. *l final. C.de testament.* & in nuda voluntate tres testes requirantur. *l. sancimus 27. C.eod. tit.* Nam tametsi ista voluntas parentis inter liberos testibus destituta, non habet formam ordinarii, & secundùm regulas juris communis confecti testamenti, aut codicillorum: habet tamen formam extraordinarii patris testamenti, inter liberos conditi, & subsistit, ut testamentum imperfectum seu minùs solenne, & qualiscunque ultima dispositio aut ordinatio bonorum patris inter liberos. Vide *Bronchorst. dict. centur. 2. miscellan. controversiar. asse tat. 10. pag. mihi 269. Hucque referri poterunt, quæ diximus suprà numer. 59. & seqq.*

133 Sic non obstat, quòd ea voluntas, quæ testibus nullis munita est, testamentum dici non possit: cùm nominis testamenti substantia à testibus deducatur, *per princip. hujus tituli.* Testamentum enim non tam à testibus, quàm à testatione, id est, declaratione mentis derivatur. Atqui isthæc mentis testatio seu declaratio non tantùm coram testibus, sed etiam per scripturam testatoris potest expediri: quæ quidem scriptura manu propria testatoris exarata testium vicem su-
134 stinet. Ac sanè mens testatoris in testamentis præcipuè dominatur: & ex voluntate testatoris omnia pendent, quæ in testamento disposita sunt. *l. in conditionibus 39. in princip. ff. de conditionib. & demonstrationib & explicatum suprà ad princip. hujus tituli. num. 28.*

Illud hoc loco admonendum: sufficere, testamen- 135
tum manu patris conscriptum esse, licèt neque ab eo subscriptum, neque testibus adhibitis lectum vel publicatum fuerit. *authent. quod sine. C.de testament. & Novell. 107.cap.1* ubi, præter patris inter liberos testantis chartam, propriâ manu ipsius exaratam, nulla requiritur ejusdem subscriptio, vel lectio, vel publicatio. Quod autem lex non requirit ad perfectionem
alicujus actûs, nec nos requirere debemus, *argum. l.* 136
ita autem, in princip. ff de administrat. & peric. tutor. l. si servum.71 §.non dixit.5. de acquir. vel amitt. heredit. Eòdem confert, quòd tametsi in aliis testamentis, quæ non fiunt inter liberos, olim satis non erat, testamentum manu testatoris conscriptum fuisse, sed ejus quoque subscriptio desiderabatur. *l. hac consultissima.21. in princip. C. de testament.* hoc tamen ab Imperatore Iustiniano correctum sit, & constitutum, quod etiam in testamento, secundùm juris communis regulas inter extraneos conficiendo sufficiat, testatorem contextum ultimæ suæ voluntatis propriâ manu conscripsisse: neque præter hoc subscriptio ejusdem desiderari debeat. *l. cùm antiquitas. 28. § cùm autem.1. C.d.tit.*

Nihil resistit huic opinioni *Auth si modò. C.famil.* 137
ercisc. & Novell.18.cap.7. ubi subscriptio patris, vel liberorum requiritur. *His* enim in locis de testamento agitur, quod non ipsius patris testantis, sed alienâ manu exaratum erat. Quo in casu testamentum absq; subscriptione ipsius patris subsistere nequit. Secus autem est in testamento: quod ab ipso patre totum conscriptum est. Hoc quippe ad sui validitatem neq; patris subscriptionem, neque lectionem, neque publicationem desiderat. *Ita tenent Ioan de Anan cons 57. Alexand. cons. 105. num. 9. & cons. 114. nu. 7. lib. 7. Cephal. cons. 99. num. 2. vol 3. Decian. respons 46. nu. 157. vol. 2. Berlich. decis. aur. 90. num. 8. pag. 321. Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quæst. 7. num. 3. Covarruv. in cap. relatum. 11. num. 12. de testament. Socinus Iunior cons. 144. nu. 59. vol. 2. & cons. 64. nu. 1. vol. 4. Carol. Ruin. cons. 1. nu 11 & 12. item cons 7. nu 1. vol. 3. hosq; laudans Hieronym. Pantschman, lib. 2. quæstion. juris controvers. quæst. 1. nu. 6. & 7. ubi quoq; dissentientes allegat.*

Cùm itaque jam certum & expeditum sit; sche- 138
dam à parente conscriptam, sine testibus & subscriptione atque publicatione sufficere, dummodo servata sit forma præscripta (hoc est, dummodo Parens tempus ac diem in scheda illa expresserit: nomina liberorum indicaverit: & cuique liberorum suam portionem assignaverit) *in dict. Auth. quod sine Cod. de testamentis & dict. Novella 107. cap. 1.* ulteriùs quæritur, si manu alterius schedula exarata fuerit, & pater aut mater duntaxat subscripserit; an idem hoc casu pronunciandum sit? Et idem pronunciandum esse, crebriùs placuit, *argum. dict. Novella. 18. cap. 7. & inde desumpta Auth si modò, C. famil. ercisc.* eò quòd pares sint; manu propriâ scribere testamentum,

tum, vel ei manu alterius scripto subscribere, *argum. principii. vers. in iis autem, &c. infrà de emption. & vendition. l. si quis in argentariis. 6. §. 1. ibi. editioni subscribere. ff. de edendo. l. si per epistolam 50. ibi, subscriptam. ff. de acquir vel amitt. hered. l. sicut. 8. §. non videtur. 15. ff. quib. mod. pag. vel hypoth solvit. l. 1. §. 1. ibi, subscriptionem. ff. de constitutionib. princip l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. 2. ibiq. Iason. ff. de ver-
139 bor. obligat.* Quibus ex textibus generaliter inferunt Doctores: quòd subscribens scripturæ, aliena manu exaratæ, censeatur propriè & virtualiter scribere ac approbare omnia, in ista scriptura, comprehensa: adeòq; subscriptio idem planè operetur, quod scriptura propria, *Natta cons 287. num 4 Cephal. cons. 272 num. 85 Hartmannoss Dot. in repet. l. r. §. adipiscimur. num. 3. ff. de acquir. vel amitt possess. Cacheran. decis. Pedemont. 36. num. 3. Ruin cons. 22. num. 4 vol. 4. Bursat. cons 241. num. 2. & cons. 253 num. 40. vol. 3. eisq; referens Mascardus volu. 3 de probationib. conclus. 1341.
140 num. 5.* Hinc fit, quòd dispositio sive statutum loquens de scriptura & de scribente, habeat etiam locum in subscribente: ac proinde dispositio legis seu statuti puniens negantem propriam scripturam, obtineat etiam locum in negante scripturam, ab alio quidem scriptam, a se tamen subscriptam *per notata Decii cons. 115. col 4. versic. comprobatur, &c. Baldus in Authent. contra qui propriam. C. de non num pecun. Natta in Authent quod sine. num 48. C. de testament. & Mascardi. d. conclus. 1341 num. 6. & seq. ubi id explicatiùs persequitur.* Ex his itaque firmiter concluditur: scripturam sive chartam, in qua patris, inter liberos testantis, ultima voluntas continetur, etiamsi propriâ manu patris non conscripta, sed à tertio quodam scripta fuerit, tanquam testamentum inter liberos sustineri, dummodo parens hanc ipsam chartam seu scripturam propriâ manu subscripserit Atq; hanc conclusionem in terminis probant post plures alios, quos citant, *Iulius Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum quaest. 14. num. 4. Gailus d. lib. 2. observ. 112. num. 8 Menochius d. lib. 4. præsumpt. 7 num 5. Grassus in d. § testamentum quest 16. num. 5. Thadeus Piso d lib 1. variar. resolut. cap. 7. num. 15. Pistoris prædicta quaest. 1. num. 7. Nicol. Reusn. d. part. 4 cap 4. nu. 14. Pantschm. d. lib. 2. quest. 1. nu. 4 & 5 Ioan. Dauth in d. l. hac con sult. 21 §. ex imperf. num. 28. C. de testament. & Mascard d. volum. 3. conclus. 1352 num 64. & seq.* Tametsi aliter, *post Albericum, & Cynum à se laudatos.* sentiant *Gilkentus in d. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto. C. de testament. num 19. cum seq. & Meyrer.
141 d. tractat. de testamentariis successionib. libr. 1. tit. 15, num 10. & seqq.* Quinimò licèt scheda sive scriptura testatoris manu neque conscripta, neque subscripta fuerit, neque in illius confectione ulli testes intervenerint: si tamen testator coram duobus saltem testibus asseveraverit, in illa scriptura testamentum suum contineri, neque aliter voluntatem suam declaraverit: ut nuncupativum testamentum inter liberos firmum ratumque erit: modò appareat, scripturam hanc esse illam ipsam, de qua testator sensit *Paulus de Castro in l. heredes palam. 21. in princip. ff. qui testament. fac. possess. Bartholom. Socinus consil. 142. incip. reverende Pater. &c. Iason & Natta quæst. tt. in d. Authent. quod sine. C. de testament.* Illudque 142
comprobatur ex eo, quòd vulgò tradi solet: ad hoc, ut testamentum tanquam nuncupativum valeat, non necessarium esse, ut testes ultimam testatoris voluntatem exaudiant; sed sufficere si testator sese ad scripturam quandam desuper confectam referat, *argum. l. asse. toto. 77. ff. de heredib. institut. & l. si ita scripsero. 38. ibiq. Bartolus. ff. de conditionibus & demonstrationib. Iulius Clarus in §. testamentum. quæst. 4. num. 3. & quæst. 36. in fine. Alexander. consil. 176. incip. viso processu. num. 6. volu. 5. Boerius decis. 240. num. 5 & 6. Covarruvias in cap. cum tibi. 13. num. 5. ext de testament. quos refert & sequitur Hartmann. Pistoris dict. quæst. 1. num. 10. & quæst. 2. num. 10. & seqq* Tametsi non sine ratione, post alios, dissentias Dn. Collega Besold. *part. 5. consil 203. num 5 & seqq. itemque consil. 204. num. 3. & seqq.*

Ex prædicta & hæc pulchra exoritur quæstio: si 143
per schedam, in qua ultima sua voluntas inter liberos comprehensa dicitur, per alium exaratam manu suâ subscripsit; utrùm hoc casu probandum sit, patrem scivisse contenta in tali scheda; an verò absque alia probatione talis scientia sit præsumenda? Et frequentiori Prudentum consensu receptum est, & meritò quidem: patrem, qui schedam vel testamentum alienâ manu exaratum subscripsit, præsumi id legisse, & scientiam contentorum habuisse, & per consequens ei, qui in tali schedula subscripta se fundat, probationem injungendam non esse. Generalis enim est 144
doctrina: quòd se subscribens scripturæ sive instrumento, præsumatur notitiam omnium in eo contentorum habuisse, omniaque approbasse, *argum. l. non est ferendus 12. ff. de transactionib. l. sicut. 8. § non videtur 15. ff. quib. modis pignor. vel hypothec. solvit. l. 1. §. 1. in verb. subscriptionem. ff. de constitutionib. princip. Castrens. consil. 12 volum. 3. Alexander. consil. 147. colum. 3. vers. & prædicta. volum. 2. Ruin. consil. 193. num 1, volum. 2 & consil. 22. num. 7. lib. 4. Hotoman. cons 55. num. 3. cum seqq. & cons. 56. latè Mascardus volum. 3. de probationib. conclus. 1341. num. 19. & seqq & conclus. 1352 num. 65. & seq. D. Bocerus infrà tit. proximo. num. 12. pag. 294. ubi plures citat. Adde auctorem consilii Argentinensis. 63. num. 10. & consil. 73. num. 128. volum. 1. item consil. 28. num. 2. volum. 2.*

Nec urget in contrarium, quòd in dubio ignoran- 145
tia potiùs, quàm scientia præsumitur. *l. verius. 21 ff. de probationib. lib. ult. in fin. ff. pro suo. lib. ult. C. plus valere, quod agitur, &c. cap. præsumitur. 48. de reg. jur. in 6.* Hæc namque regula non procedit eo casu, quo probatur, aliquid intercessisse, ex quo scientia præsumitur, *per tradita à Mascardo dict. volum. 3. conclus. 808 num. 11. & dict. conclus. 1341 num. 22. & seq.* In proposito autem casu adest subscriptio patris, quæ præsumptionem inducit, ipsum omnia in testamento comprehensa scivisse, *argum. dict. l. non est ferendus. 12. ff. de transactionib. & l. si quæ sunt. 5. ff. famil.*

146 *mil. erciscund.* Cæterùm quod dicitur, subscriptionem patris sufficere, etiamsi is testamenti tenorem propriâ manu non scripserit, ampliatur, ut procedat, sive generalis sit subscriptio patris, sive specialis. Generalis enim sufficit, nec specialis necessaria est. *Ita tenent Angel. Castrens. Imolans, Aretinus, Alexander, Iason, & reliqui in dict. l si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus ff. de verb. obligat Felin. in cap. quoniam contra. 11. nu. 48. vers. limita sexto. de probationib & cap. inter dilectos. 6. num. 27. de fide instrumentor.* Vnde sufficeret talis subscriptio generalis.: *Ego Titius approbo omnia superiùs scripta: ideoque me hic subscripsi.* Non ergo necessarium est, ut pater testamentum alienâ manu conscriptum specialiter hoc modo subscribat: *Ego Titius profiteor, in superiori scriptura contineri meum testamentum vel ultimam voluntatem
147 inter liberos.* Quia tantundem operatur genus in suo genere, quantum species in sua specie. *l. si duo. 51. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si chorus 79. in princip. ff. de legat. 3.* & verba illa generalia subscriptionis, suprà recitata, habent relationem ad id omne, quod in scriptura principali continetur: quoniam relatio, quæ subscriptioni inest, ad scripturam præcedentem, cum omnibus ejusdem qualitatibus facta
148 intelligitur, *uti tradunt in Authent. si quis in aliquo. C. de edendo Alexand. cons. 147. num. 6. volum. 2. & cons. 14. num. 18. volum 6. Tiraquell. in l si unquam. 8. in præfat. num. 117. C. de revocand. donat. Natta in authent. quod sine. num 48. C. de testament. & alii, quos refert & sequitur Mascardus dict. volum. 3. conclus. 1341. num. 11. & seq.* Idem docent *Wesenbecius cons. 90. num. 15. Bursatus cons. 349. num. 23. volum. 4. & cons. 39. num. 24. volu. 1. Fernand. Vasquius de success. lib. 2. §. 14. part. 4. num. 122. eosque cum aliis allegans Pantschman. dict. lib. 2. quæst 1. num. 6.* Porrò decisio nostra limitatur, ut locum sibi non vindicet,
149 si subscribens, præter nomen suum scripturæ alienæ subscribendo nihil aliud adjecit. Talis etenim nudi nominis subscriptio nihil operatur: cùm ad hoc, ut subscriptio sufficiat, necessarium sit, quòd subscribens in subscriptione attestetur: se approbasse omnia, quæ in scriptura præcedenti sunt contenta: quod in vernacula linguâ plerunque hisce verbis fieri solet: Jch N. N. bekenn mit dieser meiner Hand vnd Namens Vnderschrifft/ wie obstehet. *Atque ita sentiunt Iason. & Alexander. in d. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. ff. de verbor. obligationib. & Fachin. cons. 31. num. 1 lib 3.* Eaque de re vide in utramque partem latiùs dissentantem Matthiam Berlichium *decis. aur. 90. num. 10. & seqq.* itemque jus municipale renovatum Wirtenberg *part. 3. tit 5. §.* da aber die Eltern &c. *fol. 342. & seq.*

150 Haud absimilis quæstio est: Num quemadmodum subscriptio patris ad testamentum alienâ manu exaratum inter liberos convalidandum sufficit: sic etiam ejusdem patris suprascriptio sufficiat, idemque o-
151 peretur? Vocatur autem suprascriptio id, quod principio alicujus scripturæ præfigitur sive præponitur: veluti si in charta aliqua à patre hæc verba scripta reperiuntur: *Ego Titius hac mea suprascriptione profiteor: quòd omnia, quæ sequuntur, sint mea ultima voluntas inter liberos.* Et sanè Natta (haud obstante contrariâ traditione Bartoli *in l. si quis ex argentariis 6. § si initium. 6. num. 35. ff. de edend.* eumque sequentis Alexandri *cons. 147. colum. 3. vers. si igitur subscribens. volum. 2*) non ineptè putat, suprascriptionem non perinde dare fidem instrumento, ac subscriptionem; propterea quòd videtur esse contra usitatum stylum, ut approbatio alicujus scripturæ per modum
suprascriptionis ponatur in principio? & ideo jura 152
semper de subscribente, nunquam verò de suprascribente, loquuntur. Vnde exploratum est, quòd non solùm testes in testamento se in fine subscribant: verùm etiam subscriptio in fine, non autem in principio instrumenti, poni debeat, *per notata glossa in Novell. 73. de instrumentor. cautela, &c. cap. 5. in verb. adjicitur, &c. Baldus in dict. l. si quis ex argentariis 6. §. si initium. 6. ff. de edend. hosque referentis Mascardi dict. volum. 3. de probationib. conclus. 1341. numer. 15.*

Non dissimilis & hæc quæstio est: An quemadmo- 153
dum subscriptio patris sufficit ad fulciendum testamentum inter liberos, alienâ manu conscriptum: ita etiam solum patris sigillum, alienæ scripturæ absque subscriptione appositum, testamentum inter liberos confirmet? Et probabilius est, scripturam alienam, manu patris non exaratam, neque ab eo subscriptam, sed sigillo solummodo ipsius munitam, vim testa-
menti inter liberos non habere. Certi quippe & ex- 154
pedienti juris est, quòd forma actui conficiendo à lege præscripta, præcisè sit observanda, eâque non observatâ, actus corruat. *l. cùm hi. 8. § si prætor. 17. ff. de transactionib. l. Iulianus 9. §. sed si quis 3. ff. ad exhibend. l. 1. C. de prædiis decurionum, &c.* Iam verò *in Novell. 107 cap. 1. & Authent. quod sine. inde sumptâ. C. de testament.* certa præscribitur forma testamento inter liberos in scriptis conficiendo: quòd nimirum pater, qui literas novit, suam voluntatem propriâ manu scribere, vel alienâ manu exaratam subscribere debeat. Ergo patris scripturâ vel subscriptione deficiente, sigillum alienæ scripturæ impressum haud efficere poterit, ut scriptura ista in vim testamenti inter liberos valeat. Atque ita in terminis tenent *Marcus Anton. Natta in dict. Authent. quod sine. circa finem. Hartman. Pistor. quæst. 1. num. 8. Wesenbec. cons. 90. num 5. Menoch. de arbitr. judic. lib. 7. cas 113. num. 11. Köppen quæst. 45. num. 33. & Pantschman. dict. lib. 2. quæst. 1. num. 22, & novissimè Dn. Collega Halbritter. & ipsius Respondens Ioannes Wolffgangus Heider. in disputat. de testament. privilegiat. thes. 7.*

Non obstat, quòd sigillum scriptioni ac subscri- 155
ptioni comparetur, & alienæ scripturæ subnexum habeat eandem vim, quam propria subscriptio habere solet: & propterea adversus illum, cujus est sigillum, perinde probet, ac si scripturam alienam propriâ manu subscripsisset, *argum l. 2. ubi gloss. & Bald C. de reb. alienis non alienand. &c. tertio loco. & ibiq. Decius num. 1. & seq. ext. de probat. latissimè Mascard. vol. 3. de probationib. conclus. 1302. nu. 1. 4 & seq.*

Re-

Respondetur enim sigillum officio scripturæ vel subscriptionis propriè nō fungi, quando propria alicùjus scriptura, vel subscriptio pro forma actùs requiritur: quoniam forma specificè & præcisè adimpleri debet, ut antè dictum *num.154 Decius in l. qui Roma.122.§. Flavius.2. ff. de verb. obligationib. Angel. Paul. de Castro, Alexand & Dd. caeteri in rubric. ff. de liberl & posthum. heredib. institut. Schrader. in tract. feud. part.10. sect.9. num.34. Menoch. dict. cap.113. num.11. in fin. &*
156 *Pantschman. dict. quæst.1. num.20. & seq.* Quamobrem sigillum, cùm aliud sit & diversum a subscriptione, haud sufficit ad testamentum patris corroborandum, utpote in quo scriptura patris pro forma essentiali requiritur, quando de testamento inter liberos in scripris conficiendo agitur. Quin & talis scriptura, quæ nititur tantùm auctoritate sigilli paterni, probationis defectu laborare videtur: cùm solum sigillum scripturæ alienæ impressum, non probet absque subscriptione, quando de gravi præjudicio tractatur. *Salicetus in l. si qua per calumniam.22. col.1. vers. quaero generaliter. C. de episcop. & cleric. Alexand. in l. qua dotis.33. nu.38. ff. solut. matrim. Anton. Gabriel. in suis conclusionib. lib.1. tit. de præsumpt. conclus 4. num.4 & 52. hosque referens Menochius de præsumpt. lib.2. præsumpt.37. num.44.* Adde, si unus vel alter ex filiis scripturam aliquam, patris testatoris sigillo munitam, pro se producit contra alios testatoris filios, quibus minus in ea scriptura relictum est, quod hoc casu sigillum patris valde suspectum, sicque ad probandum pro filio
157 minimè sufficere videtur. Quod enim objicitur, sigillum præsumi appositum voluntate ejus, ad quem pertinet, locum sibi non vindicat, quando scriptura, in qua sigillum est adjectum, contineret aliquid in favorem alicujus domestici, vel familiaris illius, cujus nomine sigillum impressum dicitur: quia tunc appositio sigilli non præsumeretur in dubio facta ex voluntate domini sigilli: cùm facilimè potuerit sigillum ab illo domestico & familiari clanculum subtrahi, vel aliàs ad manus ejusdem præter voluntatem principalis pervenire. *Ita sentiunt Anchar. in cap.2. col.1. vers. in dubio autem. de fid. instrument. Roman. cons. 446. col. fin. num.12. Gabriel. d. conclus.4. de præsumpt. nu.13 Hippolyt. de Marsil. in l.1. §. qui in rationib. num.10. ff. ad leg. Cornel. de fals. hosque memorans. Mascard. dict. volum.3. de probat. conclus.1301 num.13. Menoch. dict. lib.2. præsumpt.58 num.9. & Cravetta cons.602. num 4.* Nemo autem patri magis familiaris, quàm filius esse potest: ac proinde nemo tam promptam, occasionem habet, quàm filius auferendi sigillum patris, & scripturæ, quæ asseritur esse testamentum paternum, imprimendi. Quòcirca rationi consentaneum est, ut sigillum patris pro filio, qui illud ad convalidandum testamentum producit, nihil probare debeat.

158 Elegans quidem, ast intricata quæstio est: si unus vel plures ex filiis illius, qui asseritur per schedulam seu scripturam exhibitam testamentum inter liberos suos fecisse, negaverint: istam scripturam manu patris exaratam esse, quomodo probetur veritas scripturæ, quòd videlicet manu patris exarata fuerit? Et veritatem scripturæ testibus probari solere certum est, quia attestantur, se fuisse præsentes, cùm schedula illa
scribebatur. Sed utrùm hi testes sic disponentes fidem 159
plenam faciant, mirè variant Interpretes: Sunt enim nonnulli, qui affirmant, *Ioannes ab Imola in l. Lunda ratio.26. colum ult. ff. de donationib. Roman. & Alexand. in l. admonendi.31 ff. de jurejur. Iacob. de Arena & Cynus in l. comparationes.20. C. de fide instrumentor.* Plures verò sunt, qui negant, *Barbatus cons.88. colum.7. lib.4. Ruin. cons 11. num.6. lib.5. Bartol. in d. l. admonendi.31 num 26. ff. de jurejur. & d. l. Lunda ratio.26. colum. penult. ff. de donationib. Baldus in auth. sed novo jure colum. penult. C. si cert. pet. Angel. in d. l. comparationes 20. C. de fide instrument. Anton de Butr. & Cardin. Zabarella in cap.2. ext. eod.* Atque hi solida ratione moventur: quia cùm testes illi nihil attestentur de veritate negocii, in scriptura controversa comprehensi, sed solummodò dicant, se fuisse præsentes, & vidisse patrem scripturam istam exarantem:
facilimè possunt errare & decipi ob literarum simili- 160
tudinem: cùm non difficilè sit imitari manum alterius, & effingere similes literarum characteres, prout hujusce fraudis exempla quædam ex probatis auctoribus recensuimus *suprà num.120.* Denique sunt, qui duas præcedentes dissidentes opiniones conciliando & ad concordiam redigendo, ita distinguunt: Aut testes, qui verè ignorant negocium in scripturâ comprehensum, nec de eo aliquid attestantur, tantummodo dicunt, quod viderunt præsentes chartam controversam à patre communi liberorum exaratam esse: & hoc in casu procedit opinio secunda, modò recitata, quæ habet, tale testimonium ad verificandam scripturam patris nihil proficere. Aut testes (sive duo, sive plures) deponentes se vidisse patrem eam ipsam scripturam exarantem, simul attestantur, quid in ista scriptura tum temporis continebatur: & hoc in casu obtinet opinio prima, superiùs relata, quæ vult, per hujusmodi attestationem patris scripturam sufficienter comprobari & verificari. Ratioque in promptu est: quia ex quo illi testes signum quoddam dant eorum, quæ scripta sunt in illa schedula, fieri non potest, quin viderint testatorem illam ipsam schedulam scribentem *Atq; ita egregiè distinguunt & sentiunt Corn. cons.58. nu.6. lib.3. Socin. Sen. cons.274. nu.12. lib.2. Natta in d. auth quod sine. nu.14 C. de testam. Menoch. cons.267. nu 22 & Pantschm. d. li.2. quæst.1. nu.12.* Præterea scriptura paterna sufficienter probatur, si ipse parens testator, eam scripturam suam esse, coram duob. testib. professus fuerit. *Nov.107. de testam. imperf. & c. cap.1 circ fin Alex. cons.76. vol.3 & cons.74. vol.4. Pantsch. d. quæst.1. nu.13. ubi plures citat.*

Vtrùm scriptura, ab uno ex filiis in vim testamenti 161
paterni producta, & ab aliis filiis negata, per comparationem quoque literarum verificari & comprobari pòssit, apud juris Interpretes controvertitur? Vt autem hujus quæstionis resolutio planior sit: summatim præmittam & commemorabo, quæ ad comparationem literarum rite ineundam, necessario requirantur. Et sanè primò exigi solet scriptura, ad quam
instituenda est comparatio: & hæc scriptura ad 162

quam, diciturilla, de qua movetur controversia. &
quæ in judicio producitur, petiturque, ut ei fides
adhibeatur*: veluti in proposito casu scriptura, ab
uno ex filiis producta, quàm filius iste asserit testa.
mentum esse paternum, manuque propriâ patris scri-
ptum; scriptura, inquam, hæc vocatur scriptura ad
163 quam. Scriptura verò ex qua, perhibetur illa.quæ co-
ram judice profertur, ut ex ea, tanquam regula Lesbiâ,
similitudo accipiatur: & hæc literarum similitudine
à judice inventâ, pronuncietur: scripturam contro
versam (quæ appellatur ad quam) eadem manu exa-
ratam esse, quâ scriptura ex quâ, exarata fuit: & conse-
quenter scripturam ad quam, veram, non autem fal-
sam esse. Gloss & Cynus in l.comparationes.20.C.de
fid.instrum. Bartolus in l.scripturas 11 num.2.C.qui
potior.in pignor. Angel num.114. Ludov Roman.nu.50
in d.l.admonendi.31 ff.de jurejur. Alexand. cons.67.
libr.3. Roland à Valle cons.26. libr 1. eosque laudans
Pantschman.dict.lib.2.quæst.2.nu.2, porrò scripturæ,
è quibus comparatio desumenda est ad scripturam
contentiosam, debent esse certæ, veræ & indubitatæ
164 ejus, qui illam scripsisse asseritur. Hæcque ceititudo
habetur: vel cùm scripturæ illæ sunt publicæ, ut sunt
publica instrumenta, itemq; chartæ in archivo publi-
co repertæ: vel quando illæ scripturæ habent subscri-
ptionem trium testium, qui omnes, vel ex iis saltem
duo judicialiter affirmant, has scripturas fuisse scri-
ptas manu illius, de cujus scripturæ comparatione di-
sputatur: vel sumi possunt scripturæ, quibus ille, de
cujus scripturâ contentio est, aliàs in judicio usus fuit.
d.l.comparationes.20. ibique Baldus C.de fide instru-
ment. Authent.ad hæc.C.eod. Ruin.cons.11.nu.10.lib.3.
Corneus cons.138. & cons.169. libr.1. Roland. à Valle
cons.26.num.6.vol.1. Augustin. Beroius cons 86.nu 9.
volu.3 Menoch.lib.2 de arbitr.judic.centur.2.cas.114.
num.29. & cons.267.num.26 Secundò ad hoc, ut
165 comparationi literarum sit locus, desideratur: ut is,
qui ad probationem ex comparatione literarũ se ad-
mitti petit, jurisjurandi religione confirmet, se non
habere alias probationes ad demonstandum negocii
veritatem, hac unâ comparationis literarum exceptâ.
Novell.73.de instrumentorum cautela,&c. cap.7.per
totum gloss. & Salicet.in d.l.comparationes 20. C de
fide instrument. Corneus d.cons.169.lib.1. Ioseph.Lu-
dovicus decis.Perus.7.num.5.Ioan.Petr.Surd.cons.187
num.26. August Berojus d cons.86. num.8. volum.3.
166 Menoch. d.casu 114 num.34. Tertiò necesse est, ut
isthæc literarum comparatio fiat coram judice, per no-
tata Baldi. Bartoli & Saliceti num.17. in d.l.compa-
rationes 20. C.de fide instrument. & Rolandi à Valle
d.cons 26.num.25.volum.1. Et quamvis alteri com-
mitti comparatio possit: præsen:e tamen judice id
fieri debet. Angel.in dict.l.comparationes. Roland. à
Valle d.cons 26 num 25. Natta cons.633.num 3. Ioan.
Petr. Surd. dict.cons.187.num.25. Ac licèt tutius sit,
ut deputati ad comparationem literarum præsente ju-
dice examen & comparationem instituant: nonta-
men vitiatur actus comparationis, si is factus sit ad
judicis commissionem à peritis, ad minimum duo-
bus, ad istum actum deputatis, absente etiam judi-
ce. Curtius Senior in dict.l.admonendi.31. num.14 ff.
de jurejur. Pantschman. d.lib.2. quæst.2 num.7. &
seqq Menochius dict.lib.2.de arbitr.judic. cap.114.
num.26. & seq. Quartò exigitur, ut tales periti, ad
comparationem scripturarum electi, jurent: quòd 167
neque lucri causa, neque inimicitiis, neque gratiâ
moti, comparationem sint facturi, per textum expres-
sum in dict. l. comparationes: 20. vers. omnes au-
tem, &c. ibique Cynus & Albericus de Rosat C. de
fide instrument. Purpuratus cons 381.num.11. Hoc-
que juramentum, à peritis exactum, non esse verita-
tis, sed credulitatis, censent Ripa in dict.l. admonen-
di.31.num.196.ff.de jurejur. Ludovicus Ioseph. dict.
decis.7. Perusinus 7.num.8. hosque allegans Pantsch-
mannus dict.quæst.2.num.13. Quintò requiritur, ut
periti, à judice ad comparationem electi, diligentis- 168
simè singulas literas seu elementa, dictiones, chara-
cteres, figuras & formas scripturarum, nec non ele-
mentorum verborumque tractus, signa, stylum, &
his similia inspiciant & considerent: ac absolutâ
comparatione judici resetant, ipsis fuisse visum in
judicio rationis, characteres scripturæ ad quam, si
similes esse, quoad ductum, figuras & formam, ele-
mentis & scripturæ ex qua. Ita notant gloss. & Bal-
dus, & cæteri in dict.l.comparationes.20. C.de fid.in-
strument. Alexand, cons.58 volu.7. Paris.cons.55.vo-
lum.4. & Menoch.dict.cas.114.nu.31. Sextò & ulti- 169
mò requiritur, ut relatione à peritis judici factâ, ipse
judex interloquatur, scripturam esse manu illius, de
quo disceptatur, exaratam sive scriptam. Salicetus
in dict.l.comparationes.colum.penult. Roland. à Valle
d.cons.26.in fine. Menoch.dict.cas.114.num 32.eosque
laudans Pantschman.dict lib.2. quæst.2.num.15. De
prædictis requisitis videatur quoque Ioannes Bapti-
sta Costa tom.1. tractat. de remediis subsidiariis.re-
med.7.fol.23.

His ita de comparatione literarum generaliter præ- 170
missis: ad quæstionem suprà propositam responde-
tur: scripturam asserti testamenti paterni, ab uno
vel pluribus ex filiis abnegatam, per solam compara-
tionem, nullo alio probationis adminiculo acceden-
te, justificari; atque adeò per literarum & characte-
rum omnimodam similitudinem probari posse, eam,
de qua controvertitur, scripturam, veram & indu-
bitatam patris manum esse. Iure namque Codicis
comparationem literarum, & quæ per eandem fit,
probationem, tam in testamentis, quàm in contracti-
bus receptam, & ad fidem faciendam idoneam habi-
tam fuisse, liquidò constat ex præallegata l. compara-
tiones.20. C. de fide instrumentor. Quamvis autem
Iustinianus novissimo jure constitueric, literarum 171
comparationem in scripturis ad contractus pertinen-
tibus non ampliùs admittendam, nec pro legitima
probatione habendam esse. Novell.73. de instrumen-
tor.cautela & fide, &c.cap.1 & seqq. hoc tamen jus
Novellarum, tar quam correctorium, à contractibus
ad testamenta parentum inter liberos non est exten-
dendum: tum qvia constitutiones, quæ sunt juri anti- 172
quo & communi cõtrariæ, sive juris antiqui correcto-
riæ, strictè intelligi debent. §. quod verò.14.ff.de legib.
tum

tum quia omne illud, quod à jure communi recedit, est odiosum, *argum. l. Cæsar. 15. ff. de Publican. & vectigalib.* tum quia priores constitutiones non censentur per posteriores correctæ, nisi quatenus in illis specialiter est expressum. *l. præcipimus. 32. in fine. C. de appellationibus.* Atqui *in dict. Novell. 73. cap. 1. & seqq.* non est specialiter expressum, quòd scriptura testamenti paterni, quæ ab uno vel pluribus filiis abnegatur,

174 per comparationem literarum verificari nequeat. Quinimo si textus *in dict. Novell. 73. c. 7. si verò merientur, &c.* penitùs inspiciatur, & consideretur pensiculatiùs: non difficulter ex eo ostendi poterit, quòd ad materiam testamenti paterni inter liberos accommodari nequaquam debeat. Nam ibi Imperator Iustin. probationes, quæ ex comparatione literarum petuntur, non prorsus tollit, ut patet ex illis textus verbis, *neque enim eas modis omnibus interdicimus*: sed modum duntaxat constituit, quo literarum comparationes evitentur: atque propterea requirit, ut testes, quibus negocium gestum probari possit, adhibeantur; subjiciens, si quis in eo modo neglecto, testes adhibere supersederit, ex scripturâ sufficientem fidem non esse. Ex quo colligitur: si quis huic Imperatoris consilio motem gesserit, & casus acciderit, ut propter testium obitum, vel eorundem absentiam, fides scripturæ confirmari non possit: nihilominus ad comparationem literarum deveniendum esse. Satis etenim manifestum est, constitutionem illam Iustinianeam, quatenus comparationi literarum fidem derogat, ad ea duntaxat instrumenta pertinere, quibus juxta præceptum Imperatoris testes adhiberi debuerant, neque tamen adhibiti fuerunt. Iam verò expeditum est, ad testamentum inter liberos conficiendum, necessarium planè non esse, ut testes adhibeantur, *arg. l. fin. C. famil. ercisc. Auth. quod sine C. de testament. Novell. 107 de testament. imperfect. cap. 1.* Consequens itaque est, constitutionem Iustiniani *in d. Nov. 73. cap. 1. & seq* ad ejusmodi testamenta inter liberos haudquam posse accommodari. Ratio consequentiæ est perspicua: quia si illam constitutionem etiam ad testamentum paternum inter liberos accommodaverimus: non tam hoc inde sequeretur, testamentum inter liberos comparatione literarum probari non posse, quàm illud inde desumendum foret, per istam constitutionem requiri, ut in hoc genere testamenti, quemadmodum in contractuum instrumentis, testes adhiberentur: atque adeò omnia jura, quibus testamentum patris manu conscriptum approbatur, sublata & correcta esse: quod tam-

175 quam absonum, nemo certè facilè dixerit. Vt interim aliæ omittantur diversitatis rationes, quæ inter instrumenta super contractibus conficienda, de quibus Imperator illic loquitur: & testamenta inter liberos, commodè tradi possunt. Inter quas hæc primarium sibi vindicat locum, quòd circa scripturam testamenti paterni non tam facilè possint fraudes committi, sicuti circa apochas & contractuum instrumenta: cùm scriptura testamenti post confectionem à patre, eodemq; testatore, sub arcta & secreta custodia asservari soleat, prout *post Alexandr. consil. 178. volum. 5. & conf. 114. volum. 7. & Alciatum resp. 57. num. 8. tom. 3. lib. 9.* expressè declarat Hieronymus Pantschman *dict. lib. 2. quæst. 2. numer. 37.* Accedit & illud, quod inter libe- 176 ros communis parentis, quos asserta scriptura testamenti paterni concernit, tanquam inter conjunctissimas personas, fraus haud facilè præsumitur. *l. penult. §. 1. ff. de rit. nupt. l. cùm adoptivus. 10. post. principium. vers. neq; enim. &c. C. de adoptionib.* Præterea cùm patris scriptura liberis, utpote domesticis suis & sibi familiarissimis, notissima plerumque sit: non facilè præsumi debet, unum vel alterum ex iisdem liberis tam audacem fore, quòd sui commodi causa, & in necem atque præjudicium aliorum fratrum falsam seu fictitiam testamenti scripturam sit fabricaturus: cùm metuendum ipsi esset, falsitatem & fraudem à fratribus suis, utpote quibus manus patris notissima est, faciliùs deprehensum iri. Insuper illud etiam fraudis suspicionem à scriptura asserti paterni testamenti removet, quòd testamenta paterna non soleant ab ipsis parentibus dissimulari: cùm pater optimum consilium pro liberis suis capere intelligatur. *l. nec in ea. 22. § ultim ff. ad leg. Iul. de adult. l. penult. in fin. ff. de curatorib. furios. & aliis, &c tot. tit. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. Novell. 115. cap. 3.* & cum absque urgenti causa 177 inæqualitatem inter liberos inducere velle, non sit verisimile: minus verò, quòd liberis causam discordiæ facilè præstare velit: igitur mirum non erit, cur comparationi hoc in casu plus tribuatur, quàm apochæ, quæ penes creditorem manet: quo casu longè faciliùs ex imitatione falsum fabricari contra debitorem poterit, quàm si is, qui scripturam confecit, eam asserver: cùm & liberis scriptura patris optimè sit nota, ut 178 absque calumniâ eam diffiteri vix possint, *tradente Marco Anton. Natta in Auth. quod sine quæst. 4. C. de testament.* Ex quibus luculenter apparet, quòd Imp. *in dict. Novell. 73. de instrumentorum cautela, &c.* sancivit, comparationem literarum hodie non ampliùs, ut olim, vigorem suum obtinere, propter generalem rationem fraudum evitandarum, ad scripturam testamenti paterni producendum non esse. Nam, *ut paulò ante ostensum*, inter apocham & scripturam testamenti paterni non contemnendæ sunt rationes differentiæ, ex quibus evincitur, non tam facilè fraudem circa scripturam testamenti paterni, quàm apocham, committi. Sed & Imperator *in d. Novell. 73.* (ut ex ejus præfatione relucet) ad frequentiam falsitatum & fraudum, quæ circa scripturas alienas, falsâ imitatione effingendas, indies magis magisque prorumpebant, respexit. Atqui frequentia illa, ab Imperatore considerata, quæ causam correctioni præbuit, circa contractus contigit, non autem circa testamenta paterna. Non mirum ergò, quòd etiam correctio ista limites contractuum, circa quos fraudes & falsitates crebrò obtigerunt, non excedat. cùm ratio sive clausula generalis majora expressis continere minimè debeat, *juxta Felinum in c. fedes. 15. Ext. de rescript.* Itaque non tam ratio illa generalis, quàm etiam frequentia falsitatis & fraudis *in d. Nov. 73.* considerata fuit. Et quamvis in testamentis falsitas maximoperè spectetur: attamen in testamento paterno inter liberos, ea ita considerabilis non est. Idque vel inde cernere licet: quòd in hoc genere te-

stamenti, remissæ sint à legislatoribus solennitates juris communis: quæ alioquin in testamentis, fraudis & falsitatis præcavendæ gratia, strictissimè, cùm pro formâ traditæ sint, exigi solent. *l. Iulianus.9.§.sed si quis. ff. ad exhibend. Pantschman. dict. quæst.2.num.43.*
180 Adhæc non adeò insulsè & hoc dici poterit: comparationem literarum secundùm dispositionem *dictæ Novell. 73. de instrumentor. cautela, &c.* regulariter quidem in contractibus fidem non facere: hanc autem regulam officium suum perdere, si literarum, elementorum & characterum omnimoda similitudo à collatoribus reperiatur, *argum. d. Nov. 73 cap. 1. Et tradunt Francisc. Vivius in suu communib. opinionib. in verb. comparatio literarum, &c. Mascard. vol. 1. de probationib. concl. 330. nu. 20 aliiq. ab eo relati.*

181 Nihil porrò movet, quod Iustin. Imperator *in principio d Nov 73.* in memoriam revocans leges antiquas, quæ comparationi literarum fidem addiderunt, innuat: se leges istas corrigere velle. *Nam* cùm Imperator inibi de contractibus disertè agat: dubium sanè non est, eum de illis tantùm legibus sensisse, & correctionem ad illas leges retulisse, quæ in contractibus
182 comparationi literarum plenam fidem tribuerunt. Ideoque isthæc Imperatoris correctio ad testamenta paterna referri non debet: tum quòd verba secundùm subjectam materiam accipienda sunt, *argum. l. si stipulatus. 4. in princ. vers. verùm si emptor ff. de usur. l. damni. 43. in prin. vers. & quod in stipulatione ff. de dam. infect. l. si cui. 4. ff. de servitutibus. l. quanquam. 62. in princip. ff. de rit. nupt. l. si olei. 21. C. de locato. l. 2. C. de suspectis tutoribus. D Besold volum. 1 consil. 6. num. 94*
183 *fol. 203.* tum quòd limitata causâ limitatum producit effectum, *argum. l. in agris. 16 ff. de acquir. rer. domin. l. si unius 27 §. 1. & l. epistola 32. §. ult ff. de pact. l. pater filium. 38. §. fundum. 3. ibiq. Bartol & alii ff. de legat. 3.*

184 Nequè etiam resistit, quòd secundùm Iustinianum *in d. Nov. 73. cap. 4.* confidens privatæ alicujus scripturæ, totum in adversarii fide suspendat: ac proinde deficiente fide adversarii, nihil remaneat, quod probare possit. *Etenim* Imperator ibi comparationem literarum non omninò excludit, sed hoc tantùm sentit: si adversarius, à quo creditor apocham accepit, neget scripturam, nec illam bonâ fide recognoscere velit, omnem probandi rationem deficere: nisi ad testium fidem, vel comparationis literarum remedium creditor confugiat. Atque hæc interpretatio colligitur ex illis textûs verbis: *non ut credentes privemus fide sua circa amicos, sed ut quantum possibile est, & perfidiam & negationem multis reconvincamus modis.* Vnde satis dilucidè infertur: quòd etsi maximè fides adversarii deficiat: comparatio tamen literarum, ad convincendam negationem & perfidiam, etiam superfit, ut vel sola, si omnimoda sit similitudo literarum, ex communi sententiâ; vel si non sola, cum aliis adminiculis perfidiam adversarii convincat.

185 Deniq; minimè repugnat *c. 2. ext. de fide instrument.* ubi cùm expressum sit, privatã scripturã non recognitã à scribẽte, non habere robur alicujus firmitatis: inde cõsequi videtur, quòd ne quidẽ ad comparationẽ literarũ instituendã aliquid momẽti habeat. *Respõdetur enim* illa Romani Pontificis verba (*non videntur nobis alicujus firmitatis robur habere*) accipienda esse, quoad plenam scilicet probationem, non autem quoad semiplenam vel præsumptionem. Quod etiam satis probat textus *in dict. Novell 73. de instrumentor. cautela, &c. cap. 2.* dum dicit: *fidem causa ex utroq; percipiat, etiam literarum examinatione penitus non repulsa, sed sola non sufficiente, augmento autem testium confirmandâ.* Et tali etiam modo respondere Panormitanum & Canonistas communiter *in dict. c. 2 num. 2.* testatur Pantschman. *dict. lib. 2 quæst. 2. num. 45.* Ex his igitur omnibus rectè concluditur: si scriptura testamenti paterni ab uno vel pluribus filiis negetur, comparatione literarum eam verificari & justificari posse. Hancque conclusionem approbant jus municipale renovatum Wirtembergicum *dict. part 3. tit. 5 §. 68* nuhn die Eltern. *ubi*, oder durch gnugsamb erkäntlicher Handschrifft. *Zunt. resp pro uxor. num. 83. cum seqq.* & Herman. Meyrer *in tract. de testam success. lib. 1. tit. 15. n. 23. aliiq;.*

Hoc loco illud quæri haud incommodè potest 186 num conventio seu pactum, inter patrem & filios de futura successione in bonis patris inutiliter initum, in vim ultimæ voluntatis sive testamenti paterni inter liberos sustineatur? Et pactum istud minimè sustineri aut valere, statuunt *Paulus de Castro, Decius & Purpuratus in l. pactum, quod dotali. 15. C. de pact. Fulgosius in l. licèt. 19 C. eod. Roman. in Auth. qui simpliciter nnmer. 24. C. ad leg Falcid. eosq; laudans Hartmannus Pistoris lib. 4 quæst. 2. num. 38. vers. contrarium tamen. &c.* Verùm contrarium, quòd videlicet pactum de futurâ successione inter patrem & filium inutiliter factum, quantumvis in vim pacti non valeat; nihilominus tamen in vim testamenti paterni seu ultimæ voluntatis inter liberos jure sustineatur, si modò pater in eadem voluntate usq; ad extremum vitæ spiritum perseveraverit, plures defendunt, *Alexander & Alciat. in dict. l. pactum, quod dotali. 15. Claud. de Seysel. & Curt. jun in dict. l. licèt. 19. Iason. numer. 20. Bolognet. num. 111. & Cagnol. numer. 173. in fin. C. de pactis. Natta in c. quamvis num. 102. de pact. in 6. Guiliel. Bened. in c. Raynutius. verb. duas habens filias numer. 206. de testament. Zasius in l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verb. oblig. Vasquius de success creat. lib 2. § 18. num. 135.* Idq; magis communiter teneri, testatur Hieronymus Gabriel *consil. 137. num. 14 vol. 1. & Tessaurus decis. Pedemont 225 num. 10.* asserens senatum hanc opinionem secutum fuisse. Cujus opinionis firmum 187 solidumque fundamentum est: quòd voluntas actum aliquem gerentium in dubio non præsumitur limitata seu restricta ad eum modum, quo actus secundùm verborum tenorem geritur: sed intentio illorum est, ut si eo modo, quo actus ab illis geritur, valere non possit, alio quovis modo legitimo & idoneo valere debeat *argum. l. si unus. 27 §. penult. ff. de pactis. l. an inutilis. 8. in princ. ibi, potest ergo non esse, &c ff. de acceptilat. l. cum emptor. 5. in princ ibi, non sua natura, sed potestate conventionis valet: ff. de rescind. vendit. l. si miles. 3. in princ. ff. de testament. militis. l. contractus. 17 ibi, quæ tamen in scriptis fieri placuit. C. de fide instrument.*

ment l. unic. in fine. C. ut actiones & ab heredibus. & contr hered. incip. l. penult. in fine. C. pro socio. & l. veteris. 13. in fine. C. de contrah. & commit. stipular. Quamobrem quandocunque pater filio vel filiæ per modum conventionis initæ, certam hereditatis suæ portionem post mortem suam percipiendam assignat: quamvis verba in modum pacti sonant, quod de futura hereditate acquirendâ jure nostro valere non potest. *d. l. pactum, quod dotali. 15. & l. fin. C. de pact. l. cùm donationis. 34. in fin. C. de transact. l. hereditas. 5. C. de pactis convent. & similibus.* mens, tamen & voluntas patris, cum filio vel filiâ de hereditate paciscentis, hæc fuisse intelligitur, ut hereditas in conventionem deducta omnibus modis, quibus id fieri potest, ad filium vel filiam post mortem ipsius perveniat; & per consequens si pactum illud, tanquam pactum, valere nequeat, nihilominus tanquam ultima voluntas seu testamentum inter liberos sustineri & valere debeat.

188 Huic præterea sententiæ valdè suffragatur textus *in dict. l. licet. 19. C. de pact.* Cùm enim voluntas militum quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducta seu redacta valeat, & vim postremi judicii obtineat: idcircò *in d. l. licèt.* constitutum est, si duo milites, in prælio versantes invicem pacti fuerint, quòd superstes alteri extincto in bonis ejus succedere debeat, hanc conventionem, quamvis ea in vim pacti valere nequeat, in vim tamen ultimæ voluntatis sustinendam esse. Ex quo infertur: jus idem statuendum esse, si pater cum filio seu filiâ pactum celebret, quòd hæc vel ille patri defuncto incerta hereditatis portione succedere debeat: & consequenter, quamvis hujuscemodi conventio, inter patrem & liberos facta, tanquam pactum de futura successione nullius momenti sit; eam nihilo tamen minùs vim ultimæ voluntatis sortiri.

189 Ratio consequentiæ in aperto est: quoniam textus *in d. l. licèt. 19.* illius, cur pacta militum de futura successione in vim ultimæ voluntatis debeant valere, hanc ipsam rationem affert: quia scilicet militum voluntas quoquo modo apparens, vim postremi judicii obtinet. Hæc autem ratio etiam in patre, cum liberis de certâ hereditatis portione paciscente locū habet, *per textum in l. fin. C. famil. ercisc.* ubi cautum est, voluntatem patris inter liberos, quibuscunque verbis vel indiciis & signis declaratam, observandam esse. Quemadmodum ergo in specie *dicta l. licèt. 19. C. de pact.* pactum militis jure improbatum, in vim testamenti militaris sustinetur: ita sane conventio patris, quâ filio vel filiæ certam hereditatis portionem assignat, utcunque in vim pacti valere non possit, vim tamen testamenti seu ultimæ voluntatis inter liberos obtinere debet. Quis enim dubitat: patrem, qui filio seu filiæ certam hereditatis suæ portionem per conventionem tribuit, hoc ipsum velle, quòd hæc portio hereditatis, in conventionem deducta, ad filium filiamve, quocunque modo id fieri possit transire debeat.

190 Nec huic decisioni quidquam negocii facessunt *d. l. pactum, quod dotali. 15. C. d. pact. l. fin. ff. de suis, & legitim. pactum. dotali 3. C. de collationib. & similes*, quibus pacta, inter patrem & filios inita, perspicue improbantur. *Nam* huic objectioni ut satis fiat, considerandum est, leges & constitutiones, quibus cavetur, quòd testamenta parentum inter liberos imperfecta & minùs solennia valeāt, favore potissimum liberorum promulgatas esse, quò nimirum illi secundùm voluntatem parentum, quovis modo declaratam, promptius & faciliùs ad eorum hereditatem pervenire possent. Ex quo fit, quòd testamenta parentum inter liberos imperfecta, minusque solennia non valeant, si vel unus ex liberis, cæteris omnibus ex asse institutis, à patre præteritus vel exheredatus fuerit: ob eam ratio- 191
nem, quia præterito vel excluso filii per modum exheredationis a paterna successione, odium ejusdem & detrimentum, non autem favorem concernit, *per notata Ioannis Dauthii in l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. num. 5. 19 & seqq. C. de testament.* Iam verò pactum, quo inter patrem & filiam (*ut in objectis legibus*) convenit, ut filia dote accepta patri defuncto succedere non debeat, voluntatem patris exclusivam à paternâ hereditate respectu dictæ filiæ implicat; & sic odium potiùs filiæ, quàm favorem concernit. Quare talis voluntas patris, utpote ademptiva (*ut ita loquar*) & exclusiva à paterna successione non est idonea ad inducendum testamentum paternum inter liberos. Secus autem est in pacto, inter patrem & liberos inito, quo comprehenditur voluntas dativa; quâ videlicet pater liberos ab hereditate sua non excludit, sed hereditatem dat & confert. Tale namque pactum, utpote filiorum favorem concernens, quamvis ut pactum vires non habeat, *juxta d. l. pactū, quod dotali. 15. C. de pact.* nihilominus tamen in vim testamenti & ultimæ voluntatis inter liberos sustinetur. Atque de hac specie pacti quæstio proposita accipienda est. Textus autem in contrarium adducti de tali pacto non agunt: sed de pacto, quod exclusivam & ademptivam voluntatem implicat, loquuntur.

Neque etiam nostram remoratur sententiam tex- 192
tus *in l. 1. §. eum, qui. 4. ff. de constit. pecun.* Nam quòd ex eo, & similibus locis colligitur: actum, qui eo modo, quo geritur, valere non potest, nec alio modo, quo posset valere, sustineri: locum sibi vindicat, quando voluntas contrahentium sive actum gerentium limitata est ad certum modum. Secus vero est, quando voluntas & mens disponentium seu contrahentium non fuit ad certum modum restricta. Quo utique casu actus omni modo, quo potest, valorem vigoremque recipit: quemadmodum multarum legum auctoritate ostensum est suprà *numero* 187. Atqui patris voluntas, cum filiis de successione paciscentis, non est restricta ad modum pacti, quasi non vellet hereditatem alio modo, quo potest, ad liberos suos pervenire: sed hujus potiùs intentionis & voluntatis est, ut quocunque tandem modo hereditas in conventionem deducta, secundùm voluntatem & tenorem pacti ad liberos devolvi possit, eo modo ad ipsos perveniat. Talis itaque patris voluntas licèt, in vim pacti valere haud possit: per modum tamen ultimæ voluntatis inter liberos sustinebitur.

Non minùs frequens, quàm dubia quæstio est: u- 193
trùm scriptura patris, sine die & consule, id est; sine expressione anni & mensis ac diei, confecta, quâ inter

liberos

liberos suos minùs solenniter testatus est, tanquam te-
stamentum paternum inter liberos valeat? Ac quam-
vis non desint, qui existiment, testamentum patris, in-
ter liberos in scriptis c[illegible]nfectum, ad sui firmitatem non
requirere mensis ac diei, designationem sive expressio-
nem, *Alexander consil. 4. numero. 15. vol. 7. Barbatius*
consil 58. num. 4 volum. 4. & Wesenbecius consil. 90.
num. 17. & seqq. contrariam tamen sententiam, ceu
veriorem & communiorem, amplectuntur *Baldus,*
Angel. Salicet. Iason Sichardus, Gilkenius, & cateri in
Auth. quod sine. C. de testament, Clarus libr. 3. sentent.
§. testamentum. quaest. 14. num 2. Pantschman. libr. 2.
quaest. 1. num 14. cum seq. Iacob. Thoming. lib. decis. quae-
stion. illustr. q 4. num. 6 Hartman. Pistoris lib 1. quaest.
2. num. 1. & seqq Thadeus Pise lib. 1. var resolut. cap. 7.
num 11. Ritterhusius in exposit. Novell. part. 6. cap. 2.
numer. 4. Zunt. resp. pro uxor. num 7. 52. & 214. Domi-
nicus Card. Tusch. tom. 8 practicabil. conclus. iur. con-
clus. 125. num 112. & seqq. Atque secundum hanc sen-
tentiam respondisse Facultatem nostram Iuridicam
Tubingensem, in quadam causa Hailbrunnensi, be-
194 ne adhuc recordor, *mense Iul. Anno 1[illegible]18.* Eaque con-
firmatur evidenter per textum *in dict. Auth quod sine.*
C. de testament. & Novell. 107. de testamentis imper-
fect c. 1. quibus ex locis clarissimè constat: testamen
tum imperfectum patris inter liberos, in scriptis con-
ditum, nullas habere vires, nisi in eo expressum sit, quo
tempore, hoc est, quo anno, mense & die testator scri-
ptum testamentum confecerit. Cum enim textus ille
uterque exigat totum tempus: utique quamlibet ejus
speciem, hoc est, non solum annum Christi, sed & diem
mensis requirere censetur.
195 Non obstat *l. hac consultissima. 21. in princip. C. de*
testament. ubi Impp Theodos. & Valentin. ex profes-
so recensent omnia requisita testamenti, quod in scri-
ptis conficitur: nullam autem temporis apponendi
mentionem faciunt: quod tamen omissuri non fuis-
sent, si talem appositionem necessariam putassent. *Et*
enim in illa lege agitur de testamento perfecto & so-
lenni, in quo temporis expressionem non requiri, haud
ambigitur. Diversum est in testamento imperfecto,
in scripturam redacto. In hoc si quidem diem & con-
sulem, *ut olim dicebant*, sive (*ut nos hodie loquimur*)
annum Christi & diem mensis necessariò adscriben-
dum esse, liquet *ex dict. Novell. 107 cap. 1. & Auth.*
quod sine inde desumpta. C. de testament. Ratio diffe-
rentiae est quidem in difficili; sed fortassis haec non in-
196 eptè afferri poterit: Solennitates testamentorum pro
culdubio ob praecavendas falsitates & fraudes, quae fa-
cilius & frequentius in testamentis, quàm contracti-
bus committuntur, à legislatoribus inventae sunt. In-
terest quippe Reipubl. falsitates & fraudes ab ultima
voluntate esse remotas. Iam verò omnes solennita-
tes testium, ad perfectum testamentum necessariae, &
ad detegendam fraudem introductae, in testamento
imperfecto inter liberos conficiendo in favorem libe-
rorum relaxatae sunt. Quoniam autem testamenta
imperfecta inter liberos, ab istis solennitatibus juris
civilis exempta, periculosis falsitatum machinationi-
197 bus exposita videbantur: idcirco visum fuit Imper. Iu-
stiniano *in dict Novell. 107. cap. 1.* nonnullas solenni-
tates, testamento inter liberos peculiares, non tamen
difficiles & operosas, sed facilimas, in quibus etiam
annotatio temporis, sive anni, mensis & diei reperitur,
inducere: ut hisce solennitatibus, huic testamento im-
perfecto adhibitis, aliquâ ex parte fraudibus & falsita-
tibus occurreretur. Et quidem in specie ad temporis
appositionem, huic testamento necessariam, quod
attinet: ea propterea requiri videtur, ut eò magis, si a- 198
liqua suspicio falsitatis subesset, deprehendi possit, tra-
dente Claro, *dict. §. testamentum. quaest. 14. numero 2.*
Nec moveris, si quispiam objiciat: si haec ratio est, ob
quam diei appositio in testamento inter liberos im-
perfecto desideratur, debebat etiam eadem ad testa-
mentum perfectum & solenne requiri: cùm generali-
ter leges dent operam, ut ab omni testamentorum ge-
nere falsitas arceatur, aut si qua irrepsit contra volun-
tatem legis, expeditissimè detegatur. *Respondetur*
enim: cum testamenta solennia & perfecta certis aliis
solennitatibus, magnis vigiliis contra falsitates exco-
gitatis, communita sint: Legislatores credidisse, eas
solas sufficere, hocque praestare posse, ut vel falsitas
praecaveatur, vel contra cautionem tot solennitatum
commissa, facilimè detegatur: ac proinde hanc, quae
in temporis expressione consistit, superfluam fore Sed
& illa ratio, cur in testamento inter liberos imperfecto
requiratur temporis expressio, non improbabilis est:
quia nisi tempus adscriberetur, non posset constare,
duobus forte repertis testamentis paternis, utrum es-
set altero prius sive antiquius, vel posterius sive recen-
tius: & proinde nesciretur, quod nam valere debest. *l.*
duo sunt Titii. 30. ff. de testament. tutel. Sichard. dict.
Auth quod sine. numer 5 C de testament. Bartol. in l. 1.
§. 1 ff. de bonor. possess. secund. tabul Cynus in dict. l hac
consultissima 21 § fin. C. de testament. Roman. consil.
234. ubi tradit, ambas scripturas ratione incertitudi-
nis vitiari. *Decian respons. 86. numer. 7. volum. 2. hoc*
citans Pantschman, dict. libr. 2. quaestion. 1. numero. 5.
Hucque spectant, quae annotavimus *ad §. 2. numero*
11 infr. quibus mod. testam. infirm. Nec oberit, si ali- 199
quis regerat hanc ipsam rationem in testamentis per-
fectis & solennibus aequè locum obtinere, ac in testa-
mentis imperfectis inter liberos. *Nam* frequentiùs u-
su venire solet, ut pater plura testamenta inter liberos
imperfecta faciat, quàm ut quispiam plura perfecta ac
solennia testamenta condat. Pater etenim plurium
liberorum (qui cum eo quotidie & familiariter con-
versantur, atque propter naturalem sanguinis affectum
& inclinationem precibus, blanditiis & instigationi-
bus eundem facilè ad quidvis movere possunt) pater,
inquam, modò ab hoc, modò ab illo ex liberis suis
promptius persuaderi & commoveri potest, ut praeter
unum testamentum imperfectum inter liberos jam
confectum, aliud insuper, vel etiam plura ejusmodi te-
stamenta componat: adeòque cùm plurimis testa-
mentis decedat. Iustinianus itaque Imperator respi- 200
ciens ad illud, quòd frequentiùs, non autem quod ra-
riùs accidere amat, ob eam, quae superiùs exposita est,
rationem constituit, expressionem temporis in testa-
mento inter liberos imperfecto necessariam esse. Quae
sanè

sanè ratio diversitatis fortiùs stringet, si consideraverimus, vel ideò frequentius & sæpius evenire, ut pater cum duobus vel pluribus imperfectis testamentis inter liberos, quàm ut cum duobus perfectis quispiam decedat, quòd testamentum imperfectum inter liberos, solâ patris scriptura interveniente, omissis omnibus testium solennitatibus confici potest: cùm interim perfectum testamentum plures desideret solennites, quæ ad nutum cujusvis testatoris, pro cujusvis loci vel temporis occasione, non semper in promptu possunt haberi. Quamobrem majori facilitate decem testamenta inter liberos imperfecta, quàm unum perfectum atque solenne, confici poterunt.

201 Rursus non obstat *l. fin. C. famil. ercisc.* ubi Constantinus Imperator sancivit, ultimam voluntatem patris inter liberos esse validam & observandam, dummodo quavis ratione, & quibusvis indiciis ex patris scripturâ constet, quid inter liberos suos ordinare ac disponere voluerit. Iam verò si pater scripturâ comprehendat, quomodo & pro quibus portionibus hereditas sua ad unum quemque liberorum suum post mortem suam, devolvi debeat: satis ex hac scripturâ constat de patris voluntate, quantumvis die & consule sive expressione temporis careat. Lex, *inquam*, illa non obstat: siquidem sublatum & correctum est ab Imp Iustiniano *in dict. Nov.* 107. *cap.* 1. quod *in dict. l. fin.* prædicto modo constitutum fuerat. Sublato igitur & destructo eo, ex quo colligebatur, temporis adscriptionem in testamento inter liberos necessariam non esse: etiam id, quod ex illo sequebatur, antiquatum fuit, dictitante juris regulâ, quod sublato fundamento, corruant omnia, quæ eodem nituntur. *l. ege.* 26 *in fine principii. ff. de except. rei judic. l. nam origo.* 8.

202 *ff. quod vi aut clam. can. cùm. Paulus. s. q* 1. Quòd autem Imp. Iustinianus dicto loco correxerit *dictam l. final. C famil. ercisc.* in eo, quatenus ibi Constantinus voluit, præter voluntatem testatoris, quovis modo declaratam, nihil amplius requiri: id ipsum disertis professus est verbis, dum in præfatione *prædicta Nov.* 107. sic loquitur: *A Constantino divæ memoriæ lex scripta est per antiquæ conjecturæ simplicitatem: porrò causarum varietas & natura eas frequenter mutans, egere leges illâ emendatione nostrâ præparavit, &c.* Ex quibus Iustiniani verbis liquidissimè apparet, quòd *dictam l final.* à Constantino promulgatam, correxerit. Deinde & hoc responderi poterit, *dictam l finalem. C. famil ercisc.* loqui de divisione bonorum patris inter liberos, non autem de testamento inter liberos. Quare quæ ibidem ab Imperatore Constantino constituta sunt, ad testamentum patris inter liberos imperfectum non rectè accommodantur: cùm à diversis & separatis non procedat illatio. *l. ultim. ff. de calumniatorib. l. duobus.* 25. *ff. de testament. tutel. l. neq; natales.*

203 10. *C. de probationib.* Esse autem diversas species, testamentum imperfectum inter liberos, & divisionem paternam bonorum inter eosdem, sequenti proximâ quæstione docebitur.

204 Non obstat denique, quòd testamentum militis absque die & consule apposito haud dubiè valeat, *l. 1. ibi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. item ibi, nuda voluntas testatoris, &c. ff. de testamento milit. iuiti tit. infr. de militari testament.* & consequenter etiam testamentum patris inter liberos, in quo diei & consulis appositio omissa est, jure sustineatur: cùm testamentum patris inter liberos non minùs privilegiatum videatur, quàm testamentum militis. *Quanquam* enim haud inviti largiamur: testamentum militis sine die & consule adscripto vires habere: attamen cùm *in dict. Novell.* 107. *cap.* 1 *& dict. auth. quod sine. C. de testament.* in testamento inter liberos diversum apertissimis sit verbis constitutum: argumentum hoc à testamento militari ad testamentum inter liberos minimè procedit: maximè cùm ambo hæc testamentorum genera, tanquam excedentia & excessiva (*ut loquuntur*) sese habeant: & illud quoad hoc, alterum verò quoad aliud, magis privilegiatum reperiatur, *Sichard. in Auth. hoc inter. num.* 7. *§. ex quibus omnibus. C. de testament. Rittershus. in exposit Novellar. Part.* 6. *cap.* 2. *num.* 12. Quapropter, non remorantibus contrariis argumentis, cum opinione communi intrepidè concludimus: testamentum imperfectum patris inter liberos, propter omissam diei & consulis, hoc est, anni, mensis & diei adjectionem, nullius momenti atque invalidum esse. *Huicq; sententiæ suffragatur jus municipale renovatum Wirtemberg. part.* 3. *tit.* 5. *§.* **Da aber die Eltern.** *in fine. fol.* 343.

Hine difficilis alia & controversa pullulat quæstio: 205 ecquid solennitates ad testamentum imperfectum inter liberos necessariæ & traditæ *in d. Novell* 107. *de testament. imperfect. cap.* 1. *& d auth quod sine. C. de testament.* etiam in divisione simplici parentis inter liberos requirantur? Ad hujus quæstionis clariorem explicationem paucis præmittendum est: testamentum parentis inter liberos, & simplicem divisionem bonorum ejusdem, species & formas esse distinctas, ut non solùm *ex l. filii.* 16 *& d. l. fin C. famil. ercisc.* sed etiam jure novissimo patescit. *Nov.* 18. *de triente & semisse. c.* 7. *vers. si autem hoc non agat, &c.* Sed quo 206 pacto, inquiet, aliquis, distinguitur divisio secundum jura novissima à testamento paterno minùs solenni? Respondetur: divisionem tam de certis rebus, quàm tota hereditate fieri posse. Si de certis rebus à patre facta est divisio: id nihil ad testamentum pertinebit. Ratio manifesta est: quia testamentum esse universalem testatoris dispositionem de tota hereditate, palàm est. At si de tota hereditate à patre inter liberos instituta sit divisio; non tamen propterea testamentum erit: nisi & ipse testator scribat, aut subscribat, & reliqua substantialia testamenti paterni inter liberos, descripta *in dict. Novell* 107. *de testament imperfect. cap.* 1. *& in dict. auth. quod sine C. de testament.* adhibeat. Ergo si de rebus certis divisio facta est, aut etiam de omnibus, ita tamen, ut requisita *dicta auth. quod sine. & dict. Novell* 107. *cap.* 1. non concurrant: divisio simplex, non testamentum erit, *per notata Harsmanni Fisteris lib* 1. *quæst.* 2. *numer.* 26. *& seqq. & Ioannis Dauthii in dict. l hac consultissima.* 21. *§. ex imperfecto numer.* 29. *in fine, C. de testament. pag.* 446. Vt autem voluntas patris inter liberos, tanquam divisio valeat

207 leat: requiritur I. ut dispositio sit perfecta ratione voluntatis. II. ut divisio fiat inter liberos legitimos & naturales simul, vel legitimatos, qui illis æquiparantur. III. ut patris judicium tam circa testamentum, quàm codicillum deficiat, *dict. l. filii 16. C. famil. ercisc.* Nihil divisione, utpote minùs solenni voluntate, opus est, ubi pater solenniter per testamentum vel codicillum, supremum judicium constituit. Quinimò cùm hodiè, patri inter liberos tam nuncupativè, quàm in scriptis, minùs solenniter testari liceat: ubi patrem etiam minùs solenniter inter liberos testatum esse constat: divisio cessabit, *argum l. d. l. filii 16. & d. l. final. C. eod.* IV. requiritur; ut, si in scriptis divisionem parens inter liberos facere velit, formam *in d. Novell. 18. cap. 7.* traditam observet. At si sine scriptis & oretenus saltem dividere cupiat: necessum est, ut duo testes adsint, coram quibus suam dividendi voluntatem exponat, *Iacob. de Raven. Cynus & Alberic. de Rosat in d. Auth. quod sine. C de testament.* V. necessarium est, ut pater inter omnes liberos fecerit divisionem, nullum prætererit. Idque *post Hotomanum consil. 54. & 57.* uberiùs declarat *Ioannes Dauth. in dict. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. numero 12. & 13. C. de testament.* Porrò de divisione paternâ, inter filios factâ, religiosè servandâ, videatur Andreas Gail. *lib. 2. observat. 116.*

208 Quibus ita breviter præmissis, ad resolutionem quæstionis propositæ descendo, & (repudiata Martini, antiqui Glossatoris, *relati à glos. in dict. Auth. quod sine. C. de testament.* & sequacium opinatione) firmiter statuo: divisionem simplicem patris inter liberos, extra testamentum instituram, neque consulis, neque diei appositionem, neque cæteras solennitates *in d. auth. quod sine. & d. Novell. 107. cap. 1.* traditas desiderare; sed solam patris scripturam; aut, si tenor divisionis alienâ manu conscriptus fuerit, ejusdem subscriptionem solam sufficere. Et hanc sententiam comprobat textus *in d. Novell. 18 de triente & semisse. c. 7. & Auth. si modò. C famil. ercisc.* ubi recensentur requisita simplicis divisionis inter liberos, neque tamen illarum solennitatum, quæ traduntur *in d. Auth. quod sine & d. Novell. 107. c. 1.* ulla fit mentio. Ex quo manifestum est: solennitates istas ad conficiendam

209 simplicem divisionem inter liberos non requiri: quoniam non plures solennitates ad actum aliquem debent exigi, quam lex ipsa requirit. *argum. l. ita autem. 5. in princ. ff de administr. & peric. tutor. l. si servum. 71. §. non dixit prætor. 5. ff de acquirend. vel omittend. heredit.*

Præterea *in d. Novell. 107. de testament. imperfect. c.*

210 *3.* traditur modus, quando pater non vult testamentum facere, sed divisionem bonorum inter liberos instituere: quid tum observandum, ad hoc, ut ejusmodi divisio valeat. Circa quod Iustinianus nihil novi addit, sed solùm illud comprobat, quod suâ anteriori legislatione continetur. Quare enim illa sanctio, quæ habetur *in d. Novell. 18. cap. 7.* ad divisionem inter liberos ineundam tantummodo subscriptionem requirat: ideò id ipsum, quòd secundùm hanc formam sive

211 speciem factum est, firmum validumque erit. Neq; sanè cuipiam mirum videri debet, quòd in divisione parentum inter liberos instituenda minor solennitas, quã in testamento inter liberos requiratur. Nam in casu divisionis succeditur ab intestato: & liberis familiæ erciscundæ judicio consequuntur id, quod à parente ipsis assignatũ fuit. *l. quotiens 10. d. l. filii. 16. & d. l. fin. C famil. ercisc.* Sed in testamento inter liberos, quantumvis imperfecto, successio testamentaria locum habet, *prout docent Salicet. in d. l. filii 16. num. 4. C eod. Iason. in d. l. hac consultissima. 21 § ex imperfecto. C. de testam. Fernand. Vasq. in tract. de successione creat § 21. n 47. & seqq. Ludovic. Zunt in consil pro uxore. num. 48. Brunus Astensis in tract. de statutis excludent. fœmin. art. 8. qu. 6. vers. etsi sit imperfectum. Parisius cons. 62. nu. 19. vol 2. Decian. respons. 46 vol. 2. hosq; omnes laudans Hieronymus Pantschman. lib. 2. q 4. num. 7.* Atq; in hoc casu certæ solennitates à legibus sunt præscriptæ: cæterùm cùm ab intestato euncta peraguntur, tam exacta forma solennium non requiritur. Non mirum ergò, cur in divisione diversum sit statuendum.

Adhæc testamentum inter liberos, quantumvis imperfectum, surrogatur in locum testamenti perfecti. 212
Probabiliùs igitur est, testamentum hoc, licèt imperfectum, pluribus solennitatibus, quàm divisionem, utpote quæ nihil cùm testamento commune habet, munitum esse: ne testamentum illud imperfectum à testamenti perfecti formâ nimis recedat. *Et hanc opinionem tenent gloss. in d. Auth. si modò C famil ercisc. Azo in summa C de testament Iacob. de Belvis. Bartol. & Angel. in d Nov 107. de testament. imperfect. & c. hosq; referens Pantschman d. quæst. 4. nu. 7. Hartm. Pistor. lib. 1. quæst 2. num. 25 & seqq. & Andreas Schefferus quæstionum juris practicabil. part. 1. q. 37.* ubi præjudicium Facultatis Iuridicæ Lipsiensis adducit.

Huic verissimæ & receptissimæ sententiæ non adversatur textus *in d. Nov. 107. c. 1.* ubi Imperator Iustin. 213
generaliter de dispositione parentis loquens, dilucidè satis significare videtur, constitutam ibi à se formam non minùs ad divisionem, quàm ad testamentum patris inter liberos spectare: cùm verbum *dispositio*, ut & 214
verba *ultima voluntas*, generalia sint, adeoq; divisionem etiam paternam inter liberos sub se complectantur; *prout declarat Corneus consil. 273. n. 8. vol. 4.* Textus, *inquam*, ille non adversatur: quia libenter concedimus, quòd verbum *dispositio* quemadmodum etiam verba *ultima voluntas*, generali sua significatione tam divisionem patris inter liberos separatim absque testamento factam quàm testamentum & codicillum in se comprehendant. Verùm Iustinianus *in d. c. 1.* vocabulum istud *dispositio* in latiori hac significatione, quâ divisio extra testamentum inter liberos instituta includitur, non usurpavit: sed eam duntaxat divisionem, quæ in ipso testamento inter liberos confecto continetur, atque adeò potissima ejus pars est *dispositionis* verbo denotare, & huic testamentariæ divisioni, tanquam testamento patris inter liberos, pleniorem formam præscribere voluit. Ideoque istæ quidem solennitates ad divisionem testamento paterno insertam; non autem separatim sine testamento factam pertinent. Nam ad hanc quod attinet; Iustinianus ibidem nihil novi introduxit.

duxit, ut patet *ex d. Nev.* 107. *cap.* 3. Quòd verò Iustinianus *in d. c.* 1. de divisinne testamentariâ loquatur, verba textus clarissimè ostendunt, ibi, *in quibus scripsit eos heredes. & ibi, quasdam institutiones statuere.* item ibi, *dictaq; à testatoribus, &c.*

Smiliter non refragatur, quòd *in d. c.* 1. *vers. si verò etiam, &c.* tam divisiones, quàm institutiones heredum in eâdem structurâ orationis comprehendantur: 215 nemo autem inficias eat, in institutionibus testamentariis parentum inter liberos, formam à Iustiniano præscriptam observandam esse. Pariter ergò in divisione id dicendum fuerit: siquidem una. & eadem determinatio, respiciens plura determinabilia, omnia sub se posita æquabiliter determinare: atque ita in utroque casu idem jus statuere debeat, *argum. l. jam hoc jure* 4 *ff. de vulg. & pupill. substitut. l. quamvis.* 4 *C. de impuber. & aliis substitutionibus.* Illud, *inquam*, non refragatur. Etsi enim non negamus, divisionem sub generali dispositionis vocabulo comperhendi, & *in d. vers. si verò etiam, &c.* tàm institutiones, quàm divisiones, eandem determinationem respicere: attamen locus ille (*ut & antè dictum*) accipiendus est de divisione, quæ in testamento adscribitur. Mirandum igitur non est, quòd solennitates, de quibus illic agitur, intervenire debeant. Cùm enim testamentum inter liberos absque istis solennitatibus consistere non possit: utique nec divisio, ei testamento inserta, tanquam ejusdem pars, consistere poterit. *l. quæ de testa.* 76. *in princ. de rei vindicat.* Sed longè aliter hæc se habent, quando de divisione separatim absque testamento, à patre inter liberos conficiendo, agitur. Nam tunc in hac facti specie nihil immutatum esse, ipsemet Iustinianus *in d. Nev* 107. *cap.* 3 asserit: cui non im-
216 mento fides adhibenda erit: cùm quilibet verborum suorum optimus interpres esse existimètur. *Pruckman consil.* 7 *num* 20. *vol.* 1. *Gœdd. consil. Marpurg.* 26. *nu.* 279. *vol.* 1. *D. Mundius in Comment. de diffamationib. c.* 7. *num.* 60. *pag.* 400. *ed.* 1. Et quòd interdum parentes etiam in testamentis divisionem bonorum adscribere soleant: satis constat *ex d. Novell.* 18 *cap.* 7. *vers. hac nos molestare, &c.* ubi Imp. testatores admonet, si divisiones bonorum facere velint: eas maximè faciant in testamentis. Sin verò peculiariter, & quidem extra testamentum patèr designationes rerum, quas partiri volit, ineat: suâ subscriptione voluntatem suam manifestet: ut proinde absque aliâ solennitate divisio rata ac firma habeatur: prout etiam Iustinianus *in d. Nov.* 107 *c.* 1. & 3. divisiones, quæ separatim fiunt, & quæ testamentis inseruntur, sejunxit. Idcirco de unâ dispositione ad aliam, tanquam à diversis, non rectè fiet illatio. *l. fin ff. de calumniatorib. l. Papinianus.* 20. *in fine principii. ff. de minorib &c. Pantschman d. lib. quæst.* 4. *num.* 7. *pag.* 89. *ubi & alias objectiones diluit.*

217 Non inconvenienter hic & illa examinanda venit quæstio: utrùm testamentum inter liberos manu patris non exaratum, sed ex mandato & voluntate patris alienâ manu conscriptum, à patre verò subscriptum, absque appositione temporis, aliusque solennitatibus, traditis *in dict. Novell.* 107. *capite primo*, vigorem suum obtineat? Circa hanc quæstionem Bartolus *in d. Novell.* 107. *de testamentis imperfectis, &c.* Salicetus *in d. Auth. quod sine C. de testament. numer.* 1. *vers. conclude, &c.* & communiter Doctores opinantur: quamvis in testamento parentis inter liberos, quod is propriâ manu in scripturam redegit, requirantur solennitates *in d. Nev.* 107. *c.* 1 à Iustiniano introductæ: secus tamen esse in testamento, quod pater propriâ manu non scripsit, sed per alium in scripturam redigi fecit, & propria subscriptione confirmavit: hoc etenim testamentum patris subscriptione communitum, licèt ab alio conscriptum fuerit, non desiderare prædictas solennitates; sed sine illis validum firmumque esse, *arg. d. Novell.* 18. *de triente & semisse cap.* 7. Verùm contrariam sententiam, quòd nimirum in testamento inter liberos, patris subscriptione munito, solennitates *in d. Nev.* 107. *c.* 1. traditæ, perinde ut in testamento, patris manu exarato, necessariæ sint, longè verissimam esse censeo. Absurdum namque est, quòd parens, qui manu suâ totum testamentum conscripsit, deterioris sit conditionis, quàm si solâ subscriptione testamentum, alienâ scripturâ confectum, ab eo sit comprobatum. Negari enim non potest, parentis scripturam multò commodiùs ac meliùs dignosci, cũ totum testamentum literis paternis est enmpletum, quàm si pancissimis verbis scripturæ alienæ adhibita patris subscriptio fuerit. Nam cur hoc casu duriores leges patri statuendæ sint, nulla ratio probabilis suadet. 218
Dicto autem Interpretum, absque lege vel ratione loquentium, minimè est standum. *d. Novell.* 18. *c.* 5. *l. illam.* 19. *vers. superstitibus ibi, eò quòd nulla constitutio super hujusmodi collatione posita esset. C. de collationib.*

Quod verò attinet ad textum *in d. Novell.* 18 *cap.* 7. 219
loquitur is tantùm de prælegatis sive divisione simplici patris inter liberos: non autem de testamentis, subscriptione confirmandis. Quotiescunque enim de testamentorum solennitate quæstio suboritur: tunc negocium non *ex d. Nev.* 18. *cap* 7. sed secundùm ea, quæ traduntur *in d. Novell.* 107. *cap.* 1. definiendum erit. Quod satis derspicuè ex verbis *dict. Novell.* 18. *c.* 7. colligitur. Nam Iustinianus in principio ibi approbat divisiones factas in testamẽtis: postea verò *in vers. si autẽ hoc, &c.* nihil quicquam de subscriptione testamentorum, sed tantum de prælegatis & divisionibus tractat. Quod etiam deprehenditur ex occasione, quâ Imperator ad legem illam ferendam motus fuit; nempe quòd parentes inter liberos bona sua: absque certâ designatione dividere consuevetant, atque inde eveniret, ut majores contentiones inter liberos orirentur. Quinimò etiamsi pater rudem duntaxat designationem in charta faciat, non continuè, sed dispersam, ac alterius fortè literis insertis: ejusmodi designatio, utpote testimonio destituta, tanquam rudis & defor- 220
mis, à Iustiniano rejicitur. Cæterùm tum demum fides designationi attribuitur, si ea ordine per cohærentiam sit confecta, atq; à testatore subscriptione suâ corroborata. Quæ quidẽ cõsideratio in testamẽto scripturâ facto cessare videtur, in quo certa fit dispositionis designatio, heredũ institutio, divisiones, prælegata, & alia: majoriq; suscipiũtur deliberatione, quâ divisiones extra

 testa-

testamentariæ, quas e vestigio parentes inter liberos tumultuariè inire consueverunt : ut eâ de causa Imp. *in dict. Novell. 18. cap. 7.* moneat, divisiones testamento inserendas esse. Cùm igitur *in dict. c. 7.* nihil de subscriptione testamentorum agatur : causa planè nulla est, cur à Iustiniani dispositione *in dict. Novell. 107. de testament. imperfect. cap. 1.* quispiam recedere, atque dispositionem *cap. 3 ejusdem Novellæ*, de divisione loquentem, ad testamenta extendere velit, præter & contra rationem Imperatoris. Nam quæ ratio in patris scriptura versatur : eadem multò magis in scripturâ alienâ, à patre subscriptâ, locum obtinebit : ut proinde nulla alia in scriptis testandi forma supersit, quàm
221 ea, quæ novissimè à Iustiniano præscripta fuit. Adde, quòd subscribens omnia approbare censetur, ac si ipse scripsisset. *argum. l. si quis ex argentariis* 6. § 1. *ff. de edendo, & similium*, quas adduximus suprà numero. 144. Atque ita diserte hanc sententiam defendit Hieronymus Pantschmannus *dict. libr. 2 quæst. 4. num. 9. & seqq.* ubi ejusdem auctores laudat Iacobum de Ravenna, Cynum & Nattam *in dict. Auth. quod sine. C. de testament. Vide D. Beseldum in thesauro pract. lit. H. num. 15 p 383.*

222 Porrò quamvis testamentum patris inter liberos, propriâ ejusdem manu conscriptum, quoad ipsos liberos in eo institutos, valeat: utcunque talis scriptura testibus destituta fuerit, quemadmodum pluribus ostendimus *suprà numer. 127. & seqq.* extraneis tamen personis in hujusmodi testamento imperfecto neque legatum, neque fideicommissum relinqui poterit: usque adeò, ut legatum, vel fideicommissum, extraneis personis in hoc genere testamenti adscriptum, ipso jure nullum fit, & liberis, tanquam heredibus testatoris accrescat. *l. ultim. C. famil. ercisc. l. hac consultissima. 21. § ex imperfecto* 1. *C de testament. ibique Gilkenius numer. 25. Iul. Clar. libr. 3. sent §. testamentum. quæst. 10. numer. 1. Fernand Vasq. in tract. de successionc creat. §. 14. numer. 818. Michael Graff. lib. 1. recept sent. §. testamentum. quæst. 14. numer. 1. Thadeus Piso lib. 1.*
223 *var resolut. cap 7. num. 33.* Dicitur autem hoc loco extranea persona, quæ non est ex numero liberorum testatoris, tametsi eidem sanguinis ratione sit conjuncta, *argum. dict. §. ex imperfecto. ibi, liberis alia sit extranea persona mixta, &c. Clar. dict loco. Dominicus Tuschus tom. 8 practicabil. conclusion. jur. conclus. 115. num 122. Andr. Schiffer. part. 3. quæstion. jur. practicabil quæst. 23. numer. 7.* Quam ob causam etiam frater, soror, imò pater vel mater testatoris, inter liberos testantis, pro extraneis personis accipiuntur : ut in testamento inter liberos, patris quidem manu exarato, testibus autem destituto, legatis honorari nequeant. *Vide D. Halbritterum & Heider. dict. disput. de testam. privil. th 14.*

224 Sed maximè ardua, & frequentissime agitata quæstio est : an uxor quoque patris, inter liberos testantis, extranea persona censenda sit, ut legatum, in hujusmodi testamento, patris quidem manu exarato, sed testibus carente, ei adscriptum nullius sit momenti ? Et sane gravissimi quidam Auctores concludunt : legatum vel fideicommissum, uxori relictum a patre inter liberos testante, firmum esse, etiamsi solâ patris scripturâ, nullis intervenientibus testibus, testamentum istud conditum fuerit; *Alberic. de Rosat. Paul. de Castr. Corneus. Angel. in dict. Auth. quod sine C. de testament. Salicet. in Auth. cassa. C. de sacros. Ecclesi. Barbat. consil. 28. Riminald. sen. consil. 329 numer. 19. vol. 2. Cujacius in exposit. Novell 107. & alii.* Verùm contrariam sententiam, ceu magis veram, magisque communem, omninò amplectandam, adeoque nec in consulendo, nec in judicando ab ea recedendum esse, evidentibus rationibus & fundamentis permoti, existimant, *Gloss. & Iacob de Belviso in dict. Novell. 107. de testament. imperfect. Bartol. in l. fideicommissa. 11. §. 1. ff. de legat. 3. Bald & Fulgos in Auth. quod sine. C. de testament. Alexand. Iason, Natta, & Franc. Curt. in d. l. hac consultissima. 21 §. ex imperfecto. C. de testament. Alexand. consil. 76. numer. 2 volum 3 & consil. 114. num. 3. vol. 7 Bursat. consil. 206. num. 11 Ruin consil. 1 numero 11. vol. 2 Raphael. Cuman. consil. 113. Ern. Cothm. vol. 1. consil. 21. num. 55. Ludovic. Zunth. resp. pro uxore num. 55. & alii, quos refert & sequitur Pantschman. d. lib. 2. q. 6 n. 39.*

Primò enim generalis est doctrina juris : quòd legata & fideicommissa, in testamento imperfecto & minùs solenni relicta, nullum vigorem habeant, sicque efficaciter ab herede exigi non possint, *l. si jure. 18. ff. de legat. 3 l. si nemo. 9 ff de testamentar. tutel l. si quis, testamento. 81. ff de legat. 2. l. eam, quam. 14 C. de fideicommissis.* Quinimò ne legatum quidem alimentorum, quantumvis pium & favorabile, in testamento minùs solenni adscriptum, valere potest, *argum. l. 1 C. dict. tit.* Sic legatum libertatis, quamvis summo favore dignum, nullius momenti videtur, si in testamento imperfecto & minùs solenni sit relictum. *l. si jure non subsistit. 11. C. de testamentaria manumiss.* Et quod magis est, ne summus quidem Princeps, etiamsi legibus solutus esse dicatur. *l. Princeps. 31 ff. de legibus*, ex testamento imperfecto quicquam capere potest, *l. ex imperfecto. 23. ff. de legat. 3. & l. ex imperfecto. 3. C. de testam.* 225

226

Deinde hanc sententiam reddit tutissimam textus rotundus & manifestus *in dict. Novell. 107. cap. 1.* Ibi enim postquam Iustinianus Imper dispofuerat de solennibus & requisitis ad validitatem testamenti paterni inter liberos : pergit ulterius, & quid circa legata & fideicommissa sit observandum, in hæc verba præscribit. *Si tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, & hæc propria scripta manu, dictaq; à testatoribus coram testibus. quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi scripserunt, & volunt valere, sint firma, &c.* Ex quo textu liquidissime constat præter scripturam parentis, si legata uxori, aut extraneæ personæ adscribantur, testes requiri. 227

Præterea huic sententiæ adminiculatur textus *in d. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. C. de testament.* ubi Impp. Theodosius & Valent. caverunt : quamvis testamentum imperfectum, in quo liberi à parente heredes sunt scripti, quoad ipsos liberos, vires sortiatur: secus tamen esse, quoad extraneos, qui in eode testam̃ 228

to sunt honorati. Et ne quis putet, uxorem testatoris
extraneis personis, quibus relinqui haud potest, an-
numerandam non esse; atque adeò legatum ei reli-
ctum subsistere: duplici ratione ex eodem textu pro-
batur, uxorem in numero extranearum personarum
esse. Primò enim Impp. in isto textu extraneas perso-
nas & liberos testatoris invicem opponunt, eâque op-
positione significant: omnes illos, qui non sunt de
liberis testatoris in hac materia extraneos reputari,
quibus in testamento imperfecto neque legatum,
neque fideicommissum relinqui possit. Deinde sub-
jiciunt Impp. hæc verba: *Si verò in hujusmodi vo-
luntate liberis alia sit extranea mixta persona, &c.*
Ponderanda hic est dictio *alia*: ex qua elicitur, om-
nem aliam personam, quæ non est de liberis testatoris,
& consequenter etiam uxorem ejusdem, pro extranea
persona habendam, ut ex imperfecto testamento, in
quo liberi instituti sunt, neque legato, neq; fideicom-
misso honorari possit.

229 Huic insuper sententiæ suffragatur textus *in l. fin.
C famil. ercisc.* ubi Constantinus Imp. expressis con-
stituit verbis: quanquam ultima voluntas patris in-
ter liberos testantis, sine ulla solennitate legum valeat
& custodiatur: si tamen in hujusmodi voluntate de-
signatis liberis alia sit mixta persona, eam volunta-
tem, quantum ad illam duntaxat personam permix-
tam, pro nulla haberi. Vbi animadvertendum est Im-
per. Constantinum simpliciter loqui, *si alia persona*
mixta fuerit, omittendo dictionem, *extranea*. Iam
verò si in testamento inter liberos minùs solenni-
ter à patre confecto, uxori testatoris legatum seu fi-
decommissum adscriptum est, ex eo aliam personam
liberis in eodem testamento immixtam cernimus.
Ergo hujusmodi legatum sive fideicommissum omni
valore destitutum erit.

230 Quibus sic fixis ac positis, non obstat textus *in l. in
testamento. 38. ff. de fideicommissar. libertatibus.* In
cujus facti specie pater in testamento imperfecto inter
liberos, alumnæ suæ libertatem & fideicommissa reli-
querat. Cùm autem à liberis post mortem patris a-
lumna manumissa esset, & in cōtroversiam vocaretur:
an libertas & fideicommissa alumnæ testatoris debe-
rentur? Interlocutus fuit Imperator, & pronuncia-
vit, alumnam rectè manumissam, & fideicommissa
præstanda: rationem addens, quod etsi nihil pater
ab intestato petiisset: pios tamen filios debuisse ma-
numittere eam, quam pater dilexit. Ex quo textu ta-
le extruitur argumentum. Quotiescunque testator
personæ multum dilectæ in testamento imperfecto
seu minùs solenni aliquid legat: tunc legatum istud
contra juris civilis vigorem singulari favore sustine-
tur. Atqui uxoris persona procul dubio marito testa-
231 tori conjunctissima est & dilectissima. Ergo legatum
uxori relictum in testamento inter liberos imperfecto
valebit, etiamsi tale testamentum solummodò scri
pturâ testatoris innitatur, atque omnibus testibus
destituatur. Majoris propositionis veritas clarescit ex
*dict. l. in testamento 38. ibiq; glossa. ff. de fideicommis-
sar. libertat. & notatis Matthesil. in suis singularib.
notab. 41 & Jas. n. in l. non dubium. 16. C. de testam.
num. 6.* Ad minorem, quod attinet: quanta sit inter
maritum & uxorem conjunctio, & inde resultans di-
lectio, vel ex definitione matrimonii manifestum ef-
ficitur. Est enim illud viri & mulieris conjunctio, in- 232
dividuam vitæ consuetudinem continens *§. 1. suprà
de patrim. potest. cau. 1. caus. 29 quæst. 1.* nec non divi-
ni & humani juris communicatio, *l. 1. ff. de ritu nu-
ptiar. l. advers. 4. C. de crimine expilatæ hered.* Atque
hinc sacræ literę testantur, tantum esse amorem mariti
in uxorem, ut propterea patrem & matrem sit relictu-
rus, & uxori suæ adhæsurus. Erunt quippe duo in car- 233
ne una, *Divus Paulus ad Ephes. cap. 5. v. 31. Genes.
cap. 2. v. 23 cap. debitum. 5. de bigamis cap. gaudemus
8. §. verùm absonum. de divortiis cap. Martinus 4. de
cognat. spirituali. cap. Agathosa 17. in fine. caus. 27.
quæst. 2.* Cùm igitur summa dilectio testatoris erga
legatarium hoc operetur, ut legatum in testamento
inter liberos imperfecto illi relictum valeat: conse-
quens est, si maritus inter liberos suos testamentum
imperfectum condiderit, & legatum seu fideicom-
missum in eodem testamento uxori suæ adscripserit,
legatum sustineri, propter summam dilectionem affe-
ctionemque mariti erga uxorem; tametsi testamen-
tum solâ patris scripturâ suffultum, nullisque testi-
bus corroboratum fuerit.

Hæc, *inquam*, omnia non obstant. Nam quantum 234
concernit textum *in d. l. in testament. 38. ff. l. de fidei-
commissar. libertatib* ad eum forsan non incommo-
dè (rejectis aliorum solutionibus, utpote nimis divi-
natoriis, quas refert Pantschmannus *d. lib. 2. quæst. 6.
num. 40. & seqq.*) responderi poterit: fideicommissa,
in specie istius legis alumnæ in testamento inter libe-
ros imperfecto relicta, non hanc solùm ob causam,
quòd dilecta persona à testatore honorata fuerit, su-
stineri (siquidem hoc non sufficere ad validitatem le-
gati, in testamento imperfecto relicti, constat *ex dict.
Novell. 107. cap. 1.* ubi ne uxori quidem testatoris le-
gatum, in tali testamento relictum, absque testibus
confirmatur) sed ideò potiùs, quòd in specie *illius le-
gis 38.* præter dilectionem testatoris erga suam alu-
mnam, plura intervenerint, ex quibus omnibus, con-
junctim consideratis, clarissima enixissimaque testato-
ris voluntas eliciebatur & apparebat, secundùm quàm
fideicommissa, à se alumnæ relicta, omnibus modis
præstanda esse desiderabat. Primò enim dilectissimæ
personæ, hoc est, alumnæ suæ libertatem reliquerat.
Quod argumentum est voluntatis enixissimæ: cùm 235
libertas res omnium preciosissima reputetur *l. liber-
tas 106. ff. de reg. jur. §. ult. vers. sed cum libertas. suprà
quib. ex caus. manumitt. non licèt.* Deinde ultrà liber-
tatis legatum, testator etiam pecuniario fideicommis-
so eam honoraverat. Ex quo iterum ardens amor te-
statoris erga eandem, & per consequens enixa legandi
voluntas colligitur. Accedit præterea, quòd non unū
tantū fideicōmissum, sed plura huic alumnę dederat:
idque scilicet ex verbo, *fideicommissa*, in textu posi-
to, quod pluralis est numeri: adeoque argumentum
enixæ voluntatis importat. Adhæc ex eo, quòd testa-
tor fideicommissa alumnæ suæ reliquit, perspicuum
fit, quòd personæ de se optimè meritæ, & sic pro re-

muneratione alituræ atque educationis, libertatem & legata sive fideicommissa contulerit. Quod & ipsum efficacissimum est enixissimæ voluntatis indicium. Denique ad demonstrandam enixissimam voluntatem non parùm confert: quòd legatum sive fideicommissum pauperi, atque adeò pro alimentis relictum fuerit. Idque inde perspicitur: quia alumna, quamdiu in servitute testatoris fuit, omnia, quæcunq; acquisivit, testatori, tanquam domino suo acquisivit: sicque per manumissionem, secundùm voluntatem testatoris factam, libertatem quidem fuit adepta: sed interim pauperem eam mansisse, & alimentis caruisse, certum est: quandoquidem tempore manumissionis nihil in bonis habuit: sed (*ut dictum*) omnia per eam acquisita, testatori, cui tanquam ancilla serviebat, acquisita fuerunt. §. *item vobis 3. suprà per quas person. cuiq. acquirit. l. acquiritur.* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Quare testator ei prospicere cupiens, ne alimentis destituta esset: non tantùm libertatem, sed etiam fideicommissa pecuniaria eidem relinquere voluit. Ex hac autem fami circumstantia rursus plusquam manifestè enixissima voluntas testatoris conjectura enitescit. Quapropter cùm non tantùm enixæ, sed enixissimæ quoque voluntatis testatoris in specie *dicta l. in testamento* 38. *ff. de fideicommissar. libertat.* indicia & argumenta concurrant: Imperator, hisce omnibus ponderatis, pronunciavit: fideicommissa alumnæ relicta, de quibus controvertebatur, quantumvis in testamento inter liberos imperfecto, quod solâ scripturâ testatoris nitebatur, & testibus destitutum erat, propter enixissimam voluntatem, tot tantisque indiciis & signis declaratam, præstanda esse. Quamvis itaq; concedatur: uxorem esse personam dilectam, imò dilectissimam; propterea quòd sit cum viro unum corpus, una caro & vitæ socia, &c. non tamen inde mox sequitur, ut quid eâ de causâ contra legum expressa capita sit statuendum.

236

237 Nec quicquam etiam nostræ decerpunt sententiæ, quæ de pietate, quâ liberi parentibus obstricti sunt, adferri solent & possunt. *Nam* pietas sola, etsi legis accedat auctoritas, non efficit, ut suis validè obligetur, *l. penult. §. illo. 2. C. de necessar. serv. heredib. instituend. Novell.* 1 *de heredib. & falcid. cap. 2. §. 2. vers. si verò expressim, &c.* Licèt enim liberi piè faciant, quòd voluntatem patris adimpleant, etiamsi legum solennitate destituatur: attamen si solennia à jure requisita desint: liberi ad præstationem relictorum cōpelli neutiquam possunt: cùm & Legislatores ad sic statuendū, maximis & gravissimis causis fuerint commoti; potissimùm verò, ut fraudes, quæ facilè committi queunt, evitentur. *l. ult. C. de fideicommiss.* in quibus removendis sedulam operam navarunt *l. comparationes* 20. *C. de fide instrumentor.* Cùm igitur

238 mater intuitu pietatis, legatum exigere velit: necesse est, ut auctoritate legis munita sit, ut in casu *l. nam etsi. parentibus* 15. *in princip. ff. de inoffic. testament. & simil.* Quinimò cùm *in prallegata Novell.* 107. *cap. 1. & aliis locis suprà adductis, num.* 227. *& seqq.* de testamento imperfecto in specie contrarium sit sancitum, ut nimirum testium numerus hoc casu requiratur: frustrà hic de pietatis objectu quis laboraverit. Idq; pleniùs & enucleatiùs persequitur Pantschmannus *d. lib. 2 quæst. 6. num. 70. & subseqq.* Quid autem, si uxori tantùm dos, & reliqua ad uxorem spectantia sint relicta? Hoc valere, verius putatur. Nihil enim novi hic uxori datum, aut relictum deprehenditur: sed declaratur duntaxat, quomodo & qualiter ista uxori aut solvi, aut restitui debeant, *uti tradiderunt Fulgos. cons.* 148 *in fin. Ioh. Cæssen. observ.* 112. *num.* 20. *Marant. cons.* 67. *num.* 7. *Matth. Stephan. in explicat. Novellar. Novell.* 107. *num.* 24 *hosq. referens Dn. Besold. & Ioh. Phil. Eckher in disput. de testamentis privilegiatis parent inter liber. th.* 30. Cæterum an & quatenus testamentum inter conjuges reciprocum seu mutuum (quo sibi invicem vel universa bona, vel partem aliquam, jure proprietario relinquunt) valeat, & num alteratio mortuo, superstes conjunx illud mutare queat. *post alios.* declarat Auctor consilii Argentinensi. 60. 71. 75 80. *&* 85 *volum.* 1. Bernhard. Giæv. *libr. 2. conclus.* 117. *num.* 8. Petr. Peckh. *de testament. conjug. lib. 1. cap.* 27. *in fin. & cap.* 43. *num.* 2. Molin. *de just. & jur. tract.* 2. *disput.* 152. Petr. Solaz. *tract. de consuetud. cap.* 4. *num.* 27. *fol.* 142. Alv. Valasceus *cons.* 7. *tom.* 1. hosque referens Dn. Collega Besold. *part.* 6. *cons.* 288. *nu.* 10. *in fine fol.* 211.

Quia porrò *suprà num.* 116 *cum seqq.* demonstratum est; testamentum inter liberos nuncupativum, coràm duobus saltem testibus factum, nullâ etiam scripturâ interveniente, valere: non immeritò dubitatur, utrùm etiam mulier in tali testamento testis esse possit? Et posse, sequentes rationes perspicuè evincunt. I. Quia ratio, quare mulier in testamento testis adhiberi non potuerit, præcipua hæc fuit: quòd veteres fœminas, servos, & peregrinos non solebant admittere ad actus juris civilis solennes, ut docet Viglius *in §. testes. 6. num. 3. infrà hoc tit. ubi & nos latius num.* 3. Atqui in testamenti inter libros pleræque solennitates juris civilis, paucissimis exceptis, sublatæ sunt: adeo, ut in testamento nuncupativo inter liberos nulla solennitas requiratur ampliùs: sed sufficiat, testatorem voluntatem suam coram duobus testibus, etiam specialiter non rogatis, exponere. *l. si. lij.* 16. *C. familia ercisc. & post alios, à se citatos, testatur* Hartmann. Pistoris *lib. 1. quæst. 1. num. 1 & 2 & copiosius probatum suprà dict. num.* 116. Cessante itaque causa prohibitionis, propter quàm mulier à testimonio testamentario repellebatur, cessat etiam ipsa prohibitio. *cap. cùm cessante. 60. ext. de appellationib.* II. Quia cùm mulier in omnibus aliis causis regulariter testimonium perhibere queat; usque adeò, ut (*secundum veriorem sententiam*) ne in criminalibus quidem à testimonio rejiciatur, *l. ex eo 18. ff. de testib. l. 2. ff. de accusationib. l. in quæstionib. 8. ff. ad l. Iul. majest. Gomez. var. resolution. tom 3. cap.* 13. *de delictu rubric. de probationib. delictor. num.* 13. *Roland. à Valle cons.* 24. *num.* 3 *lib.* 1. *Bursat. cons.* 346. *nu.* 13. *lib.* 4 *Vivius in thesaur. commun. opinion. in verb. testis idonea potest esse mulier, &c. Mascard. de probationib. volum. 2. conclus.* 762. *num.* 11. *Grammatic. cons.* 12. *num.* 17. *Horat. Latius inter cons. criminal. diversor. lib.* 1.

239

240

241

lib.1.cons.161. & alii ferè infiniti, quos refert. & sequi-
tur Prosper Farinac. in tractat. de testibus. libr.2. tit.6.
quæst.59. num.17. absurdum sanè videretur, mulie-
rem a testimonio dicendo arcerieo in testamento, in
quo solennitates juris civilis non desiderantur, seu
quod extra actum minùs solennem conficitur, quale
testamentum est inter liberos. III. Quia in l. fin C.
famil. ercisc apertè constitutum est: ultimam volun-
tatem patris inter liberos custodiendam esse, si quovis
242 modo de ea constare possit. Atqui non tantùm ex vi
rorum, sed etiam mulierum testimonio, quibus te-
stator voluntatem suam inter liberos oretenus expo-
suit, constare potest de testatoris voluntate, cùm in
ore duorum vel trium omne stet verbum, teste sacrâ
scripturâ. Deuter 19. v.15. Matth.18. v.17 & locis si-
243 milibus, citatis & declaratis suprà num.22. IV. Quia
mulier in codicillis testis esse potest argum. l.1. §.1. ff.
de testibus Gloss. Bartol. & alij in l. qui testament.20.
§. mulier. ff. qui testam. fac. poss. Speculat. in tit. de teste.
§.1. num.83. vers. quid de codicillis & ibi Ioan. Andrea
lit K & in addit. seq. Iason. in l. fin num.17. C. de codi-
cill. Farinac. d. lib.2. de testib. tit.6. quæst 59. num.64.
ubi quàm plurimos auctores allegat. Idque fusiùs ex-
planavimus in d §. testes.6. num.4 & multis seqq. in-
frà hoc tit. Ex quo consequitur: mulierem etiam
in testamento nuncupativo inter liberos idoneam esse
testem. Ratio consequentiæ facilis est: quia codicil-
lus plura desiderat ad sui perfectionem, quàm testa-
mentum nuncupativum inter liberos. l. fin §. fin. C. de
244 codicill. juncta d. l. fin. C. famil ercifcund. V. Quia mu-
lierem & in testamento militis; quod magnam cum
testamento inter liberos cognationem habet, & in
plerisque cum eodem convenit, in testem recipi posse,
affirmant Aretinus in d. § tes[...].6. num.1. vers. vel
idem in testamento militis. & ad Aretin. Anton. Cajus
in addit. lit. A. vers. amplio istam conclusionem. &c.
Ripa in tractat de peste in rubric. de privileg. ult. vo-
lunt. num.24. Campeg. de testib. reg 124. in fallent.3 Io-
seph. Ludovic. conclus.69. in 1 fallent. Michael. Graff. in
suis communib. opinion, libr.3. cap 17. quæst.8. Duen.
reg.314. in 1. limitat. Mascard. de probat. volum 2 con-
clus.763. num.12. eosque referens Farinac. d. lib 2. de
245 testib. tit, 6. quæst 59. num.71. VI. Quia mulier in te-
stamento ad pias causas, cui cum testamento inter li-
beros in plerisque convenit, testis esse potest. Ita tra
dunt Baldus in l 1. nu.9. C. de sacrosanct. Eccles. Marc,
Anton. Baver. in d. §. testes 6. num.11 & seq. infr. hoc
tit. ubiq; Viglius num.3. Iul. Clarus lib.3. sentent. §. te-
stamentum. quæst 6 num 4. Didacus Covarruv in
cap. relatum.11. num.5. de testament. Villalobos in the-
saur, commun. opin in verb mulier. num.144. Decius
in l fœmina 2. nu 27 ff. de reg jur. Mantic. de conjectur.
ult. volunt. tit 3. num.5. Farinac. d. lib.2. de testib. tit.6.
quæst.59. nu.70. Emanuel Soarez in thesaur receptar.
sent. verb. mulieres nu.260. Mascard. vol 2. de probat.
conclus.763. nu.10. Tiraquell in tract. de privileg. pia
caus. privileg.5. & leg.9. connubial. num 57. & seq.
Gilken. in l.1. num.13. C de sacrosanct Eccles. aliiq; ab
246 istis relati. VII. Quia generaliter & communiter
Doctores concludunt; in testamento inter liberos
fœminarum quoque testimonium admittendum es-
se: Accurs. & alij in Authent. quod sine. C. de testa-
ment. Paul de Castro cons 327. volum 1. Corneus cons.
215. lib.2. & cons 261 lib.3. Decius in d. l.2. num.29. ff.
de reg. jur. Clarus d. §. testamentum. quæst.8 num.4.
Campeg. de testam. reg.124. in 1. fallent. Lanfranc. de
testib. num.80. & ibi in addit. lit. H. Crotus de testib.
part.1. num 7. Tiraquell. d. l 9 connubial. num.59.
Natta in l hac consultissima 21. § ex imperf. num 166.
C de testam. Vivius in commun. opin. verb. testis mu-
lier esse non potest. nu 6. Graff[...] success. ex testam. vel
ab intestat. §. testamentu[...] quæst.11 nu. Franc. Zunt.
in cons. pro uxor. nu 63. & seq junctonu.497. & seqq.
Ioseph. Ludovic. d. conclus.69. in 2 fallent. Mascard. d.
vol.2. de probationib. conclus 763. nu 8. hosq; cum mul-
tis aliis allegans Farinac. d lib 2. de testib. tit.6. quæst.
59. nu.68. Idque procedere nonnulli autumant: et- 247
iamsi non unus saltem testium, sed uterque fœmina
esset, Bald. in d. Auth quod sine. nu.2. C. de testam. Co-
varruv. in d. cap relatum.11. nu.5. ext. eod. Hartman.
Pistoris d. quæst.1 nu 3. Vasqu d tract. de success creat.
part.1. lib.3. §.21. nu.58. hosq; laudans Thad. Piso lib.1.
var. resolut. cap.7. nu 5.

Bella & hæc quæstio est: utrùm ad testamentum 248
patris inter liberos, vel etiam ad quodvis testamen-
tum, quod secundùm juris communis disciplinam in-
ter extraneos nocturno tempore conficitur, lumina-
ria accensa necessario requirantur? Et sanè plerique ge-
neraliter existimant: nullum testamentum noctur-
no tempore conditum valere, nisi tribus ad minimũ
accensis & adhibitis luminaribus in eo conclavi, in
quo testator ultimam suam voluntatem conficit, Ia-
son. cons.50. lib.3. Ioan Dilect. de art. testand. tit.2. de
testam. ordinand. caut.8. nu.3. Petr Ioan Anchor. in
quæst famil. lib.2. quæst.11. num.4 & seqq. Simon. de
Pret. de interpretat. ult. volunt. lib.2. interpret.2. lib.1.
fol.3 num.9 fol.126. Riminald junior. cons.269.
num.16. cum multis seqq eosq; memorans Ioan. Vin-
centius Hondedeus consultat.47. num.6. & seqq. vo-
lum.2. part.4. Quibus subscribunt Decius cons.354.
num.1. Tiber. Decianus cons.61. num.20. hosq; lau-
dans Dominic. Cardinal. Tuschus tom.8. practic. con-
clus. jur. conclus.112. num.9 & seq. Sed isthæc opinio
licet in praxi recepta videatur: inspectâ tamen veri-
tate theoricâ, rectiùs concluditur: testamentum no-
ctu factum, absque luminibus adhibitis, ipso jure sub-
sistere. Primò enim nullâ lege cautum reperitur, te-
stamentum nocte sine lumine adhibito conditum
nullius momenti esse. Quicquid autem lege cautum 249
non reperitur, id affirmari minimè debet. l prævari-
cationis.3. § ult. ibi, quia neq; lege aliqua de hac re
cautum est. ff. de prævaricat. l. illam.19. vers. supersti-
tis quidem &c. C. de collationib Novell.18. cap.5. De- 250
inde communis Doctorum est theoria: quod non de-
beamus aut cogamus plures solennitates ad actum ali-
quem celebrandum exigere, quàm legibus sunt in-
troductæ, vel leges præscribunt. l. ita autem.5. in prin-
cip. ff. de administrat & peric. tutor. l. si servum.71. §.
non dixit.5. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Novell.2.
cap.3. § optimum ibi, nec qualibet est lex aliquid tale
dicens,

dicens,&c. Sed & plurimùm urget: quòd tametsi io-
tegri tituli jure nostro ad solennitatem testamentorum
ioculkandam ex professo sunt concepti & proditi, qui-
bus juris conditores requisita & solennitates testa-
m entorum multis vigiliis & solicitudine congesse-
runt. *tot. tit. ff. qui testament. fac. possess. tot. tit. C. de te
stamentis. & hoc tit Institut. de testament. ordinand.*
nullibi tamen meminêre, vel ii adidére, quòd ad testa-
mentum nocturnum ritè conficiendum lumina ne-
cessariò desiderentur. Quod utique argumentum
haud vulgare est; ta[illegible]testamentum propter lumen
non accensum, nullum pa[illegible]fectum, sed ipso jure va
lere. Alioquin enim Impp. & Iureconsulti si judicas-
sent, ad testamentum nocturnum lumina necessaria
esse: hanc solennitatem neutiquam omissuri fuissent,
iis cumprimis in locis, ubi ex professo de testamento
conficiendo tractatur, veluti *in l. à qua ætate 5. circa
fin. & l. ad testium. 22 §. penult. ff. qui testam. fac. pos-
ses.* ubi Vlpianus docet. nocturno quoque tempore
251 testamentum condi & signari posse: neque tamen
ullo significat verbo, ad hoc testamentum lumina ac
censa desiderari. Quod igitur à Iuriconsultis & Impp.
tot in locis omissum est, pro neglecto haberi debet,
*arg. l. commodissimè. 10. ff. de liber. & posthum here-
dib. institut. & l. unic. §. ubi autem. 11. in fine, C. de ca-
duc. tollend.*

Non obstat huic sententiæ *l. 1 §. de inspiciendo. 10.*
252 *vers tria lumina ff de inspiciendo ventre, &c.* Vbi
Vlpianus edictum prætoris recenset, & inter cætera
hæc verba refert: *Tria lumina, ut minus, ibi sint: sci-
licet quia tenebræ adsubjiciendum aptiores sunt.* Ex
quibus verbis Doctores inferunt: quemadmodum
tria luminaria in conclavi, in quo mulier. quæ se præ-
gnantem dicit, custoditur, accensa esse oportet: ne
falsus partus in præjudicium agnatorum supponatur:
ita etiam testamento nocte conficiendo tria luminaria
in conclavi, in quo ultimum conditur elogium, ac-
censa adhibenda esse: cùm in testamento tractetur de
summo præjudicio sive periculo & perinde fraus fal
sitasque, ac in actu custodiendi ventris, timeatur. *l fin.
ibi. lex etenim, ne quid falsitatis incurrat. C de fidei-
commiss. l. jubemus 29. C. de testamentis.* Lex, *in-
quam*, illa non obstat. Quatenus enim constituit, tria
ad minus lumina ad custodiendũ mulieris ventrem,
quæ post mortem mariti, ex eo prægnantem se dicit.
requiri: ad testamentorum solennitates nihil perti-
net, neque cum iis quidquam commune habet. Istâ
itaque consequentiâ inferri non potest: ad minus tria
lumina requiruntur ad custodiendum ventrem: er-
go etiam ad testamentum nocte conficiendum lumi-
na ad minus tria sunt necessaria. A diversis namque
253 & separatis illatio non procedit. *l. ult. ff. de calumnia-
toribus.* præsertim cùm ratio diversitatis facilè sese o-
stendat Custodia siquidem ventris. quia non unâ vel
alterâ tantùm horâ, sed usque ad tempus parturiendi,
atque adeò longo intervallo, multisque noctibus du-
rare potest; ideirco periculo suppositionis falsi par-
tûs magis obnoxia est: cùm interim actus testandi
brevissimo ut plurimùm temporis spacio perficiatur.
& propter hanc temporis brevitatem in testamento
non ita facilè falsum immisceri queat. Adde, quòd
periculo falsitatis, quod in testamentis metuitur, Le-
gislatores multis aliis in locis magnâ diligentiâ & cau-
tione occurrerunt: ut proinde necessarium non fuerit.
quòd *in d. l 1. §. de inspiciendo 10 vers tria lumina ff.
de inspiciendo ventre, &c.* ad evitandam falsi partus
suppositionem specialiter constitutum est, ad testa-
mentorum confectionem extendere. *l. quod verò. 14.
& seqq. ff. de legib. &c.*

Hactenus ostensum est; iure singulari testamenta 254
parentum inter liberos valere, etiamsi legitimis so-
lennitatibus, formaque juris communis careant. Sed
pulcherrima quæstio est; si testamentum patris inter
liberos non tantum ratione solennitatis & formæ,
sed etiam ratione voluntatis imperfectum fuerit, u-
trum tale testamentum subsistat? Dicimus autem te- 255
stamentum ratione voluntatis imprimis imperfectũ,
quando testator illud pro completo & absoluto non-
dum habuit: veluti si parens, cùm in unius filii perso-
na constituisset, quòd vellet, ad idem in aliis facere co-
naretur, morte oppressus, vel interceptâ loquelâ vo-
luntatem suam absolvere non potuerit. De hujusmo-
di igitur testamentis, ratione voluntatis imperfectis,
generaliter hæc regula tenenda est: ea ne quidem in-
ter liberos in iis institutos alicujus momenti esse.
Tum quia ambulatoria est hominis voluntas usque 256
ad extremum vitæ exitũ: *l. quid si iterum. 4. ff. de adi-
mend vel transfer. legat. l. cùm hic status. 32. §. 3. ff. de
donat int. vir. & uxor. l. 1. C. de sacrosanct Eccles.*
Tum quia experientia testatur, eos, qui testamenta
conficiunt, in ipso confectionis actu quippiam muta-
re, addere, revocare, vel declarare solere. *argum. l. si
quis. 22. in princip. ff. de legat 3. & l. omnium. 19. C. de
testament.* Meritò erg[illegible]a voluntas negligitur, quam
testator non perfecit, vel pro perfecta nondum ha-
buit Hancque sententiam dilucidè confirmat textus
in l. si is, qui. 25 ff. qui testament. fac. possess. ubi Iavole-
nus in hæc verba eleganter respondit: *Si is, qui testa-
mentum faceret, heredibus primis nuncupatis, prius
quàm secundos exprimeret heredes, obmutuisset: ma-
gis cœpisse eum testamentum facere, quàm fecisse, Va-
rus Digestorum libro primo Servium respondisse scri-
psit. Itaque primos heredes ex eo testamento non fu-
turos. Labeo tum hoc verum esse existimat, si con-
staret, voluisse plures eum, qui testamentum fecis-
set, heredes pronunciare. Ego nec Servium puto a-
liud sensisse.*

Nec adversatur textus *in prædict. l. fin. C. famil. er-* 257
cisc. ubi disertis traditur verbis: testamentum patris
inter liberos, etiam non impletum sive perfectum va-
lere. *Nam* prompta responsio est: quòd ibi testamen-
tum ratione quidem solennitatis & formæ, non au-
tem ratione voluntatis, imperfectum & minùs com-
pletum fuerit: sicuti etiam sentit Dn. Collega Boce-
rus *infrà ad tit 11. de milit. testam. num. 41. & seqq.
pag. 305. item num. 55. pag. 307.* Verùm an & quatenus
testamentum inter liberos, imperfectum ratione vo-
luntatis, sustineatur, *post plures alios, à se citatos*, latis-
simè explicant *Iulius Clarus lib. 3. sentent. §. testamen-
tum. quæst. 4. (ubi & ego in annotationib. meis) Fer-
nand.*

nand. Vasq. in tract. de successión. creat. §. 21. num. 67. & de successión. progress. §. 30. num. 44. Boerius decis. 240. Vivius commun. opinion. lib. 1. opin. 339. Gailius lib. 2. observ. 112. Mynsinger. cent. 5. observ. 28. Grassus lib. 1 recept. sent. §. testamentum. quest. 12. Fachin. l. 4. controvers. jur. cap. 4. Thad. Piso lib. 1. var. resol. cap. 7. num. 36. cum seq. Gilken. in l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. num. 27. C. de testament. Dominic. Cardinal. Tuschus. tom. 8. practicabil. conclus. jur. conclus. 115. num. 8.

258 Incidit jucunda hic, & in usu practico apprimè utilis quæstio: num testamentum imperfectum patris inter liberos valeat, in quo unus vel alter ex liberis est præteritus? Et (utut contrarium tenent Accursius & Iason *num. 16.* aliique per hunc relati *in Auth. novissima. C. de inoffic. testam.*) verius est, in testamento paterno minùs solenni sive imperfecto omnes liberos instituendos esse, neque ullum ex iis citra vitium nullitatis præteriri posse. Primùm enim à quovis, qui testamentum, sive secundùm juris communis formam & observationem, sive privilegiatum & imperfectum inter liberos facturus est: generaliter exigitur: ut liberos, quos in potestate habet, heredes instituat, vel nominatim exheredet: alioqui si eòs silentio præterierit, inutiliter testabitur, *per princip. tit. infrà de exheredat. liberor. l. 1. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. l. inter cætera. 30. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l.*

259 *ult. in fine. C. de liber. præterit.* Secundò huc facit textus *in Novell. 115. cap 3.* ubi licèt perspicuè de testamento paterno inter liberos tractetur? nihilominùs tamen patri necessitas omnes suos liberos instituendi, vel justâ de causâ nominatim exheredandi, injungitur. Tertiò *in Novell. 107. cap. 1.* similiter agitur de testamento patris inter liberos, & tamen exigitur, ut liberi omnes in tali testamento heredes scribantur, *per textum ibi, ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, &c.*

260 Quartò, quòd testamentum imperfectum patris inter liberos valet, id in favorem ipsorum liberorum, inter quos parens testatur, contra juris communis regulas introductum est. Non debet igitur favor ille in odium liberorum retorqueri. *l. nulla. 25. ff. de legibus. l. quod favore. 6. C eodem. l. generaliter. 5. §. in his autem. 1. in fin. C. de secund. nupt. l. 1. § accedit. 13. vers. ne quod pro mulierib. C. de rei uxor. act.* Quintò, quamvis Impp. *in d. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testament l. filij. 16. & l. fin. C. famil. ercisund.* solennitates juris communis parentibus, inter liberos testantibus, remiserint: hæc tamen relaxatio de illis tantùm solennitatibus exaudienda est, quæ sine injuria alterius omitti possunt: quales sunt, septenarius numerus testium, eorundem rogatus, subscriptio subsignatio, & similes. Omnia enim principis & legum beneficia, salvo jure tertii, & sine aliorum injuria accipienda sunt. *l. 2. §. meritò. 10 ff. ne quid in loco*

261 *publico, &c.* Iam verò parens, qui liberos suos in testamento non instituit, sed præterit, injuriam iis haud vulgarem infert. *dict. Novell. 115. cap. 3.* Ergo necessitas instituendi liberos, parentibus testantibus per præcedentes juris civilis constitutiones nequaquam remissa intelligitur. Sextò si pater inter liberos suos extra ordinem & privilegiato modo testamentum condens, præterire eos posset: nihil facilius esset patri, quàm juris præceptum, quo institutio liberorum parentibus injungitur, elusorium reddere, faciendo videlicet testamentum à juris solennitatibus remotum ac privilegiatum, in quo unum vel alterum ex liberis contra juris dispositionem præteriret. Atqui in- 262
terpretatio, qua dispositio legum elusoria additur, omnibus modis fugienda est: & nemo præcavere potest, quò minùs leges in suo testamento locum obtineant. *l. nemo. 55. ff. de legat. 1. l. jus publicum. 38. ff. de pact. l. non dubium. 5. C. de legibus.* Septimò & ultimò hanc sententiam, tanquam receptissimam & æquissimam *post innumeros fermè ab ipsis citatos,* tenent *Iulius Clarus dict. § testamentum. quæst. 8 num. 6. & 7. Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 1 num. 13. Gilken. in d. l. hac consultissima. 21 §. ex imperfecto. num. ult. C. de testament. Grassus lib. 1. recept. sentent. §. testamentum. quæst. 11. num 9. Mantica lib. 6. de conject. ult. volunt. tit. 2. Vasqu. in tract. de success. creat. lib. 2. §. 20. part. 4. num. 228. Thad. Piso libr. 1. var. resolut. cap. 7. num. 39. Ioan. Dauthus in tract. de testament. tit. de institutionib. hered. num. 345. & seq. idemq; in d. l. 21. § ex imperfecto. C. de testament. num. 19. & seq. Covarruv. in cap. Rainutius 10. §. 1. num. 2 cum seq. ext. de testam. D. Halbritter. & Heider. d. disput. de testam. privileg. th. 13. Fachin. lib. 4. controvers. jur. cap. 24. Enenkel d. tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 13. cap. 2. nu. 14. & D. Becar. infr. ad tit. 11. de milit. testam. nu. 39 & seq. pag. 305.*

Non obstat huic sententiæ *d. cap. Rainut. 16. de testament.* ubi valet testamentum inter liberos, quamvis titulo legati, & non institutionis, uni ex filiis aliquid relictum fuisset. *Nam* in eo Pontifex tantùm narrat tenorem testamenti, in quo filio aliquid relictum fuit: sed quo titulo relictum fuerit, & quo modo, non explicat. Quamobrem intelligi debet, relictum fuisse eo modo, quo relinqui oportuit, nimirum honorabili institutionis titulo. *Covarruv. dict. §. 1. num. 7.* 263

Nihil quoque obstat, quòd si pater adjiceret ad titulum legati clausulam generalem, *omni meliori modo & formâ, &c.* propter istam generalitatem valeret testamentum, perinde, ac si reliquisset titulo institutionis, *ut docet Baldus in l. quoties. 13. C. de heredib. instit. & Marsil. singul. 36.* In testamento autem inter liberos semper tacitè intelligitur illa clausula, ut actus valeat omni meliore modo, quo potest. *per notata Glossa in l. coheredi. 41. §. Quod si. 3. in verb. non valuit. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Nihil, inquam, illud obstat. Quia etiamsi admittatur, clausulam codicillarem in tali testamento tacitè intelligi, etsi non exprimatur, eo tamen hactenus intelligitur, dum utilis sit liberis, non dum in damnum eorum cedat. Et quidquid valeat illa clausula codicillaris: non usque eò valebit tamen, ut jus certum atque expressum evertat. Quin si utramque constitutionem Novellam (*nimirum 107. cap. 1. & 115. cap. 3.* in quibus hac de re agitur) quispiam diligenter inspiciat, nihil illas Novellas pugnare aut abrogare sibi invicem videbit. 264

Nam ut expressè titulum institutionis in testamento requirit, & omnem alium titulum repudiat *d.Novell. 115.cap.3.* sic & *d.Novell.107.cap.1.* primùm tempus subscriptione patris declarari; deinde filiorum nomina propriâ manu; adhaec uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significari, sed per totas literas exprimi vult: & ita non omnem solennitatem à tali testamento abesse posse ostendit. Imò istis verbis, si benè expendantur, institutionis titulum non minùs, quàm illic, requirit, ut rectè animadvertit Illustris Enenkel *dict privileg.15.cap.2.num.15.pag.890 circa finem. Huc q; revocari & repeti poterunt, quæ exposita sunt in §. ult. infrà de inoffic. testament. num. 10 & seqq.*

265 Occurrit & alia hîc, eaque variè ventilata, quæstio: an pater jure singulari testando, liberos suos ex disparibus partibus heredes scribere possit? Circa hujus quæstionis resolutionem tres diversæ Doctorum opiniones sese offerunt. Sunt enim, qui adstruunt, non aliter patrem inter liberos, prætermissis solennitatibus, testari posse, quàm si æqualitatem inter liberos servet. *Decius cons.105.incip. & protenui.num 6. Romanus cons.179. incip.amplectissime Doctor.num.16.& cons.385. in casu præmisso. num.5. Barbatus cons.32. scribitur præclarè.num.6.volum.1. Tiraquell.de jure primogenitorum quæst.4 nu.4.& alij, ab iis allegati.* Rursus non desunt, qui existimant, testamentum paternum inter liberos subsistere, si pater non magnam & injuriosam, sed parvam sive modicam inæqualitatem inter liberos observaverit. *Curtius Iunior & Iason in d.l.hac consultissima 21. §.ex imperfecto.num.2.C. de testament. Molin.in additionib. ad Alexand. cons 268.volum.5 Speculat.in tit.de instrumentor. edit. §. compendiosè nu.19. Covarruv.in cap. Rainut.16.§.1. num.3.ext.de testament. Aut.Gabriel.conclus.6,nu.5. Clarus d.lib.3 sentent.§.testamentum.quæst.14 nu.8. in fin. Meyrer.in tract.de testament.ar.successionib. li.1. tit.14.num.10.& 23. cum seqq. ubi plures citat.* Denique plures affirmant; parentem jure singulari testando, liberos suos ex disparibus portionibus heredes instituere posse, sive disparitas illa & inæqualitas parva fuerit, sive magna. *Baldus in l.filii.16.num.3.C. famil.ercisc. Salicet.ibid.num.4. Paul.de Castro, Cornæus & Riminald, dict.l.21.§.ex imperfecto. C. de testament. Alexander cons.146 viso themate. num 15. volum.2. Boerius decis.240.num.10. Gulielm.Benedict.in d.cap.Rainut.in verb.testamentum. 1.num.72. ext.de testament. Natta cons.622.non ambigitur. volum.3. Vasqu.de success.creation lib.3.§.21.num.67.* ubi hanc opinionem, tanquam communem, tenendam esse asserit. Eam quoque sequuntur *Andr.Gailius lib.2.observ.112.num.23.Francisc.Mantic de conject.ult.volunt lib.6.tit 2.num.12. Michael.Graß. in §.testamentum.quæst.11.num.8. Hartman.Pistoris d.quæst.1.num.21. Fachin.lib.4.contrevers.jur.cap 2. D.Collega Becer.class.3.disput.2.thes 72.edit,2. & infrà ad tit.11.de milit.testament.num 32,cum seqq & Gilken.in d.l.hac consultissima.21. §. ex imperfecto. num.23.& 24. C. de testament. Reusner. in tract. de testament. parte 4. cap.5. num.3.& seqq.* Atque secundùm eandem consuluisse Collegium Facultatis Iuridicæ Tubingens. probè adhuc memini. 23 Ianuar. Anno 1613. Eandemque confirmasse videtur jus renovatum Wurtemberg, *lib.5.tit.5.pag.342 §.* **Es sol aber/rc.** *in fine. & pag.343.§.* **Sonsten stehet/rc.** *item §.* **wie sie auch diesen effect.** *&c. pag.344. & sequent.*

Probatur autem hæc sententia primò *per textum in d.l hac consultissima.21.§ ex imperfecto,1. C.de testament.* ubi generaliter dicitur: ex imperfecto testamento voluntatem inter liberos valere: nec distinguitur, utrùm æqualiter, vel inæqualiter heredes instituti fuerint. Ergo neque nos distinguere debemus. *l.3. in fin.ff.de offic.præsid.l.1.§.4.ff.de offic. præfecti urbi l. de precio.8.ff.de Public.in rem act.* Secundò comprobatur argumento *l filij.16.& l.fin. C famil.ercisc.* ubi rescribitur, servato senatusconsulti auxilio, defuncti voluntatem inter liberos custodiendam esse. Si locus senatusconsulti, scilicet Trebelliani, auxilio esse debet: utique fieri potest, ut alter filiorum onere fideicommissi prægravetur, ac proinde quartam hereditatis ex Trebelliano deducere possit, ex quo maximâ oriri inæqualitatem posse, nemo non videt. Tertiò sustinetur per text *in d.l.parentib.C.de inoffic.testament. l. filia.20.§ si pater.3.l.quæ pater.32.& l.ex parte.39. ff. famil.ercisc.l.quoties.10.& l si cogitatione.21. C. eod. l.cùm pater.77. §. evictu.8. ff de legat.2.* in quibus legibus parenti permissa est illibata divisio, modò filios legitimâ à portione non defraudet. Quartò accedit textus *in Novell. 107.cap 1.* ubi Iustinianus jubet parentes unciarum designationem facere, sicque cuique liberorum suam portionem assignare. Quod sanè absurdum judicari posset, si æqualiter instituendi essent. Vltimò hanc decisionem confirmat, quòd alioquin hæc investigatio (an parentis testamentum imperfectum inter liberos servandum sit) nullam afferret utilitatem. Nam si liberi æqualiter sunt instituendi, nil referre videtur, utrum servandum sit, nec ne testamentum. Si enim servandum sit, æqualiter succedent defuncto parenti: si verò non sit servandum, similiter ab intestato æquis portionibus vocantur. *Fachin. d.li.4.c.2.vers.ego sanè in priorem, &c.* 266 267 268 269

Nec quicquam obstat *d.l.fin.in princ. ibi, pares videntur esse.C.famil.ercisc.* ex qua nonnulli colligunt, parem sive æqualem inter filios hereditatis divisionem debere esse. *Nam* illa legis verba (*pares videntur esse*) non de paritate seu æqualitate portionum, sed potiùs de pari succedendi jure accipienda sunt. Quasi dicat Imp.Constantinus: inter omnes heredes suos, hoc est, liberos, qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares esse videntur; id est, pares in succedendo, veluti filius & nepos ex filio præmortuo (Hi quippe pares sunt in succedendo, licèt non sint in eodem gradu) inter omnes, inquam, nos, qui pariter succedunt ab intestato, patris ultima voluntas custodienda erit, etiamsi solenni testamento non contineatur. *Et ita rectè glossa ibi, super verbo, pares, textum interpretatur.* Alias etenim, fide æqualitate portionum intelligeretur, sibimetipsi adversaretur: eò quòd deinceps senatusconsulti Trebelliani auxilium considerat. 270

Sic

271 Sic non refragatur, quòd inter liberos æqualitas sit servanda, quæ amicitiam paret, dispatias vero concordiam & simultates, *arg l inter filios 11. C. famil. ercisc. authent. in successione. C. de suis & legitimis liberis. Novell. 22. cap. 48. vers. hanc itaque partem. &c. l. cùm oportet. 6. §. non autem. in fine. C. de bon. quæ liberis, &c. & l. maximum vitium. 4 C. de liber. præterit.* Ista namque & similia jura procedunt, si non sit expressa voluntas patris testantis in contrarium. Siquidem in dubio duntaxat lex vult servari æqualitatem inter liberos. *l. ut liberis 17. ibiq. Bald num. 1 C. de collationib.* Et jam suprà *num. 268.* ostensum est; licere parentibus plus uni filiorum, quàm alteri relinquere, si modò legitimam cuique portionem relinquant. *d. l. parentib. 8. ubi Iason. C. de inoffic. testament. & juribus concordantib. præallegatis.* Deque quæstione istâ plura novè cumulavit Dominic. Card. Tuschus *tom. 8. practicar. conclus. jur. conclus. 115. num. 90. & multis seqq.* itemque D. Besoldus & Eckhard. *in disput. de testamentis privilegiatis parentum, &c. th. 76. cum sequente.*

272 Inseri hic poterit haud ineptè & illa quæstio: ecquid testamentum patris inter liberos, characteribus, signis, notis, siglis, & cyphris scriptum valeat? Et quamvis sint nonnulli, qui arbitrentur, testamentum patris inter liberos validum esse, etiamsi characteribus, notis seu ciphris scriptum sit, dummodo notæ istæ sive signa testamento inserta, non sint obscura vel inconsueta, sed optimè cognosci possint, *Baldus & Sichard num. 4. in Authent. quod sine. C de testament. Illustris Enenkel d. tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 15. cap. 2. num. 10.* atque ita respondisse Dominos, Scabinos Lipsienses, testatur Andreas Schefferus *part. 3. quæstion. jur. practicabil. quæst. 25.* attamen & verius & consultius esse censeo, ad evitandam falsi occasionem, & obscuritatis causam: ut omnia literis pleniùs exarentur, integrisque dictionibus perscribantur. Idque expressè constituit Imp. Iustinianus *Nov. 107. cap. 1. ibi non signis numerorum significandas, sed per totas literas declarandas. & ibi, ut literis omnia declarat, nullam ulteriùs contentionem filiis derelinquant, &c.* Fürstl. Würtenberg. erneuwert Landtrecht. *part. 3. tit. 5. §.* Da aber die Eltern. *vers.* wie auch zu Verhütung/ *&c. fol. 343. Cæppon. lib. 1 observat. 11. num. 23. Zant. respons. pro uxor. num. 52. Francisc. de Barry. de success. testati & intestat. lib. 1. tit. 3 num. 2.*

273 Non obstat *l. cogitatione. 21. ibi, qualicunque indicio suam declaraverit voluntatem. & l fin. ibi, sive quocunq. alio modo scriptura, quibuscunq. verbis vel indiciis inveniantur relicta. &c. C. famil. erciscund.* quæ testamentum notis factum à parente inter liberos valere, apertè disponunt. *Nam* hasce leges Iustinianus *per d. Novell. 107. cap. 1.* emendavit, adeoque testationem mentis inter liberos ἐλογεγράμματον esse voluit. Id quod Basilio quoque Imperatori rationabile magis visum esse: eumque omnes notas & numeros, in quibusvis instrumentis prohibuisse, Cedrinus Historicus scribit, *prout refert Cujacius ad dict.*
274 *Novell. 107.* Nec est, quòd testamenti imprimis paterni favorem magnoperè quis urgeat. Cùm enim pagani (Militis quippe testamentum notis conscriptum, valere, constat ex *l. Lucius 40. in princ. ff. de testam. milit.*) testamentum notis, sigillis, vel ciphris scriptum, neque prætorio jure sustineatur. *l. sed cùm patrono. 6. §. ult ff. de bonor. possessionib. Cujac. lib. 3. observ. cap. 3.* non utique video, quomodo sublatis jam atque correctis *d l si cogitatione. 21. & d. l. fin. C. famil. ercisc.* in favorem testamenti paterni (qui aliàs multa specialia extorsit) hujusmodi speciale demum introducere, & sic specialia absque necessitate, & nullo cogente juris textu, multiplicare quispiam valeat, *contra l. 1. cum ibi notatis. C. de dotis promiss. & tradita per Bartol. in l. si is, qui pro emptore. 15. ff. de usurpat. & usucap.* Quem laudat *& sequitur Scheffer. d. part 3. quæst. 25. nu. 7. & fusiùs explicat Rittershus. in exposit. Novell. part. 6. cap. 2. num. 5. & seqq.*

Quamvis porrò pronunciatio liberorum generalis 275
videatur. *l. liberorum 220. ff. de verb. signif.* ac proinde non desint, qui opinentur, patrem etiam inter liberos naturales, vel spurios, testamentum sine solennitatibus, alioqui requisitis, condere posse. *Speculat. in tit. de instrum. edit. §. compendiosè nu. 32 vers quid si pater naturalis. Roman. cons. 179. amplissimè Doctor. nu. 16. Castrens. in d. l hac consultissima. 11 §. ex imperfecto. num 6 C. de testam. Salicet. in l. fin. C. famil. ercisc. Felinus in cap. in præsentia. 8. col 10. de probat. Ripa in l. 2 num. 35. ff. de vulg. & pupill substit.* contrariam ta- 276
men sententiam longè probabiliorem & receptiorem esse autumo. Cùm enim appellatione filii non intelligantur ii, qui ex justis nuptiis sunt procreati. *l. filium. 6. ff de his, qui sui vel alieni jur. sunt.* idem quoque in 277
dubio intelligi debet in pronunciatione liberorum. Et hoc maximè in privilegiis obtinet, quorum verba strictè & propriè accipienda esse, indubitatum est. Sic textus *in d l. fin. C. famil. ercisc.* de quibus liberis agatur, satis expressè ostendit, cùm suos vocat & emancipatos: quo nomine & numero spurii non continentur. Ad hæc liberorum favore, ad privilegium hoc introducendum, motum esse Imperatorem constat. At- 278
qui is, qui justas nuptias ubique commendat, & his solis studere jubet, non favet liberis injustis & illegitimis. Non igitur credibile est, Imperatorem his, quos odio habet, favorem suum impertiri voluisse. *Ita rectè sentiunt, Angel. Alex. & Iason. in d. § ex imperf. ibiq. Sichard. nu. 4. Curt. Iun, nu. 16. & Gilken. nu. 28. Boerius decis. 240. nu. 13. Vasq de success. progress. lib 3. §. 21. limitat. 7. num. 53. Decius cons. 610. num. 2. & 3. Tiraquell. in l. si unquam 8. in verb. susceperit liberos. num. 60. C. de revocand. donat. Menoch. de adipisc possess remed. num. 313. Iulius Clar. in § testamentum. quæst. 12. num. 1. Gailius lib. 2. observ. 112. num. 4, Grassus in §. testamentum. quæst. 15. Hartman. Pistor. dict. quæst. 1. num. 19. Thadeus Piso lib. 1. variar. resolut. cap. 7. numer. 34. Illustris Enenkel. dict tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 15. cap. 1 num. 9. Fachinous lib. 4. controvers. jur. cap. 3. Dominic. Cardinal. Tuschus tom. 8. practicar. conclus. jur. conclus. 115. num. 68, cum seqq. Reusner, in tract. de testament. part. 4. cap. 6. num. 2. & seqq.* Fürstl. Würtenberg. erneuwert Landrecht.

d.part.3. tit.5.§. Sonsten stehet. *ibi,* aber neben den ehelichen Kindern/*&c.fol.343.*

279 Non adversatur huic conclusioni *l.ult. C.de confirmand.tutor.* ubi Iustinianus Imp.constituit, patrem posse naturalibus liberis quocunque modo,& consequenter etiam ex testamento minùs perfecto & solenni, relinquere. *Verba* enim illa (*quocunq; modo eis dederint, vel reliquerint*) non eum habent sensum, ut parenti liceat quoquo modo, etiam legis formâ neglectâ, filiis naturalibus testamento relinquere: sed ita accipienda sunt: *quocunq; modo*, id est, sive dederint, sive reliquerint per modum divisionis, sive donationis causâ mortis, sive per codicillos, sive denique per testamentum: ut tamen legitimus numerus testium in conficiendo testamento adhibeatur.

280 Non quoque adversatur *l.parentes 6.ff.de in jus vocand.* ubi Paulus respondit, parentes naturales in jus vocare neminem posse: eò quòd una omnibus parentibus reverentia sit servanda. *Lex* siquidem illa de reverentia naturali, quæ omnibus omnino debetur parentibus, exaudienda est. Quæ inspectio cum præsenti themate nullam affinitatem habet: quoniam filiis naturalibus hereditas non debetur. *l.humanitatis. 8 C.de natural.lib.liber.* sed alimenta duntaxat, *Authent. licèt patri.C.eod.tit.*

281 Similiter non adversatur *l.ex facto.17. si quis rogatus.4.ff.ad Senatusconsult.Trebell.* ubi conditio, *si sine liberis decesserit,* defecisse videtur, si naturalem filium quis reliquerit. *Etenim* anceps & dubia est naturalis filii significatio, quâ non solùm nothi & spurii designantur; verùm etiam ii, qui sunt in servitute geniti. Nam isti ortum legitimum non habent: quòd eos lex civilis non agnoscat. *l.cum ancillis.3. C.eod.de incest.& inutilib.nupt.* sed solo naturali jure adjuvantur, ex quo naturales appellati, *de quibus tractatur in §.illud certum.10. suprà de nupt. & l.adoptivus.2. ff.de ritu nupt.* Atque hoc in significatu accipiendæ sunt *dict. l.ex facto.17.§.4 ff.ad Senatusconsult. Trebell. & l.Lucius Titius.88. §. Dama.12.ff de legat.2. & similes.* Quemadmodum uberiùs declarant *Franciscus Connanus libr.10. Commentar jur. civil. cap.1. num.6. Corasius lib.1.miscellan.jur.civil.cap.7.nu.8. & Gilkenius in l.generaliter.6.§.cùm autem. C.de in-*
282 *stitutionib. & substitutionib. num.17.* Atque isthæc quidem conclusio in patre, inter liberos naturales testante, procedit: secus verò est in matre. Ad hanc enim quod attinet: nihil refert, an filii naturales, vel legitimi fuerint: quia respectu matris, & quoad ipsam, filii naturales reputantur legitimi: & ideò inter illos perinde, ac inter legitimos, testamentum absque solennitatibus juris communis conficere potest: eò quòd ab intestato omninò successuri sint. *§. novissimè.3. infrà de Senatusconsult. Orphitian. l.hac parte.2. ff. unde cognati.* Fürstl. Würtenb. erneuwert Landrecht. *dict.tit.5.§.* So mag zwar/*&fol.344. Francisc.de Barry. d.lib.1.de success. Tostath. tit.3. num. 10. Matth. Stephan. in explicat. Novell. 107. num. 28.* Et in hoc omnes utriusque patris fautores convenire ait Boerius, *d.decis.240.num.13.* nisi mater sit illustris, cui dedecori esset tales filios habere, Tunc etenim naturales aut spurii, non habentur pro legiti- 283
mis, *per not. in l.si qua illustris.5.C.ad SC.Orsician.* & consequenter etiam in eis dispositio. *d.l.hac consultissima.21.§.ex imperfecto.1.C.de testament.* locum habere non debebit, *ut tradunt Jul. Clarus d.§.testamentum.quæst.12.num.2. Grassus d.§.testamentum. quæst.15.num.2. Gailius d.lib.2. observ.112.num.20. Hartman. Pistoris d.quæst.1.num.20. Thad.Pisc.lib.1. var.resolut.cap.7.num.35. Dominic. Cardinal Tusch. dict.tom.8.practicar.conclusion.jur.conclus.135.nu.71. Enenkel.d.privileg.15.cap.3.num.10.aliiq; per hos citati.* Plures notabiles casus, quibus solennis numeri testium defectus non infringit testamentum, post alios à sese laudatos, exponunt diligenter *Vasqu. de success. creat.lib.3.§.21.per tot. & Dauthus in tract.de testament.tit.de testibus. testamentar. num.428. & multis subsequentibus.*

Tertiò (ut tandem eò, unde *suprà num.18. & seqq.* digressus sum, revertar) ad testamentum solen- 284
ne in scriptis requiritur subscriptio testium, & ipsius quoque testatoris. Sanè si totum testamentum à testatore manu propriâ scriptum sit: nihil opus est tunc subscribere testatorem, vel alium ipsius nomine: sin autem alienâ manu; tunc majoris fidei gratiâ omninò necesse est, ut ipse testator manu suâ, si quidem literas sciat, testamento subscribat: sin verò nesciat, ut pro eo tunc alius, ceu octavus testis, perinde ut in testamento cæci, subscribat *l.hac consultissima.21. & l.cùm antiquitas 28 §.1.C.de testam. hoc §. nostro 3.vers.subscriptiones,&c.Speculat.lib 2.part.2 tit.de instrument.edit.§.compendiosè.num.40. Duaren.ad tit.ff.qui testam.fac.poss.sub rubr.de testamento in scriptis. vers. quinto subscriptio. Molin.cons.31.num.9.hosq; referens Nicol. Reusner. in tract.de testam.part.3. cap.26 nu 3.* Cæterùm testium subscriptio à singulis testibus fieri debet, & quidem in fine ipsius testamenti. *l.penult. ff. qui testam.fac.poss. d.l. hac consultissima.21. in fine princip.ibi, finem testamenti subscriptiones & signacula testium esse decernimus. C. de testam.* Nec unus te- 285
stis pro alio, aut pro eo Notarius regulariter subscribere potest. *Gloss.in d l penult. ibi, proprio chirographo annotare. ff.qui testam.fac.poss. & in d l. hac consultissima.21. in fine princ. in verb. non subscriptum. C.de testam,* usq; adeò, ut si testis aliquis ignoret literas, per alium manus ipsius duci, & quasi portari debeat, *ut ait Lucas de Penna in l.nulli.10.§.omnia.C.de numerariis, actuariis, & chartulariis.&c. quem refert & sequitur Reusn.d.part.3.cap.26.nu.13. ubi aliquot istius regulæ exceptiones subjicit.* Adde Andr. Gerhard. *disput.2. de solenni testam th.84 &* Anton.Bulla um *discurs.3.ad l.8.C.de testam.conclus.45.pag.215.* Neq: valet argumentum de uno annulo in *petitum ex §. possunt autem.5.inf.h.t.* Tum quia text.in contrarium pugnant, & subscriptionem testium generaliter requirunt. *d.§.3 v.subscriptiones.h.t.d.l pen.ff qui testam.fac poss. d.l. 21.l.in princ. C. de testam.* Tum quia si non tantùm nec annulo omnes testes signare, sed etiam unus pro omnibus subscribere posset: fraudibus aperiretur locus, *docente Bachovio.in not. & animadv.ad Treutl. vol.2.disp.10.de testam.th.5.lit.d.p.548.*

Quartò

286 Quartò ad scriptum testamentum solenne desideratur septem testium subsignatio. *hoc §. nostro, l. ad testium. 22. § si quis ex testibus. 4 ff. qui testam. fac. poss.* ita quidem, ut Afflictus *decis. 69. num. 1. & 2. prout eum citat hic Petrus Heigius numer.* 26. existimet, statuto induci non posse, ut testamentum mortuo testatore demum à testibus signetur. *Verùm de hoc acturi sumus, ξὺν Θεῷ, latiùs in d. §. possunt autem. 5. infr. hoc tit*

287 Postremò exigitur ad solenne testamentum, ut testator propriâ manu, vel si scribere non possit, manu testium, heredis nomen disertè exprimat, §. *sed his omnibus. 4. hoc tit. l. jubemus. 29. & l seq. Cod. de testament.* Sed hoc Iustinianus Imper. rursus sustulit, & per alium etiam, quàm per testem, heredis nomen scribi permisit. *Auth. & non observato Cod. eod. Novell. 119. cap* 9. Neque verò ob id infirmatur testamentum, quòd testes ignorant, quæ in testamento scripta
288 sunt. Potest etenim testator scripturam testamenti clausam & complicatam aut involutam proferre; asserens, hoc suum esse testamentum, quod ipse jam offerat septem testibus præsentibus subscribendum atque subsignandum. *d. l. hac consultissima. 21. in princ. Cod. de testament.* Hocque ideò receptum est, quòd odiosum sit & periculosum, extremam de hereditate voluntatem tam multis testibus revelare, *docente Mynsingero hic numer. 10. Eâdem de re videatur Hermannus Meyrer. in tract. de testamentar. successionib. libr. 3. tit. 1. num. 63 & seqq.* Porrò de variis scripti ac solennis testamenti requisitis, consuli poterit Dominicus Cardin. Tuschus *dict. tom. 8. practicar. conclus. jur. conclus.* 111.

289 Sequitur Consilium sive responsum juris (cujus mentionem fecimus suprà *numer. 35. circa finem*) à Collegio Iuridico in prælustri Academiâ Tubingensi confectum: quo rationibus haud levibus demonstratur; quamlibet personam, illustrissimâ dignitate præfulgentem, absque juris civilis solennitatibus, testari posse.

CASUS.

290 ES hatt ein Fürstliches Fräwlein / vber die viertzig Jaar ihres Alters / in ihren vielfältigen Bschwernussen zu dem Durchleuchtigen / Hochgebornen Fürsten und Herrn / Herrn A. P. B. Rh. rc. (Als in dessen Erblanden vnd Schloß F. sie ihr Frl. Wohnung vnd Cantzley gehabt) ein sonderbar gutes Vertrawen getragen / sich wegen dessen / so ihr mit Rhat vnd That ist erwisen worden / jederzeit zur Danckbarkeit vernemen lassen. Als nun Hochgedachtes Frl Fräwlin weder Eltern / noch Geschwisterig / sondern allein von dero Fraw Mutter hero / Freundt in quarto gradu gehabt / vnd sich in Februario Anno 1620. etwas vbel befunden / hate selbige wolbedächtlich in gutem volkohmenem Verstandt ihren letsten Willen selbsten zu Papier gebracht / die Legata, vnd etliche ad pias causas, verordnet vnd vffgezeichnet / vnd im End derselben mit eigner Hand geschrieben / vnser Erb solle sein vnser Vätter P. A. Hernach ihren Namen A. M. geborne Hertzogen zu L. vnderschrieben / welches sie andern Tags in Beysein dero Hoffmeistern / Seelsorgern / vnd deß Frawenzimmers / durch ihren Secretarium etwas besser hatt ad formam bringen vnd außfüren lassen / Hochgedacht ihr Frl. Gn. nachmalen zum Erben ernent vnd eingesetzt / deroselben disponendo anbevolen / von ihrer Verlassenschafft die verordnete Legata abzurichten / wie auch die außstehende Vorderung zu prosequiren, den vnkosten von der Erbschafft zunemen / was aber an solcher vordeeung erlangt würdt / alsdann den jenigen / so nach ihrem tödlichem Abgang sonsten ihre Fr. Gn. negste gesipte Freundt vnd Erben ab intestato wehren / den dritten Theil darvon zuzustellen / in diesem hatt sie sich auch zum fünfftenmahl / mit eigner Hand vnderschrieben / vnd hernach heredis institutionem mündlich zum dritten maal widerholet: Wie sie aber eben dieses auch vor andern siben Zeugen vnd einem Notario, so allbereit erfordert / vnd schon in ihr Frl. Gn. Losament gewesen / bezeugen lassen wollen: Ist hochgemeltes Frl Fräwlin mit einem schweren paroxysmo angegriffen / vnd bald darauff von dem Allmächtigen auß diesem zeitlichen Leben abgefordert worden / also daß der Notarius vnd die Zeugen weitter nichts haben verrichten können.

Dannenhero für das erst in Rechten gefragt 291
würdt / ob diese des Fürstlichen Fräwlins Dispositio ultima, propter illustrissimam dignitatem, & ultimæ voluntatis certitudinem, für ein vollkommenes Testament zuachten sey?

Für das ander / in dem Fall berürte dispositio für kein perfectum Testamentum gehalten werden möchte / ob solche sonsten / als ein donatio mortis causa, oder ein anderer letster Will / wie der genent werden mag / im Rechten gültig sey / vnd beständig verbleiben soll / welcher gestallt auch ihr Frl. Gn. sich dessen zugebrauchen haben?

Drittens / Ob ihr Frl. Gn. nicht zum wenigsten diß / so selbige auß der Erbschafft Hochgedachtes Frl. Fräwlins bonâ fide in handen haben / wol behalten / vnd in Rechten behaupten können / davon auch das geringste heraus zugeben nicht schuldig seyen?

Vierdtens / Ob ihre Frl. Gn. den hæredibus ab intestato, so am dritten Theil der Schuldforderung interessiert sein / das vollkommene Inventarium zu edren schuldig sein / oder sich mit einem vidimirten Extract, so viel die Schuldforderung betrifft / in Rechten befreyen vnd entschuldigen mögen?

In nomine Domini nostri Iesu Christi.

RATIONES DUBITANDI.

DEmnach wir Decanus vnd andere Doctores der Juristen Facultet / bey gemeiner 292
hohen Schul zu Tübingen gebürendt ersucht worden / vber vorgesetzte Fach speciem, vnd dero beigefügte Quæstiones vnser redlich Bedencken zuereöffnen; Als haben wir solches in keinem

weg abschlagen sollen/ darauff auch in unserm versässtem Collegio hiervor reifflich deliberirt, und befunden: Daß so viel die erste Quæstionem (Davon zugleich die zwo folgende guten theils dependieren) anbelangt/ ben selbiger allerhand starcke dubitandi rationes, darumb strittige disposition, gantz für nichtig/ und von unwürden geachtet werden möchte/sich ereigen.

293 Quamvis enim tralatitium sit: Principem ad nullā omninò Iuris Civilis solennitatem, dum ultimum suum Elogium prodit, astringi: *Castrens. in l. si quis Imperatorem. 6. num. 1. C qui test fac. poss Ias. in l. ex imperfecto. 3. num. 2. C. de testament. Vasq. de success. creat. libr. 3. §. 26 num. 1. Mantic. tract. de conjectur. ultim. Volunt. lib. 6. tit. 1. num. 39. Marc. Anton. Natt. Cons. 402. num. 46. Menoch. Consil. 351. num. 8. & 9.* Attamen non exiguæ authoritatis Doctores, id ad eos tantummodo Principes restringunt, qui præter Deum & gladium (ut vulgò dici solet) superiorem alium non habent: non, qui Imperatorem vel alium Regem recognoscunt, ut novissimè attestatus est Francisc. de Barry *in tract. de success. lib. 1. tit. 2. in princip.* Et in specie Principibus Germaniæ, excepto Imperatore, hanc facultatem non esse, videtur censuisse Sichardus *in l. sancimus. 34. in princip. num. 18. & 19. C. de donat.* Et voluêre idem ante eum, *Corneus, Socin Iun. & alii in loco relato à Capiferr. tract. de num. test. p. 1 c. 23. num. 20.* Vt & rerum Germanicarum callentissimus IC. Henricus Rosenthalius. *in tractat. totius iur feudal. c. 12 concl 10. num. 16.* in hanc quoque sententiam concedit, dum inter cætera ita scribit; *Quamvis concesserim; in Ducatu, vel Comitatu suo Ducem, aut Comitem ea posse. quæ Imperator in toto Imperio potest: nihilominus tamen videtur, in respectu tantùm suorum subditorum intelligendum. Et si de Testamentis minus solennis valore, putà si ille corā duobus aut trib. testib. conditi, iaciderat Quæstio; illa apud Superiorem instituenda & agitanda esset: qui non facile concederet, hanc personam litigantium intelligi à potestate & legibus suis exemptam, &c.*

294 Cum propter absolutam legibusque liberatam potestatem, quæ competit solis Principibus supremis, *l. princeps. 31. ff. de legib.* lex quoque Imperii, à solennibus juris (& ita etiam coram septem testibus testandi) eosdem solvat. *d. l. 3. vers. licèt. C. de testament.* patescit inde, Principes alteri subjectos (quales in Germaniā Duces, Marchiones, Comites &c. sunt; quosque Andreas Knichen. Imperii Vasallos ligios vocat. *cap. ultim. à pr. tr. de territor Iur.* & qui non solùm feudi, sed & personæ nomine Imperatori sunt obligati. *Rosenthal. dict. tract. de feud. c. 5. Concl. 13.*) eodem illo nō fruisci jure.

Und ob schon fürs ander von vielen dahin geschlossen werden will/ daß die Fürsten und Fürstenmässige Ständt des Heiligen Römischen Reichs/ als Mittglieder desselben / und wegen ihren bekandter Hochheit/ fast alle privilegia, Immunitates, und Freyheiten/ quæ competunt ipsi Imperatori, haben und geniessen/ auch sonderlich absque solennitate testiren, und ihren letsten Willen auffrichten können. So will jedoch nit ohne Ursach gezweifelt werden/ ob solches ein dergleichen Fürstliches Fräwlin zu thun befuegt gewesen/ welches kein Standt oder Stimm in dem Fürsten Rhat/ auch weder Land noch Leut/ noch einig Territorium gehabt/ darin selbiges regalem & superemminentem Iurisdictionem exercirn, oder als Fürst Gebietten/ und verbietten können Etenim qui talia Privilegia Principibus, Ducibus & Comitibus superiorem recognoscentibus ascribunt; causam hujus rei hanc suæ assertioni, ut plurimùm apponunt; quòd illi nempe Regalia habeant, legisque condendæ potestatem, & alia jura Principatus; ac ita in territoriis suis eandem obtineant potestatem, quam Imperator in Imperio universo. *Paul de Castr. cons. 34. col. 2. vol 2. Alex. cons. 1. col. 8. vol 1. Dec. cons. 516. num. 4 & complures alii, citati in addit. ad Roman cons. 59. ut & Cephal. cons. 539. num. 15. Riminal. Iun. cons 156. ac Caber. in decis. pedemont. 156. num. 2.* Et ita quoque in terminis nostris Michaël Graff. §. *Testamentum. quæst. 6.* scribit, Principes jure militari, id est, absque omnibus solennitatibus testari posse, dummodo tales sint, qui non recognoscant superiorem, vel si talem recognoscant, habeant tamen jura Imperii, sibi à Principe concessa, aliàs non. Pariter hanc liberè testandi potestatem haud extendendam esse ad inferiores, quibus jurisdictio etiam cum mero & mixto Imperio est concessa, luculenter evincunt ea, quæ larè tractat Hartm. Pistor. *lib. 3 q. jur. q. 9. per tot.* Et ideò cessante, in hac illustrissimâ nostrâ testatrice, causâ & ratione privilegii, jus etiā ipsum hoc singulare cessare debere videtur. *Andr. Tiraq in tract. cessante causa. p. 1. nu. 204.* & etiam causa limitata, limitatum producit effectum. *l. in agris 16. ff. de acquir rer domin. l. cancellaverat. 2. ff. de hu quæ in testam. del. cons. 2. vol. 1.* 295 296

Für das dritte/ will auch dieser Disposition umb etwas in dem weg stehen/ daß das testirende Fräwlin nicht in ihrem eignen/ noch auch in ihres Herrn Vatters/ aut familiæ & cognationis suæ, sonder in einem gantz Frembden territorio und Bottmessigkeit gewesen/ derowegen allda/ pro privatâ personâ zu achten / und sich keines Fürstlichen Actus oder privilegii, mit fügen anmassen oder gebrauchen können. Namque certi juris est; quòd Superior extra provinciam suam, pro privato habeatur. *l. 3 ff. de offic. præs. d. Cothmann. cons. 2. à princ. col 5.* & extra territorium suum nemo jus dicere possit. *l. fin. ff. de jurisdict.* Et pertinet huc, quòd Bernhard Girard. *Histor. Gall lib 20.* scribit: cùm Sigismundus Imperator, Caroli Sexti Galliarum Regis hospes, Sabaudiæ tunc Comitem, Ducis titulo in Gallico territorio insignire vellet; impeditum eum fuisse à Regiis Ministris; eo, quòd Imperator in Galliis, tanquā territorio alieno, nullum actum superioritatis exercere possit Quod & refert Guiliel. Paradin. *in hist. Vrb. Lugdunensis.* Et disputatum idem fuit in processu criminali Mariæ Stuardæ, Scotorum Reginæ, cui in Anglia captivæ, omnia regia Privilegia denegata, & ea planè ut privata persona, condemnata, supplicioque affecta fuit, *ut Meteranus, Thuanus, aliiq. Historici produnt.* Wann dann das testirende Fürstliche Fräwlin/ utpote in alieno territorio quæ versabatur, inibi pro privatá 297 298 299

vatâ zu halten gewest: Als will das Ansehen haben/
quòd Illustrissimus institutus hæres, etsi eidem omni-
um Principum privilegia competant optimo maximo
jure, nichts desto weniger doch in Crafft selbiger / ex
hoc imperfecto minùsque solenni testamento in kei-
nen Weeg etwas fordern könne. Princeps enim aut
Augusta, heredes instituti, jure communi utuntur. *l.*
300 *cùm her.des.7.C.qui test fac.poss.* & ex imperfecto te-
stamento, nec Imperator hereditatem vindicare potest.
d.l.3.C.de testament.

Zum Vierdten/ weil dieses Testierende Fräwlin
von ihrem Herrn Vattern/ vnd Vorfahren/ nicht
dem Römischen Reich immediatè vnderworffen:
Sondern der Cron Böheimb vndergeben gewest/
möchte auch villeicht in Zweiffel gezogen werden. Ob
die Schlesische Fürsten/ den vnmittelbahren Fürsten
vnd Fürstmessigen Ständen Imperii Romano-Ger-
manici, ratione Dignitatis, privilegiorumque princi-
palium zuvergleichen/ und dieses / so von Recht oder
Gewonheit wegen den Teutschen Fürsten gebühret/
Sich mit fugen anmassen könden. Etenim Silesiæ
301 Principes non Imperatori & Imperio immediatè sub-
jecti, nec ita liberi esse videntur & absoluti, ut ii, qui
in Germaniâ sunt, & illius Imperii membra existunt,
autocraticoque jure gaudent. Hucque pertinere vide-
302 tur, quòd *in Specul. Saxon. libr.3. artic.58.* duo genera
Principum recensentur, & ibidem Glossa ait: Wisse a-
ber/ daß der Fürsten zweyerley seindt/ etliche heissen
schlechte Fürsten/ etliche deß Reichs Fürsten / deß
Reichs Fürsten aber soltu bey dreien dingen erken-
nen/ das erste ist/ daß sie kein Lehen Fürsten / zu Le-
henherrn haben/ dann den König (puta Imperato-
rem) allein. Das ander ist/ daß sie ihr Fürstenthumb
mit einer Fahnen oder Scepter empfahen sollen.
Zum dritten sollen sie solch Landt haben / die ein
Fürstenthumb heissen. Quæ cuncta ferè in illustrissi-
mâ nostrâ testatrice deficere videntur. Et porrò, quòd
in Silesia Ius Saxonicum sit in usu, innuit Schiferdegh.
lib 1.tract.ult.q.7.

Letzlichen vnd zum fünfften / gesetzt / es hette das
Fürstliche Fräwlin/ propter illustrissimam dignitatem,
omni absque solennitate juris testieren können: So
möchte doch gar scheinlich fürgewendt werden / daß
diese ihrer Fürstl. Gn. Verordnung/ nicht allein rati-
one solennitatum, sondern zumahl ratione voluntatis
imperfect vnd mangelhafft seie, in dem namblich mehr
Hochgedachte ihre Fr. Gn. vor deren Seeligen En-
de/ coram Notario & Testibus, ac ita solenniter testie-
ren wollen/ aber durch zu balderfolgten Todtfall hie-
ran verhindert worden. Dicitur autem Testamentum
303 imperfectum ratione voluntatis & illud; quando scri-
ptum, non tamen lectum, aut publicatum coram testi-
bus fuit. *Cephal. cons 294.* ubi attestatur de commu-
ni. Ac tale itidem reputatur & istud; si scriptura Te-
stamenti à testatore publicari destinata, coram testibus
& Notario postea publicata non sit, *juxta l. fideicom-
missa.11.§.1 ff de legat.3. Bartol. in l. si is, qui. 24. ff. qui
testam fac. possess. Alex. cons.96. numer. 9. libr.3. Dec.
cons.488. numer.15. cons. vers. præterea. Iason. cons. 68.
col. ult lib.1. Ruin. cons.15. n.11. vers & inprimis. libr.2.
& cons.1 nu.8. lib.3. Fr. Hotoman. cons.55. nu. 12. & 13.
Menoch. cons 42. n.14. lib.1. & 3. præsumpt.5. nu.7. cum
aliis ibi allegatis.* Ac porrò si testamentum sit imperfe-
ctum, voluntatis ratione; tunc nec sustineri potest, ut-
cunque aliàs privilegiatum esset: & ita non valet Te-
stamentum inter liberos, si sit voluntatis ratione man-
cum. Ita sentit Gloss. *in d.l. si is, qui. 24. ff. qui testam.
fac. poss.* quam omnes sequuntur, ut dicit Riminald. *in
l. hac consultissima.8. col.1. C. d. tit.* & illã dicit esse com-
muniter approbatam Ruinus, *cons 15. n 2. lib.2.* 304

Ac si reperiatur schedula scripta, vel subscripta ma-
nu propria ipsius testatoris, continens ejus ultimam
voluntatem, disponendo de suis bonis in favorem et-
iam piæ causæ; hoc tamen casu tenendum esse
ajunt, quòd talis schedula non sustineatur in
vim testamenti, neque alterius ultimæ volunta-
tis, propter favorem ipsius piæ causæ: ex quo nul-
lam habet formam, propter quam illi debeat fides
adhiberi Ejusmodi enim schedulam magis præparati-
onem ad disponendum, quam dispositionem aut de-
clarationem voluntatis haberi debere, ait Socinus Iu-
nior, *consil 189. nu.73. libr.2. ubi enumerat authorita-
tes plures. Huc referantur, quæ annotavimus suprà* 305
n.255. & seqq.

RATIONES DECIDENDI.

OB wol nun bißhero angedeute Rationes
diese Sach nicht wenig zweiffelig machen/
vnd so viel verschaffen scheinen / als wann
gegẽwertige Disposition gentzlich vnd durch
auß von Vnwürden dessen jedoch samptliches vnd
mehr anders/ so hierwider fürgebracht werden möch-
te/ vnd wir reifflich erwogen/ vnverhindert / seind wir
der gentzlichen Meinung/ daß offt Hochgedachtes
Fürstliches Fräwlins endliche vnzweiffliche Verord-
nung (vnd daran quoad enixissimam voluntatem,
man ledig nicht/ vnd in keinen Weeg zu dubitieren)
von recht vnd aller Billigkeit wegen giltig/ auch al-
lermassen selbige zum anderumaal auff das Papier
gebracht/ vnd von ihrer Fürstl. Gn. in præsentia servi-
tii Aulici an vnderschiedlichen stellen/ subsigniet oder
vnderschrieben worden/ omnibus simul circumstanti-
is perpensis, ohne Widerred zu exequiren vnd zuvoll-
ziehen seye.

Dann/ für das erst/ hiebeobẽ in primâ dubitandi ra-
tione bereits mit vieler ansehenlicher Rechtslehrer 306
Stimm vnd Meinung erhalten worden, quòd Prin-
ceps nullas, nisi meri Iuris gentium solennitates, in cõ-
dendo suo ultimo elogio observare teneatur. Vnd ob
wol etliche Doctores, als Cynus *in l. si quis Imperato-
rem. 6. in princ. C. qui test fac. poss.* Bartolus *in l. cùm
heredes.7 nu.1. ubi &* Salicet. *num.1 C. eod.* Iason *in l. si
frater.4. in princ. C. d. tit.* dahin inclinieren wollen: quòd
etiam Princeps nullâ, dum ultimum arbitrium con-
scribit, præeminentiâ fruatur; sed potius activè & pas-
sivè simul in condendis testamentis jure privati ma-
tur: So wird doch diese Meinung à Friderico Pruckh-
manno, *in tract. de Regal. §. soluta potestas. c.4. memb.3.*
effect.

effect. 1. *fol.* 647. *& seqq.* satis operosè widerleget/ dahin wir vns geliebter Kürtze halben gezogen haben wollen.

307 Vode porrò consequentiâ justâ Dd. vulgatissimo scito deducunt: Licèt in reliquis testamentis fœmina non possit esse testis, *l. qui testamento.* 20. *§. mulier.* 16. *ff. qui testament fac. poss. & §. testes autem.* 6. *Institut. de testament. ordinand.* tamen fœmineum testimonium in testamento facto à Principe valere, non secus ac testimonium masculorum. Et proinde per duos testes, etiam fœminas, sat erit probari, testamentum à Principe fuisse factum: Ac ut in tali testamento solennitas cessat, quòd testes sint masculi: eâdem ratione cessabit & solennitas illa, quæ in reliquis testamentis desideratur, ut nempe testes se subscribant, *juxta l. hac consultissima.* 21. *in princ. C. de testam. & §. sed cùm paulatim.* 3. *Instit. eod.* Et licèt in privatorum testamentis signaculis testium sit opus; *dict. l. hac consultissima* 21. *& d. § sed paulatim.* 3. *l. ad testium.* 22. *§. fin. ff. qui testam fac. poss.* tamen non sic est in hoc testamento. Insuper etsi regulariter testamenta fieri debeant uoico contextu: id tamen in Principis testamento ut fiat, opus haud esse, dicit Author gravissimus, Fernandus Vasq. *in tractat de successión. creat. lib.* 3. *§.* 26. *in princ.* Qui & ibidem addit, quòd in Testamento facto à Principe, non sit necesse, quod testes sint in conspectu testantis, non magis, quàm in actibus inter vivos; in quibus expeditum est, non oportere, quod testes in præsentia contrahentium existant, secundùm sententiam veram & communem, quam tenet Castrensis *in l.* 2. *§. idem Labeo ff. de aqua pluv. arcend.* quamque communiter dicunt approbatam Alexander *nu.* 6. & Iason *numer.* 9. *in l. si non speciali.* 9. *C. de testament.*

309 Præterea in testamento Principis necessarium non est, testes eosdem toti testamento præsentes fuisse: quinimò sat erit, contenta in testamento novisse, sive rem pote testamenti, sive antea, sive postea: & insuper erit, quod quidam testium probent certam testamenti partem; alii verò testes reliquam testamenti partem; vel quòd quidam deponant, Principem fuisse præsentem ad quandam testamenti partem; alii vero testes, ad reliquam testamenti partem Principem fuisse præsentem, deponant. Ita ut hac in re, pro formâ illius Testamenti, requiratur aliud nihil; eaque sola probatio exigatur, quæ deposcitur in actibus in vivos: *Vasq. dicto loco.* Et id quoque testamentum non vitiabitur per abbreviaturas, vel ex eo, quod per notas insolitas conscribatur: prout cuncta hæc non Vasquius solùm, sed & Raudensis, *de annalog univ. & aequ voc. lib.* 1. *c.* 25 *per totum.* longo stylo docet.

310 Dieses privilegium aber gebühret, pro secundo, nicht allein den jenigen Fürsten vnd Herrn/ so in ihren Landen absolut oder Königlichen Gewalts/ sondern es wird auch communissimè vnd vnwidersprechlich den inferioribus Principibus, vnd Selbigen zugeschrieben welche einem andern Herrn vnderworffen/ da sie allein Fürstlichen Titul Ehr vnd Würde haben. Et in specie, non solùm superiores seu supremos Principes, verùm etiam inferiores, testamentum taliter conscribere posse, eoque sine solennitatibus testandi privilegio gaudere, primi voluêre Bartolus & Franciscus Pisan: qui jure factum esse testamentum taliter à quodam ex Vrsinâ familiâ conscriptum, asseruêre: eosque referunt Bald *in dict. l. sancimus.* 34. *in pr. num* 5. *C. de donat.* Ias. *in dict. l. ex imperfecto.* 3. *num.* 2. *C. de Testament.* Capyc. *decis* 203. *num.* 3. *circa med.* Mantic. *de conject. ultim. volum lib.* 6. *tit.* 1. *num.* 39. & Menoch. *cons* 351. *num.* 9. Et quoque id ipsum disertè itidem decidunt Alexander *in l. omnium.* 19. *num.* 8. *C. de Testam.* ac Capifer *in tract. de num. Testam pag.* 1. *cap.* 24 *num* 6. Eaque opinio ultrà quòd sit communis, fir- 311 missimam etiam rationem habet. Namque Duces, Marchiones, reliquique Principes, quibus perpetuò dignitas regalis in suo Principatu est concessa, jura Imperatoris habent *Cacheran. decis.* 88. *num.* 17. *Bercholt. tract. feud. c.* 5. *numer.* 37. *qui communem dicit, Paul. de Castr. cons.* 34. *num.* 2. *volum.* 2. Et ab Imperatore nil nisi ambitus ratione, ceu scapha à navi, differre censetur, *Bl. in Rubr. cap un. quæ sint Regalia. n.* 1. Insuper Duces, aliosque Principes, Regalia habentes, 312 exercere posse plenitudinem potestatis (& sic omnia èxinde resultantia Privilegia habere, quæ ipsis non expressè adempta reperiuntur) superiorem quamvis recognoscant, usu approbatum, communiterque receptum esse, docet Ludovic. Rudolphin *tractat. de super. seu absol Princ. pot cap* 2. *num.* 5 *& c.* Sic & Bossius *in tit. de Crimin. læs. Majest. numer.* 35. scribit: eo ipso, quòd quis est Dux creatus, simul eum habere privilegia eorum, quibus competit plenitudo potestatis, etiamsi superiorem recognoscat. Et ita quoque tenet Lancellot. Conrad. *in templ. om n Iud. libr.* 1 *cap.* 4. *de Duc. numer.* 11. *vers. Quocirca Alexand. in cons.* 1. *ponderatis his sub numero* 13. *vers. non obstat etiam. vol.* 5. *Alciat. in cons.* 5. *quia privilegium, num.* 26. *vers. sexta conclusio. libr* 4. *Natt. in cons.* 402 *visis actis. sub num.* 18. *vers. veruntamen. & num.* 21. *M. Anton. Peregr. in tr. de jure fisci. libr.* 1. *tit.* 2. *de his, qui jura fiscalia habent. nu* 79. *vers sed adverte. & c.* Ac latè id persequitur Petrus Anton. de Petr. *de potest. Princip. cap.* 3 *q.* 4. Qui idem *cap.* 4. multis autoritatibus probat; sicut valet testamentum Imperatoris sine solennitate; ita & te- 313 stamentum robur habere cujuslibet alterius Domini inferioris. Idque vulgò comprobari item solet ex corona aurea, cum gemmis & lapidibus pretiosis affixis seu insculptis, quâ solent coronari Duces: de quâ ter statur Marin. Freccia *in tr. de subfeud. tit. quis dic. Dux. numero* 44. *& num.* 45. *lib.* 2. Quæ talem eminentiam & honorem designat; *ut ait Paris de Puteo, in tract. de duell. quæst.* 5. *§ quoniam. numer.* 5. *vers. in qua quæst. libr.* 7. *& Lancellot. Conrad. in d. templ. om. jud. lib.* 1. *c.* 1 *§.* 1. *in pr. sub nu.* 12.

Wann nun deß testierenden Fürstlichen Fräwlins Herr Vatter vnd sambtliches Geschlecht/ wie/ gottliebs Gott/ in Responsionibus ad quartam Dubitandi rationem mit mehrerm angezeigt werden soll/ Vhr alte Hertzogen vnd rechte Fürsten seind: als folget ferner hierauß/ daß selbigen der gleichen Fürstlichen Freyheiten/ vnd also auch ohne Zierligkeit der Rechte zu testieren/ in allweg gebühren thüe.

Auß

Auß welchem dann fürs dritte noch ferners wol
schließlich erfolgen thut/ daß nicht weniger das Pri-
vilegium absque solennitate zu disponieren/ einem
Fürstlichen Frewlin oder Tochter/ auß dergleichen
Geschlecht entsprossen/mit keinem fuegen abgestrickt
oder genommen werden möge. Welches mit gutem
Grund zubezeugen/vorderst in acht genommen wer-
314 den soll: quòd Princeps duplicem habeat potestatem;
ac duplicia item privilegia ei competere videantur. Et
nempè quædam quasi realia censentur, quæ ut potei-
psi competunt intuitu Iurisdictionis sublimioris, quæ
territorio inhæret; vigore nempe cujus extraordinariâ
legibusque solutâ potestate utitur, ferè consimili eâ,
quam habet Imperator in Imperio universo: alia per-
sonam magis subsequuntur, Principique non territo-
rii, sed dignitatis, ac illustrissimæ nobilitatis, fideique
& legalitatis competunt ratione: id quod apertè pro-
315 bat lex, *Princeps.31. ff. de LL.* ubi legibus soluta po-
testas Principi adscribitur: Augustæ verò tantummo-
do tribuuntur privilegia, quæ Princeps habet. Et id-
eò differentia necessario erit constituenda, inter eam
potestatem, quæ Princeps intuitu Imperii seu Regni
habet; & quæ planè incommunicabilis est, *Sixtin de
Regal. libr. 1 cap. 5. à pr.* ac illa privilegia, quæ Princeps
Augustæ communicare solet. Augusta enim non fit
verè Princeps, Imperiive & potestatis absolutæ con-
sors. Esset enim id contra Monarchicam imperandi ra-
tionem. Cùm verò Augusta Principis privilegiis fru-
atur; sequitur omnino, quod aliud sit legibus soluta
& extraordinaria potestas, ossibus Principis (*ut lo-
316 quuntur*) inhærens: aliud Privilegium Principis com-
municatum Augustæ. Inter talia autem Privilegia
Principum personalia referri solet, quod Principis præ-
sentia reliquarum solennitatum defectus in testamen-
tis privatorum suppleat. *Iul. Clar. in §. testamentum. q.
56. num 7. Chassan. in catalogo glor. mund. 5. p. consi-
derat. 24. Special. 89. & Special. 124. Vasq. tractat. de
success. creat. §. 26 num. 1. & n. 8. Eman. Soarez. comm.
opin. lit. T. num. 41 Pecc. tract. de testament. conjug. lib.
317 3. c. 24 num. 2.* Sic & donatio, quam Princeps con-
fert in Augustam, *l. pen. C. de donat. int. vir. & ux.
Pecc. de testament. conjug 3. cap. 26.* aut in filium. *Bern-
hard Grav.a conclus. pract. conclus. 39. numer. 25.* & è
318 contra valet. Sic porro donationes imperiales, aut
quæ à privatis Principi fiunt, non monumentis indi-
gere judicantur. *l. sancimus. 34. vers. exceptis etiam.
Auth. subsequent. C. de donat. Novell. 52. cap. 2.* Eò
cùm id, quod super donationibus apud Acta conficien-
dis tenet, hac solum inductum sit ratione: clandesti-
nis ne alias fraudibus, facilè quidvis pro negocii op-
portunitate confingi possit; vel id, quod verè gestum
est, aboleri. *l. data. 27. C. de donat.* Quæ omnia & alia
consimilia multa, non territorii, Imperii, ejusve ad-
ministrationis & regiminis intuitu; sed solùm ratio-
ne dignitatis & tituli, ejusque eminentiæ competunt
319 respectu: sicque etiam Principes territorio carentes
(quos vulgò abgefundene Herrn/ aut etiam apana-
giatos vocamus, so ein gewiß deputat haben) privi-
320 legia quædam personalia sibi vindicare solent: pari-
ter ut Nobiles alia privilegia habent, quatenus sunt
nobilitati, vel ex nobili familia prognati: alia, quate-
nus libera Imperioque immediatè subjecta castra pa-
gosve tenent. Et eadem hæc privilegia illa omnino
sunt, quæ Augustæ quoque communicata censentur:
adeo, ut Boer. *decis. 228.* & Simon de Præt. *lib. 2. int.
1. dub 2. fol. 3. numer. 15.* decidant: fieri posse testamen- 321
tum coràm Principis uxore, nullâ aliâ adhibitâ juris
solennitate. Quod autem illa Principum Privilegia
personalia pariter quoque ut Augustæ, ita consimi-
liter filiis filiabusque ipso jure tributa sint, ex eo con-
vinci potest: quia nempe Principes, Duces, Fürsten/ 322
Fürstinen/ etiam patre vivente, vocari solent. *Ias. in l.
in suis. 11. ff. de liber. & posthum. heredib. institut.* quip- 323
pe nominum identitas identitatem arguit rei ipsius,
argumento l. si idem. 7. C. de Codicill. & ex nominis so-
lius appellatione aliquis jus acquirit. *can. sacerdotibus
38. caus. 11. quæst. 1. ubi gloss. in verb. appellat.* Ac fa- 324
cit, quod pater & liberi pro unâ eâdemque reputan-
tur persona *l. fin. C. de impub. & al. substit. l. cum sci-
mus. 22. circa finem. C. de agric. & censit. lib. 11. Novell.
48. in præfation. l. tam ex contractibus 57. ff. de ju-
dic. l. patri pro filio. 27. ff. de minoribus. Latè Hippo-
lyt. in sing. 160.* Et in specie, quod liberi utriusque 325
sexus, habeant privilegia patris, text. est expressus *in
l. fœmina. 8. & 2. ll. seqq. ff. de senator.* ubi id ex pro-
fesso tractant Dd. & simul illud dicunt: dignitatem
profectam à patre, majoris esse efficaciæ, quàm il-
lam, quæ procedit à marito. *Bald. & alii ad dict. l. 8. §.*
Vnd dieses noch mehrers zu besteiffen/ können auch
derowegen den Fürstlichen Kindern die privilegia
personalia patri competentia nicht entzogen werden;
quia etsi vulgo à politicis & Iureconsultis tradatur:
Regem cum filiis suis, non tanquam patrem cum fili- 326
is suis, sed tanquam supremum Principem cum subdi-
tis suis dispensare posse: cui enunciato patrocinantur
Dd. *in l. qui jurisdict. 10. ff. de jurisdict. per text. in l. in
privatis. 77. ff. de judic. l. si quis fortè. 6. § penult. ff. de
pœn.* in Principibus tamen, Comitibus, & aliis stati-
bus Imperii, qui dignitatem & potestatem suam non
proprio jure, sed à superiore, Imperatore, vel potiùs i-
pso Imperio consecuti sunt, & in pari dignitatis gra-
du constituti videntur, idem locum sibi vindicare ne-
quit. Neque enim filii Principum & Comitum Impe- 327
rii minùs Principes Imperii sunt, & nominantur, patri-
bus viventibus, quàm illis defunctis. Hæc etenim qua-
litas dignitatis toti familiæ tribuitur: ut quicunque ex
eâ nascantur, illa præditi existimentur: Daß sie alle die
von dem Stammen gebohren werden/ deß Heiligen
Reichs Fürsten vnd Graffen seyen: ut in terminis
loquitur exacti judicii Iureconsultus, Nicolaus Betsius,
tract. de pact. famil. cap 8. fol. 426. Sic & Modestinus
Pistor. *Illustr. quæst. p. 4. q. 169.* ita scribit: *Si quæstio sit
de Nobili, qui est Dominus alicujus territorii, & in eo
territorio, oppidulo, seu villâ imperium habet jure pro-
prietatis: non puto, filios ipsius, Iurisdictioni ejus subjo-
ctos, sed ipsi in dignitate esse pares: cùm in tali imperio &
dominio territorii illi sint futuri successores, atque etiã
ipsi quodammodo sint domini, argum. l. in suis 11. ff. de
lib. & posthum. heredibus instit.* Cùm ergò tali casu
Pater & filius (ac etiam filia) æquè sint Nobiles & e- 328

jusdem dingitatis : putamus , hic regulam
(par in parem non habet Imperium. *l. nam magi-
stratus 4 ff. de recept. qui arbitr recept. & similib.*) lo-
cum obtinere. Consentit Ziegler. *in Aur. prax Cal vol.
concl. 1. §. nobiles. num.* 14. & Matth. Stephani *libr. 1. de
Iurisd cap. 1. num 73. & seqq.* Et quamvis nonnulli
dicant: hoc posse procedere in filiis masculis, successo-
ribus in principatu ; non autem in fœminis, quæ ab
eo excludantur: id tamen Nicolaus Betsius *dicto loco,
fol.* 437 omninò negat, ubi scribit: *sufficit, sui naturâ,
& regulariter liberos omnes (utriusque sexus) Prin-
cipis, frui debere eisdem privilegiis & commodis , qui-
bus Pater : quia scilicet omnes liberi ejusdem, & titu-
329 lati existunt.* Et pertinet huc: quòd, ut Princeps in
confirmandis statutis subditorum suorum, semper
censetur excepisse suam personam, eâ ratione, quòd in
generali dispositione non includitur persona loquen-
tis, *argum l. inquisitio. 18. C. de solut.* ita quoque id lo
cum habeat respectu omnium suorum liberorum &
sanguine conjunctorum : sicuti tradunt Petrus, &
Cyn. *in d. l inquisitio.* & egregiè Bald. *in l. cùm acutis-
simi. 30. numer. 6. C. de fideicommiss.* & alii congesti à
Tiraquello *in tract. de pœn. caus* 51. *num.* 79. Quamvis
autem Rolandus à Vall. *cons. 80. volum. 1. num. 38. ver.
venio ad secundum.* in casu dispositionis Comitis cu-
jusdam probare conetur, dictâ dispositione confirma-
tâ, à Vicario Imperii, Marchione Montis Ferrati, nomi-
ne Imperatorio, ligari filias & sorores, reliquosque de-
scendentes dicti Comitis : illi tamen constantissimè
contradixisse *in cons. 250 vol.* 3. Menochium, refert Ful-
vius Pacianus, *de probat. libr.* 2. c. 3. *num.* 143. & eundem
sequitur ibidem. Ac quòd statuto de lucranda dote nō
330 ligetur filia Principis vel Comitis, tradunt Rolandus à
Valle & Francisc. à Solis, *in tract. de jur. dot.* ille *q.* 83.
hic verò *q.* 15.

Wie nun bißhero verhoffentlich zu gnug darge-
than worden/ quòd privilegia Principi, ratione tituli,
generis, dignitatisque personæ competentia, auff alle
sampt vnd sonders/ so selbigen Geschlechts/ Titul /
Ehr vnd Würden seyn/ gehörig / als ist ebenmässig
gar nicht zu zweifflen/ dann daß die Facultas liberri-
mè, & absque juris civilis solennitatibus zu testieren /
kein dergleichen privilegium seye/ welches legibus so-
lutæ, & plenitudini potestatis, territorialive jurisdicti-
oni, dem Fürstenthumb oder dessen Regierung allein
nachfolgig/ sondern viel mehr personæ principali, pro-
pter dignitatem & fidem anhängig seye / in Beden-
ckung / solches privilegium nicht allein einem privato
offtermals gegeben wird (Non rarò enim alicui tale
Privilegium ab Imperatoribus datur, ut possit absque
solennitate testari : ac si alicui sic concessum privilegi-
um liberè testandi : tunc eidem etiam intelligitur re-
missa observatio solennitatum, quas habet jus civile.
Alberic. Bald. Ias. Salic. Fulgos & alii in l. si quando. 35.
331 *C. de inoffic. testam*) Sondern es ist auch ipso jure ein
Vatter befugt ohne Zierligkeit zu testieren : & valèt
testamentum, etiamsi in eo non interveniant solenni-
tates à jure civili requisitæ: de hocque est Textus ex-
pressus *in l. hac consultissima 21 §. ex imperfecto. 1. C.
de testament.* sed inibi solummodo attenditur disposi-
tio juris gentium, ut sentit *Bart. in d. §. ex imperfecto
in final. verb C. d. tit.* Et ita tenent omnes, teste Iasone,
in Auth novissima. num. 16. C. de inoffic. testam. Sic &
milites hoc jure gaudent. *tot. tit. Inst. & ff. de milit. te-
stament.* Welches alles nicht geschehen köndte/ wann
derogleichen privilegium incommunicabilem aut ter-
ritorio, ejusve regimini adhærentem potestatem con-
cernieren, oder selbigem allein anhangen thäte.

Zum vierdten hat solches alles in gegenwertigem
Fall desto mehr Statt / vnd soll dieses Fürstlichen
Feewleins Testament/ auch der Vrsachen nicht vmb-
gestossen/ widerfochten/ oder strittig gemacht werden/
weil selbiges einen Fürstlichen Standt / ihre eigne
Cantzley/ auch Fürstliche hoffdiener vnd dienerin ge-
habt/ ihre Rechtfertigungen je vnd allwegen activè
vnd passivè, so wol am Kayserlichem Hoff / als an-
derstwo geführt/ zumal solche jetz strittige disposition,
in beysein angedeut ihrer fürnembsten Geist- vnd Welt-
lichen officier, Diener vnd Dienerin/ theils mit aigner
Hand geschrieben/ theils durch ihren Secretarium ver-
fasset vnd subscribieret : Also daß die jenige rationes
vnd Vrsachen/ darumb man einem Fursten das pri-
vilegium absque juris solennitatibus zu testieren ad-
scribirt, sich allhie sampt lich vnd stattlich befinden thū.

Quippe rationem, cur Imperatori, reliquisque Prin- 332
cipibus summis, sine solennitate ullâ, præsertim verò
testium convocatione, integrum sit, atque liceat face-
re testamenta, hanc credunt Interpp. nostri: quòd il-
lis maxima semper adsit Virorum Clarissimorum, a-
liorumque Ministrorum copia , quorum præsentia
nulli fraudi , nullique dolo aut falsitati relinquat lo-
cum, *Bald. in l. omnium. 19 in princ. per illum text. ibi-
que Ias. nu. 1. C. de testam. Tiraq. in tr. de nobil. cap.* 20.
n 181. Et ita etiam dici solet; donationes Illustrium per-
sonarum non egere insinuatione. *Bald. in l. sancimus.
34. C. de donat.* eamque *ibidem. n.* 4. rationem subdit ; 333
quòd ejusmodi personæ illustres, semper suum habe-
ant comitatum, & publicè fieri dicatur, quod ab illis
fit, quibus tot proceres al[illegible]t: indeque porrò omnis
fraus & dolus excludatur. Cùmque in hoc nostro ca-
su militet hujus privilegii causa, & adsit habilis persona
(Principissa nimirum, Aulam & Aulicos officiales ha-
bens) non sanè videmus, cur cessare, vel quiescere hîc
debeat effectus, *per jura vulgò vulgata.*

Zum fünfften ist hiebey auch dieses zuerwehnen /
daß so wol die testiererin/ als der institutus hæres vnd
selbige/ so ab intestato proximiores seynd vnd diese dis-
positionem widerfechten möchten / sambtlich Fürstli-
che hohenstands Persohnen seynd / welche gegenein-
ander in keinen weg das jus strictum , ejusque apices
odiosos in Acht nemmen / sondern ex mero naturali
gentiumque jure ihre gegeneinander habende Strit-
tigkeiten eröffnen sollen. Quam eandem quoque ob 334
causam omnes Principum contractus bonæ fidei esse
dicuntur, ut docet Franciscus *Hettem. cons. 15. & idem
firmant Dec. cons. 4. n. 2. in fin. & Tiber. Decian. cons.* [illegible]
n. 3. lib. 3 Solennitates autem testamentorum juris o-
mninò positivi, seu civilis existunt. De jure enim genti- 335
um, imò & naturali, unusquisq; de rebus suis disponere
potest per ultimā voluntatē: sicut vigore eorundē juri[illegible]

cele-

336 celebrari queunt permutationes, & alii contractus.
De jure verò civili est, quòd hoc tantùm vel illo modo, & cum hac, vel illâ solennitate, & non aliter, per
ultimam voluntatem disponatur, juxta leges particulares, aut consuetudines præscriptas cujusvis Reipublicæ aut loci: sicut etiam jure civili multa circa contractus, legibus ac consuetudinibus variis in locis sunt
introducta. *Ludovic. Molina de just. & Iur. tractat. 2. disp. 124. in fine.* Nun soll man aber diese minutias
in Fürstlichen Testament deß do weniger exigieren, weil solche zumalden privatis odiosæ vnd hochverdrüßlich seind. Ita enim vetus inscriptio Neapolitana
memoratur à Cujac. *in recit. ad Cod* in quâ ex more
337 prisco, titulo monumenti voluntatis suæ quidam hæc verba præscripsit: *Dolus malus & Iurisconsultus absto.* Et simile hujus testamentum commemorat Scævol. *in l. Lucius Titius. 88. §. Lucius Titius hoc. 17. ff. de legat. 2.* quod & ipsum ascribere placet: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi, sine ullo jurisperito, rationem animi mei potiùs secutus, quàm nimiam & miseram legum diligentiam: & si minus aliquid legitimè, minusvè peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.*

Vnd das gegenwertig testierende Fürstliche Frewlin auch dieser Meinung gewest/ ist der Vrsach deß do weniger zu zweifflen/ weil selbiges ihren hochge-
338 ehrten Freundt vnd Gutthättern instituirt. At verò in testamento facto ad amicum, propter ardorem liciti amoris, subintelligitur clausula codicillaris, seu omni meliori modo; ut, *post Vasquium*, tradit Ioh. Dauth. *in tract. de testam fol. 324. num. 4. & 31.* & Gabr. Rom. *libr. 4. recept. conclus. tit. de testam. conclus. 5. num. 2, v. primò limita. &c.* Ingleichem / weil die solennitates testamentorum der Vrsachen introduciert, ne nimia fraudis facilitas, quæ morte testatoris alioqui tegeretur, aliquid possit audere, *l. si unus 12. dict. l hac consultissima. 21. C. de testament. l. fin. C. de codicill. Clar. libr. 3. recept. sentent. § testamentum. quæst 56. num. 1. Covarruv. in c. cùm esses. num 8 eod. Ripa. ad l. nemo. n. 27. de legat. 1. Alciat. ad l. 1. C de SS. Eccles. num. 11 & 52. ut & libr. 6. paradox. cap. 17. Donell. lib. 6. Commentar. de jur civ. cap. 7.* In gegenwertigem Fall aber einige Vngebühr oder Gefährligkeit tam ratione testatricis, quàm instituti hæredis mit nichten zuvermuthen: Als kan man propter talium solennitatum defectum dieses Testament mit keinen fuegen/ & absque aliquâ sugillatione integerrimæ famæ, Celsissimi
339 Domini hæredis, verwerffen. Nempè cum constat, fraudem non intervenisse: debetur hæreditas etiam ex minùs solenni testamento: ut multi Dd. magni nominis concludunt, apud Menoch *libr. 1. præsumpt. 80. n. 13 & seq.* & Mascard. *lib. 3 de probat. concl. 1352. n. 16 & 17.*

Zum sechsten/ die vnsere Decision noch mehrer zu bestercken/ kan ebenmäßig ex persona Dno. Hæredum ab intestato ein starck vnwidertreiblich Argument pro Illustrissimo Domino instituto hærede genommen
340 werden. Namque cùm Principes, honestate, æquitate & pietate præ cæteris conspicui esse, hisque Virtutibus operam quàm maximè dare debeant: als werden deß testierenden Fürstlichen Fräwlins nechste Fürstliche Verwandten ihren vnzweiffenlichen letsten liebsten & geminatâ scripturâ probierten Willen / in einigen Weg anzufechten vnzweifenlig nicht vndernemmen.
Etenim honestum, æquum & pium est: voluntates defunctorum etiam imperfectas, sed tamen certas, observari. Et hæres ab intestato, quomodocunque non 341
habeat defuncti voluntatem, licèt id ex actu etiam invalido cognoscatur, honestè succedere non potest, ut in terminis Socinus Iun. tradit *cons. 145. num. 7. & nu. 12. volum. 2.* Nec omnia, quæ jure stricto licent, honesta etiam censeri debent; ejusque sententiæ apertè fuit
Plinius Iunior, Author gravissimus. Is namque *lib. 2.* 342
Epist. sic ad Arrianum scribit: *Admones me, codicillos Attiliani, qui me ex parte instituit hæredem, pro non scriptis habendos: quia non sunt confirmati testamento. Quod jus ne mihi quidem ignotum est: cùm sit iis etiam notum, qui nihil aliud sciunt. Sed ego propriam quandam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates etiamsi jura deficerent, quasi perfectas tuerer. Constat enim: codicillos istos Attiliani manu scriptos. Licèt ergò non sint confirmati testamento: à me tamen, ut confirmati, observabuntur.* Et pariter ille *lib. 5.* in hunc modum ad Calvisium scripsit: *Hoc enim si jus aspicias, irritum: si defuncti voluntatem, ratum & firmum est. Mihi autem defuncti voluntas (vereor, quam in partem Iurisconsulti, quod dicturus sim, accipiant) antiquior jure est.* Wann nun Plinius, als ein Heyd/ dieser Meinung gewesen/ wie vielmehr soll solcher æquanimität ein jeder Christlicher Fürst sich befleissen: maximè 343
cùm testamentum, cui desunt solennitates, jure positivo requisitæ, validum nihilominus existat in conscientiæ foro. Etsi enim Covarruv. *in cap. cùm esses. 10. ext. de testam. num.* 10. edocere conetur; tale testamentum etiam in foro poli non valere: adeò, ut hæres ex tali testamento institutus, & legatarius teneantur ad restitutionem hæredibus ab intestato: contraria tamen sententia omninò verior, magisque communis est. Hanque esse communem opinionem, non ipse Covarruvias negat; cumque ingenii duntaxat ostendendi gratiâ, adversam sententiam defendere fuisse conatum, Ludovicus Zunth. *in cons pro uxor. nu.* 41 prodit. Hæcque nostra sententia invincibile robur ex eo habet
quia communis sententia Doctorum utriusque juris est: ex testamento minùs solenni oriri obligationem naturalem: ut testatur Iulius Clar. *in d. §. testamentum. q. 90. numer. 1. & Iac. in l. cùm quis. 10. C de jur. & fact. ignor. num.* 13. & fatetur Covarruv. ipse *numer.* 9. At- 344
qui hoc nihil aliud est, quàm testamentum tale in foro conscientiæ validum esse, ita ut hæredes ab intestato ei satisfacere teneantur: & institutus possit relictum etiam per Evangelicam denuntiationem petere, ac
hæreditatem, cujus possessionem bonâ fide acquisivit, 345
retinere: quamvis jus civile ex eo non tribuat actionem: sicut etiam simplex promissio in foro conscientiæ est implenda, etiamsi jus civile ex eâ non concedat actionem. Et ita Theologi fere omnes, qui hanc quæstionem attigerunt, apertè docent: *Adrian. quodlibet. 6. arti. 1. illat. 2. Angel. in verb. hæres. n. 5. Tabien. ib. n. 4. Sylvestr. verb. testam. 1. q. 5. §. quartum, secundùm Archidiac. & verb. hæreditas.*

ditas.3.q.7.Ioh.Medin.tract. de restit. quast.23. in fin. Lopez.2.part.cap.14. Setus lib.4.de Iustit. quast.5.art. 3 Bannes quast.62.disputat.5.Pariter & Panormitan. in c.quia plerią. de imminut. Eccles. num. 42. & permulti alii ex Iurispetitis, quos Covarruv. *in d.c.cùm esses.10.ext.de testament.* refert, affeverant: ejusmodi testamenta valida esse in conscientiæ foro; modò constet, eam fuisse voluntatem testatoris. Vnde consequenter dicunt: si frater defuncti, qui ab intestato debebat succedere, sibi omninò persuadeat, defuncti voluntatem fuisse, ut extraneus, qui in minùs solenni testamento reperitur hæres institutus, in bonis ipsius succederet, quòd tunc teneatur in foro conscientiæ relinquere illi hereditatem; licèt ea hæreditas ipsi fratri, tanqoam hæredi ab intestato proximiori, in foro ex-
346 teriori adjudicetur. Quòdque lethaliter peccet hæres ab intestato, cui de testatoris voluntate constat, si ex eo, quòd hæreditas relicta fuit alteri extraneo in minùs solenni testamento, eam petat in foro exteriori; teneaturque illi restituere, non solùm obtentam hæreditatē, sed etiā damna omnia, ex eo (quòd illā petierit & obtinuerit) subsecuta, multis docet insignis Theologus & Iureconsultus Ludovicus Molina, *in tract. de Iust. & Iur tract.2. disput.81. sub num 5.* Qui idem *nu.*
347 *20.* edocet; legatarium, qui sine vitio esset in possessione legati, sibi relicti in minùs solenni testamento, habere exceptionem adversus hæredem illud petentem, nec in exteriori foro teneri illud solvere: eò, quòd esset melior conditio possidentis; idque affirmat Bartolus, Emanuel à Cost. & alii, quos refert Gama *decis.221. & 347.* Et hæc itidem probari eleganter possunt *ex leg. et si inutiliter. 2 C. de fideicommiss.* Vbi Imperator Antoninus sanxit: Non posse per te repeti fideicommissum relictum à defuncto inutiliter (id est, in scriptura minùs solenni) si tu sciens voluntatem defuncti cujus es hæres, illud præstitisti Rationem subdit. *Quia non ex solâ scripturâ, sed ex conscientiâ relicti fideicommissi, defunct. voluntati satisfactum esse videtur.* Hic apertè supponit Imperator: voluntatem defuncti, de quâ constet per confessionem hæredis, cujus interest, validam esse debere, etiam in foro externo, etsi per scri-
348 pturam minùs solennem non satis probetur. Etinde colligunt Iurisperiti illud idem, quod jam suprà dictum fuit; scilicet legata, quæ in testamento minùs solenni alicui sunt relicta, si ab eo possideantur, non solùm posse in foro conscie. tiæ retineri; sed etiam in externo defendi per legitimam exceptionem. Quam sententiam & Iason dicit esse communem, utestatur Covarruv. *in d.c.cùm esses.* 10. *de testament.num.*10. Confert quoque huc *§ per traditionem 40, Inst. de rer. di-*
349 *vis* ubi: ita inquit Imperator: *nihil tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem Domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* Ergò non est conveniens naturali æquitati, ut omissio talium solennitatum; præsertim si per ignorantiam, vel oblivionē, vel impotentiā proveniat) hanc voluntatē reddat invalidam. Valdè enim durū est, ut no ... possim testari, vel aliquid legare in favorem amici ... quod desit unus testis vel Notarius: & ob hanc causam amicus teneatur restituere fratribus meis, vel sororibus,

vel cognatis, quibus ob justas causas nihil volui relictum, *Leonhard. Lessius de Iust. & Iur. lib.2.cap.19. dubit.3 num.19. & Ludovic. Molin. d. disput.* 81. ubi monent; tali in casu potiùs transigendum, quàm non illæsa conscientia jus strictum exigendum esse.

Letzlichen kombt auch hierzu / quòd in dubio (in 350 quo sanè casu nos ad minimum versamur) eligenda sit illa opinio, quæ pro sustinendo testamento facit, tanquam quæ benignior existat *Fulgos.consf.90. in quast. Ioan.col.2. vers. postrem. Grat. Respons.6 num.26. Barbat.cons 6.num 3 4 5 lib.*1 ubi etiam asseverat, opini- 351 onem unius Doctoris faventem testamento, præferendam esse opinioni communi. Nil est enim, quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & liberum existat arbitrium, quod iterum non 352 redit *l.1. C de SS. Eccles.* publicèq; expedit, suprema hominum judicia exitum habere. *l. vel negare. 5. ff. quemad.test. aper.* Hinc testantis voluntatem, veluti legem servandam esse, lex ipsa statuit, *§. disponat. Auth. de nupt Nov.22.c.2.* Ac propterea pietatis & humanitatis intuitu amplectenda est illa sententia, quæ pro sustinendo facit testamento *l si pars judicantium, 10 ff. de inoffic. testam.* Ideoque veniens contra voluntatem 353 testatoris, censetur jura pietatis violare, quamvis ipsa voluntas adversetur favori libertatis *l.contra voluntatem.7.C.de testamentar.manumiss* & causam testamēti piam atque favorabilem, & in dubio pro ipsa voluntate ac testamento judicandum esse, censuit quoque Feder. de Sen. *cons.13. casus talis est: quidam testator, &c.* cui tres Theologi subscripserunt: aliosque in hunc sensum magno numero allegat Ludovicus Zunth. *in Respons pro uxor.num.1075* Et quòd in dubio tenenda sit illa opinio, quæ favet testamento, etiam ad exclusionem filiorum, tradit Grammat. *decis.* 103. piumque esse defendere testamentum, quòd prætextu alicujus omissæ solennitatis impugnetur. dixit Paul Castr. *cons. 413. viso & examinato suprascripto puncto. col. 2. vers. sed his non obstantibus. lib.*2.

354

355

RESPONSIONES AD CONTRARARIA, sive rationes dubitandi.

Dieser unserer zu verhoffen Geniige firmitter, und bißhero außgeführter decisiontan und mag selbiges / so in rationibus dubitandi eingeführt / keinen abbruch gebähren. Dann anbelangend / daß erstlich fürgewend worden Principes Germaniæ aliorumque Regnorum, utpote inferiores & Imperatori vel Regibus subjectos, hocce privilegio, nempe absque solennitatibus juris civilis testandi, non gaudere; eò, quòd respectu tantùm subditorum suorum Imperatorem in suo territorio repræsentent, non vero ... in casu, ubi in curiā superioris de validitate talis testamenti disceptatur, wird hierauff mit gutem Grund geantwortet: quod 357 Imperii status Principum habeant prærogativam ubique, nisi quod certis in casibus Cæsaris, Imperiique Majestatem observare tenentur, nec non privilegium etiam in Aulā vel Camerā Imperiali, inter ipsos dum,

356

dum jus dicitur, negligi possit. Und ist ferner hieoben in secunda decidendi ratione zugenügē außgeführt worden / daß die Principes inferiores excommunissimâ opinione solches absque solennitatibus juris civilis testandi privilegium haben / angesehen selbige allein / quoad Imperatori vel Regibus reservata specialia & sublimia jura, superioribus suis cedant, non vel Regibus reservata specialia & sublimia jura, superioribus suis cedant, non quoad illa, quæ talem sublimitatem, verèque dictam Majestatem (summam nempè, perpetuam & legibus solutam potestatem) haud
358 concernunt. Facultas autem liberè & absque solennitatibus juris civilis testandi, minimè est de reservatis summæ & Majestaticæ potestatis: cùm quippe (*ut jam suprà num.331. deductum fuit*) tale privilegium ab Imperatoribus, etiam privatis, nulloq; titulo Illustri præfulgentibus, haud rarò concedatur, & pariter militibus, parentibusq; ipso jure tributum fiet.

Ebenmässig kan die ander dubitandi ratio nichts widriges verfangen / welche dahin gehet / daß allein selbige Fürsten / seipso actu regieren und Landts-Fürstliche Obrigkeit exerciren, absque scrupulosa solennitate juris civilis ihren letzten Willen verfassen
359 mögen / in Bedenckung / das Widrig / & quòd nempe privilegium hocce regulariter personam omnem, illustrissimo titulo insignitam concernere, bereits bey
360 den rationibus decidendi erstritten worden. Et facit huc, quòd condere testamentum, non sit Iurisdictionis, nec voluntariæ, nec contentiosæ, ut in terminis scribit Pruckman. *in §. soluta potestas cap.7. membr.3. effect.5. num.10. & seq fol.651.* Iurisdictio quippe à jure dicendo dicitur. *Hieronym. à Monte. tract. de finibus cap.11. num.3. Coras. Miscell. lib 3. cap.17. num.1. Alciat. disput. lib 2. cap.24. in fin. Valasc. in l. imperium.3. num.1 ff. de jurisdict. om. jud. Vacon. à Vacun. declarat 77. num.1.* Sed cùm testamentum conditur, non dicitur jus. Ergò condere testamentum non est Iuris dictionis. Secundò voluntaria Iurisdictio tantùm ratione partium ita vocatur. Omnes enim omninò Iurisdictio, indicis respectu necessaria est, *Bartol in d. l. Imperium. in fin. ibiq. Iason. num.338. & Valasc. num.269. ff. de jurisdict. om jud.* Sed cùm testamentum conditur, nullæ adsunt partes. Princeps enim, qui testamentum condit, solus est. Itaque confectio testamenti nec voluntariæ jurisdictionis existit. Wann dann die confectio testamenti nit ad jurisdictionem gehörig / als wirde derowegen wol geschlossen / quod facultas absque solennitatibus testandi, haud tale privilegium existat, quod Imperium & Iurisdictionem autocraticam immediatè & solùm subsequatur, nec ulli, nisi qui talem jurisdictionem habet, competere queat.

361 Die dritte Ratio dubitandi, in dem Nahmlich fürgeben worden / neminem jura Principis in alieno territorio exercere posse, wirdt mit eben jetzt angedeuter Distinction hingelegt: quòd nempè ea tantùm jura in alieno territorio nequeant exerceri: quæ profluunt ex Imperio & jurisdictione, non quæ inhærent personæ, illustrissimamque nobilitatem subsequuntur. Inmassen offenbahr / daß ein Fürstliche Person / ob sie gleich in eines andern territorio sich auffhält / nichts destoweniger jhr dignitatem, titulum, præeminentiam, Stand und Würde / auch was deme anhanget / behaltet. Zu dem und ob schon dieses Fürstl. Fräwlein in einem frembden territorio so jhrem Geschlecht / Stamm und Nahmen nicht zugehöret / gewesen / so hat doch selbiges consensu Domini territorialis einen Fürstlichen Stand und Hoffhaltung geführt. Und 362
ist ohnzweiffelich nicht zuvermuthen / daß selbiger Fürst / in dessen Land dieses testierend Fürstl. Fräwlein sich auffgehalten / oder dessen Person einiger Botmässigkeit ullo casu sich anzumassen gewilt gewesen. Darumb dann *d. l. cùm heredis.7. C. qui testament. fac. poss. & dict. lib 3. Cod. de testament.* quæ leges de testamento merè subditi, in quo Princeps institutus est. Reden / dahero gantz nicht gehörig sind.

Was zum vierdten de Silesiæ Principibus, und 363
daß selbige den unmittelbahren Ständen deß Heil. Römischen Reichs / diß Orts nicht zuvergleichen / erwehnet / mag auch nichts Widriges schaffen / dann weil solche Fürsten ratione generis & familiæ andern gar wol zuvergleichen / auch von Keyserl. Majestät mit Fürstl. Titul / Ehr und Würde begnadet; auch von allen Fürsten unnd männiglich darfür erkant werden / zumahl in jhren Landen Fürstl. Gewalt haben: können wir nicht sehen / warumb sie nicht so wol / als die Fürsten deß Heil. Römischen Reichs dieses privilegij de quo sermo nobis est, zugeniessen. Zu dem reden die Doctores, qui inferioribus Principibus liberam hancce testandi facultatem attribuunt, nicht allein de Principibus Germaniæ, sed & aliorum Regnorum, Pontifici Romano, aliisque Regibus subditis. Et certè familia Principum Ligio Bregensium, 364
ab antiquo & multis certò seculis in Silesia rerum est potita: ac à Piasto, Poloniæ Monarcha, cujus posteritas 500 circiter annorum spatio, ordine successorio, apud Polonos felicissimè regnavit, continuâ ferè, absque ullâ interruptione originem ducit. *Nicol. Henelius in Silesiographia.* Quodque Principes Silesiæ jus Ducale & ferè Regium habeant, deduxit Schiferdegher. *lib.3 tract.29. quæst.* 1.

Belangend die letzte dubitandi rationem; quòd nempè hoc testamentū etiam voluntatis ratione imperfectum sit, nec adeò in vim privilegiati testamenti valere queat: Ist darauff mit fattem Grund zu respondiren; quòd hoc testamentum, tanquam privilegiatum, omnino pro satis perfecto debeat haberi. Etenim quando testator perfectè suam voluntatem expressit; & pro perfecta habuit, quia non constat: quòd plus voluit disponere (quod & in dubio præsumi solet) ut quia scripsit in schedula suam voluntatem, sed eam coram restibus & Notario non publicavit: tunc sanè receptum est, tale testamentum, ut testamentum privilegiatum, valere. Hancque dicit communem Doctorum opinionem Alexander. *cons. 114. num. 7. volum.1. Boer. decis.240. num.4. Cephal. cons.99. nu.3. Fernand. Vasq. in tract. de success. creat. lib.3. §.22. sub num.6. vers. quid dicendum Clarus d. §. testamentum quæst.7.* Quodque dictum fuit, si reperietur schedula 365

ſcripta vel ſubſcripta manu propriâ ipſius teſtatoris, continens ejus voluntatem diſponendo de bonis ſuis, tunc eam non valere, nec in favorem piæ cauſæ, alteriusvè teſtamenti privilegiati: cùm talis ſchedula magis præparatio ad diſponendum, quàm diſpoſitio debeat haberi, &c. Illud nullatenus pertinet ad noſtrum caſum, in quo Illuſtriſſima teſtatrix, verbis & ſcriptis ſæpè repetitis, voluntatem ſuam plenè declaravit, & Notarium majoris tantùm cautelæ ergò advocari curavit; ſed non potuit coram eo teſtari morte præventa. Verùm ſi appareat ex verbis teſtatoris, eum adhibuiſſe mentem deliberatam ad abſolvendam voluntatem, & eam habebat pro perfecta & abſolutâ; tunc omnes Doctores admittunt, convocationem Notarii omiſſam non efficere, quò minùs ſubſiſtat teſtamentum. Hancque dicit communem *contra Oldradum* Aretinus *in l. ſi is, qui teſtamentum.25.ff qui teſtam. fac.poſſ.* ac eandem frequentiſſimo conſenſu approbatam ait Fernand. Vaſq. *d.§.22.num.6.verſ quod dicendum, &c.* Et quando teſtator perfectè voluntatem ſuam expreſſit ac declaravit, & ipſam pro perfectâ, expreſsâ ac declaratâ habuit, nempe quia non conſtat, quòd plus voluit diſponere, quàm diſpoſuit (quod
366 & in dubio præſumitur; quia nemo cenſetur plus habere in corde, quàm ore expreſſerit, ut notanter inquit in his ipſis terminis Bald. *in d.l.ſi is, qui teſtam.25.v.3. not.ff. qui teſtam.fac.poſſ. Ruin. conſ.1. ſub num.22. verſ.non obſtat cum tertio.in fin.lib.2. Alexand.conſ. 74.num.3.lib.1.*) maximè, ſi in ſchedula teſtamenti heredum adſint inſtitutiones. Iſto quidem caſu, licèt ſchedula illa coràm Notario & teſtibus non ſit publicata, quamvis hoc teſtamentum non valeat inter extraneos: valet tamen inter liberos, aut ut aliud teſtamentum privilegiatum. *Vaſq.de ſucceſſ creat. d.§ 22. ſub num.* 6. Sique ex verbis teſtatoris, & inſpectis negotii circumſtantiis appareat, quòd tunc, omni morâ propoſitâ, volebat teſtari, & habebat voluntatem ſuam pro deliberata ac perfectè declaratâ; ut quia teſtator ipſe in mortis articulo eſſet conſtitutus, & Notarium accerſiri juſſiſſet condendi gratiâ teſtamenti, & protuliſſet verba apta ad teſtamenti confectionem: tunc vocatio Notarii de juſſu teſtatoris non ſuſpendit voluntatem ipſius jam perfectam & abſolutam: ſed potius denotat ipſius deſiderium: ut, quò magis voluntas ejus ſit in aperto, publicum de illa conficiatûr Inſtrumentum; quod licèt factum non fuerit; nihil impedit, quò minùs ipſa teſtatoris voluntas effectùm ſortiatur inter liberos, ad pias cauſas, ſimilibusque in teſtamentis privilegiatis. Quæ ſunt verba Ludovici Zunthi, *in jam ſepiùs adducto reſponſo pro uxore. num.293. ubi plures pro ea ſententia allegata.*

367 Zu welchem noch ferner kompt/ daß das Fürſtl. Teſtierende Fräwlein geminatâ ſcripturâ jhren Willen erklärt. Conſtat autem, quòd geminata verba multùm operantur ad ſignificandam mentis deliberationem, & enixam diſponendi voluntatem, *juxta l. balliſta 32. cum ibid. not.per omnes Dd.ff. ad ſenatuſconſ. Trebellian.* & plurima cumulantur eum in ſenſum per Roman. *in Repet.l.ſi verò.64. §.de viro.9.fallent.31. ſub num.144. uſq; ad num.163. ff.ſolut.matrim. Anton.Corſet. in tract. de verb.geminat.per tot. Carol. Cot.in Memorial.in verbo, Geminatio Roland à Valle conſ.61 num.15.&16.lib.2 Nevizan.conſ.66.num.28. Aym.Cravett.conſ.201. num.42. & Reſponſ.1.pro gener.num.133.* Et inter alia geminatio operatur, ut ver- 368
ba enunciativa, propter aliud principaliter emiſſa, quæ regulariter non operantur, ſi fuerint geminata, diſpoſitionem inducant, *ſecundùm Bart. & Angel.in l.cùm ſcimus C. de agricol. & cenſit.lib.11 Iaſon.in l.ex his verbis, in 1.limit & ibi Dec in 1.limitat.C.de teſtam. milit. Anton.Corſet. in dict.tract.de verb.geminat. à princip. verſ. Tertiè verba enunciativa. Roland.à Valle conſ.60. num.25. Cephal. conſ.47.num.32.& conſ.192.nu.37.*

Vnd weil das Teſtirende Fürſtl. Fräwlein nicht allein mit Worten/ ſondern mit vnterſchiedlichen Schrifften jhren letzten vnd liebſten Willen erklärt/ würd hierdurch mentis deliberatio, & enixa diſponendi facultas alſo klärlich erwieſen/ ut nullâ aliâ demonſtratione porrò opus eſſe videatur: cùm nempe 369
geminatio ſcripturarum, temporis intervallo facta, ad majorem & maturiorem deliberationem ſignificandam, plus operetur, quàm geminatio verborum, facta in continenti, ut *poſt Iaſon & alios plures à ſe allegatos*, tradit Ludovicus Zunthus *in ſanè laudato reſponſ. num.467.* Da bey dann wir zuerwehnen nicht vnterlaſſen ſollen/ daß gar rathſamb wäre/ wann alle Zeugen vnd Perſonen/ ſo dieſem Actui teſtandi beygewohnt/ ad perpetuam rei memoriam gebührend abgehört/ jhnen auch beyde Schrifften vorgelegt/ Illuſtriſſimæ Teſtatricis manus zu recognoſciren præſentirt, vnd ſie in gemein aller Vmbſtänd außführlich/ vnd auff das fleiſſigſte befragt würden. Vnd ſo viel von der Erſten vnd proponirter Frage.

QVÆSTIO SECVNDA.

VOn der andern Frag (darinnen man zuwiſſen 370
begehrt/ Falls gegenwärtige diſpoſition für kein perfectum teſtamentum gehalten werden möchte/ ob ſolche ſonſten als ein Donatio mortis cauſa, oder ein anderer letzter Will/ im Rechten gültig vnd beſtändig verbleiben ſol) iſt nunmehr nicht weitläufftig zuhandeln/ angeſehen/ bereits hie oben operosè erſtritten worden/ daß ſolche diſpoſition als von einer Fürſtin/ vnd vor jhrem Hoffgeſind auffgericht/ nicht allein keiner fernerer ſolennität von nöthen gehabt/ ſondern auch die ſonſt ab inteſtato venientes Illuſtriſſimi hæredes mit Fügen vnd gutem Gewiſſen/ vieler Vrſachen halber/ offt Hoch-gedacht Fürſtl. Fräwleins extremam enixiſſimamq; voluntatem, & de cujus certiſſima certitudine niemand zweifflen kan/ in keinem Weg anfechten ſollen noch mögen. Et ita cùm valeat diſpoſitio hæcce ut teſta- 371
mentum, non opus eſt diſquirere, an valeat jure codicillorum: cùm quippe jus & remedium pinguius, abſorbeat id, quod eſt minùs pingue. Nichts deſto weniger vnd ob ſchon dieſe diſpoſitio nicht als ein Teſtament gelten/ oder auch nicht von einer Fürſtin/ ſondern

dern allein von einer privat Person auffgericht wäre:
372 & licèt etiam invalidum testamentum non habeat
vim codicillorum, nisi adjecta inveniatur clausula co-
dicillaris, *arg. l. ex testamento 29. C. de fideicommiss. l. si*
jure non subsistit. 11. C. de testam. manumiss. ac sem-
per qui instituit heredem, censeatur voluisse testari
nec codicillari. *l. non codicillum. 14. C. de testament.*
dessen jedoch ohnangesehen / ist bereits auch hieoben
in prima Quæstione, incidenter angedeutet worden /
373 quòd clausula codicillaris non semper expressè po-
natur, sed interdum subintelligi soleat, & inter alios
casus etiam in eo, quando in testamento instituta est
persona valdè dilecta, & benè merita de testatore;
quòdq; tunc clausula codicillaris taliter: subintelle-
cta, eundem operetur effectum, ac si esset expressa,
concludunt sequentes magni nominis Interpretes ju-
ris, *Grammat. decis. 62 sub num. 26. vers. quòd ergò di-
cendum. Cephal cons. 294 num. 16 libr 2. Mantic. in
tract. de conject. ult. volum. lib. 1. tit. 9. num. 8. post Bal-
dum & Gabriel. qui alios refert, num. 2. Ioan. Vaud.
lib. 1. var. quæst 27. Vasquius in tract. de success. pro-
gress. §. 30. num. 40. vers. tertiò casu. Boerius decis. 34.
sub num. 10. Francisc. Vivius conclus. 805. num. 19.
libr. 2.*

Weil dann nicht gelåugnet werden kan / daß in
hoc nostro casu persona valdè dilecta, vnd welche
vmb das Testierende Fürstl. Fråwlein wol verdient/
zum Erben eingesetzt worden / wie auch gar nicht
zuweifflen / dann daß auffs wenigste fünff Manns-
vnd Weibs Personen bey Auffrichtung dieses letz-
ten Willens gegenwertig gewesen / quod Dispositio
hæcce, etiamsi à Persona solummodo privatâ confe-
cta fuisset: nihilominus tamen propter clausulam co-
dicillarem jam dicto modo subintellectam, jure codi-
cilli valere, ex eaque hereditas jure indirecto, seu tan-
quam fideicommissum peti queat, illudque venientes
374 ab intestato restituere videantur rogari, Notissimi e-
nim juris est: clausulæ codicillaris hunc esse effectum;
ut, si dispositio non valet tanquam testamentum, vim
habeat, tanquam codicillus. *l. quærebatur. 19. ff de te-
stam militis l. posthumus 12. §. fin. ff. de injust. rupt. ir-
rit. fact. test. l. 2. C. de codicill. l. 2. §. fin ff eod. l. Scævola
76. ff ad SC. Trebell. §. fin. instit. de codicill & l. fin. C.
eod Francisc. Turret. in tract. de claus. codicill. quæst 3.*
modò adfuerint quinq; testes. *Turret. dict l. quæst. 17.*
zu welchem remedio doch / weil diese Dispositio als
ein Fürstlich Testament / gültig / diß Orts zugelan-
gen nicht von nöthen ist.

QVÆSTIO TERTIA.

BElangend die dritte Frag (ob der Instituirte
375 Illustrissimus heres nicht zum wenigsten diß /
so selbiger auß der Erbschafft Hochgedachten
Fürstl. Fråwleins bonâ fide in Håndē hat /
wol behalten / vnd im Rechten zubehaupten kön-
ne ꝛc.) ist hierbey eben jetzt Erwehntes in acht zu
nehmen / daß nehmlich gegenwertige Disposition ra-
tione testatricis, utpote personæ illustrissima dignita-
te decoratæ. für ein gnugsamb zierliches Testament
zu achten / vnd also consequenter alle remedia juris,
die einem instituto heredi gebühren / deß instituirten
Erbens Fürstl Gn. in allweg gestattet werden müs-
sen. Weil dann jr Fürstl. Gn diß Orts in jure prodi-
tam actionem haben / können sie noch vielmehr sich ex-
ceptione tuiren, wann jhre Fürstl. Gn. wegen deren
Stück welcher possessionem sie bonâ fide apprehen- 376
dirt, besprochen / oder angefochten werden solten: cùm
nempè certissimi juris sit; quòd is, qui habet actionem,
multò magis exceptionem habere videatur. *l invitus
156. §. 1. ff. de reg. jur.* vnd weil fürs ander die Sach /
als Fürstl. Personen concernirend, coram Imperato-
re, tanquam summo principe, ab Illustriss. instituto
herede, da jhre Fürstl Gn. ex testamento agiren, oder
dergleichen einander remedium intentiren wolt / an-
gestellt werden kan / hat man sich daselbst desto ehe
einer erwündschten Victori zugetrösten: quia Prin- 377
ceps judicat remotis solennitatibus, & sola veritate fa-
cti inspectâ. *cap. ad petit. 22. de accus* & tradit Bald. *in
c. 1. §. 1. de nov. form. fid. & in l. ult. § 1 in ult. verb. C. de
jur. lib.* Bart *in l. Æmilius 38 ff. de minor* & tradit An-
ton de Butr. *in cap. 2. in princ de juram. calum ex Alex.
cons. 6. circ. process. col. 1. vol. 3 & Aretin. cons. 83. dili-
genter ponderat. col. 3.* Quo casu sufficit probatio vo-
luntatis secundùm veritatem: licèt deficiant solenni-
tates juris positivi: ut docet Bald. *in l. sola. 4 C. de testib.
& Aretin. cons. 127. in causa Dn. Anton col. 2* qui loqui-
tur in terminis testamenti nullius valoris, ob defectum
solennitatis requisitæ. Hucque etiam facit nobile con- 378
silium Decii *cons. 63. casus, de quo in fin. nu. 7 in 4. vol.*
ubi dicit expressè: quòd, licèt ultima voluntas de stri-
cto jure non dicatur probata, ob defectum solennita-
tis tametsi judices, qui possunt juris solennitate non
obstante judicare, habent conscientiam sic informa-
tam, talem verè fuisse voluntatem testatoris: illo in ca-
su secundùm eorum conscientiam possint judicare, &
voluntatem ipsam confirmare.

Fürs Dritte / wann schon dieses alles nicht wåre /
vnd nehmlich mehr besagte Disposition nicht als ein
Testament Krafft haben / zumahl die heredes ab in-
testato auffzuschreiben vnd gnugsame Remonstri-
rung diß Orts habenden Rechtens vnd Billigkeit /
sich wider all besser geschöpffter Hoffnung nicht in-
formieren, oder das Gewissen rühren lassen wolten:
könte doch Illustriss. Dominus institutus Hæres auch
in foro fori, seu externo Selbiges / so jhr Fürstl. Gn.
bonâ fide von strittiger Erbschafft besitzt / in Hånden
haben / expeditissima expeditione tuiren, vnd darmit
widrige Intentiones elidieren oder hinder sich trei- 379
ben / in Erwegung quòd, wie hieoben bey der ersten
Quæstion bereits guter Massen außgeführt / etiam
ex imperfecta voluntate obligatio naturalis entsprin-
get. Is autem, cui aliquid naturaliter debetur, si illius
possessionem sine vitio nanciscatur, exceptione se de-
fendere potest. Est enim fundamentum hujus obli- 380
tionis sola æquitas naturalis *Duaren. de obligat & act.
cap. 2. de condict. indebit. cap. 6* hujusque effectus est,
quòd & suo modo rei præstandæ necessitatem ha-
bet; & compensationem, retentionem, exceptionem-
que parit. *l. frater à fratre. 38. ubi Dd. ff. de condict.
indeb.*

indib. Donellus Commentar. jur civil.libr.12.cap.2.
Quòd autem in specie imperfectum testamentum ta
lem pariat obligationem, apparet non solum *ex l. ult.*
C ad l. Falcid. ad l.2. C. de fideicommiss. l. non dubium.
16.§ 1. C. de testament sed & id latè probat Fachineus
381 *controvers. jur. libr 4. cap.5.* Ac facit huc imprimis
cap. cùm esses.10. extr. de testament. ubi dicitur, testa-
mentum factum coram presbytero & duobus testi-
bus (qualiter hoc nostrum confectum fuit) valere, se-
cundùm juris naturalis & divinæ æquitatem. Quòd-
que ex minùs solenni voluntate oriatur obligatio na-
turalis, voluit pariter glossa, Iacobus, Butrigius, & Bar-
tolus, Baldus, Angelus, & alii, quos refert & sequitur
Corneus *cons 298 num.27. lib.1. & Cappic. decis.89.*
nu.1. Confert optimè *cons. Tiberii Decian.46. nu 89.*
lib.2. Quodque heres, qui habet consensum & volun-
tatem veram testatoris, licèt dispositio careat solenni-
tatibus juris, & sit nulla voluntas ipsa; licitè tamen
possit retinere, prodit Felinus *in cap.1. de constitut. nu.*
48. qui idem dicit tenuisse Cardinal & ultrà eum hoc
idem voluit Baldus *in d. l.1 C. de testam. col.1. vers. in-*
terdum est nuncupativum. num.5. item *Innocent. in*
cap. quia pleriq.8. extr. de immunit Eccles. & Azo in
382 *summ. ejusd. tit. de testament.* Sique dispositio infor-
mis, ubi de voluntate testatoris non dubitatur, parit
naturalem obligationem: possunt jam acquisita &
adepta bona retineri: cùm faciliùs quid retinendum
concedatur, quam petendum aut de novo acquiren
dum. *l.1 & 2. ff de condict. ob turp. caus.* & multa fa-
cta tenent, quæ fienda non concederentur. *l. patre fu-*
rioso.8. ff. de his, qui sunt sui vel alien. juris. cum vul-
garib & notabile minimè est, quod Petr. de Anchara-
no. *cons.429. incipient. pro evidentia in ult col.* scribit:
libertas testandi est inducta de jure naturali, & est libe-
ri arbitrii. *d. l.1. C. de sacrosanct Eccles.* & ideò sola
naturalis obligatio oritur ex voluntate quocunque
modo expressa: quia fundatur in æquitate; estque
efficax ad agendum saltem de jure Canonico. *cap.1. de*
383 *pact.* Et subdit ibi Petrus de Anchatano, quòd qui
contrà talem simplicem voluntatem defuncti, licet
non solennem indicare; faceret contra veritatem;
quæ nullo modo est infringenda. *can. Veritate.4. &*
con. frustrà.7. distinct.8 & per consequens facere con-
tra Christum, qui dixit: Ego sum Veritas, &c. Sed con
tra Christum nihil licitè potest attentari. *cap. ult. ead.*
distinct 8. Hæc ibi Ancharanus.

QVÆSTIO QVARTA ET ULTIMA.

384 BEy dieser vierdten vnd letzten Quæstion hal-
ten wir gantz vnstreitig zu seyn/daß deß insti-
tuti heredis Fürstl. Gnaden den hæredibus ab
intestato gar nicht das vollkommene Inven-
tarium der gantzen Erbschafft/ sondern allein dessen
Theils daben sie interessiret, von rechtswegen zu
ediren haben, Dann weil sie all einig in re certâ insti
tuti, vnd also per vulgatissima jura pro legatariis zu-
halten sind: könten sie kein Interesse, ratione der gan-
tzen Verlassenschafft/ prætendiren: petenti autem
exhibitionem tabularum, objici potest exceptio, tua
non interest. Ita communiter concludunt Canoni-
stæ, *Ferrar. in form. per instrum. cop. nu3. in verb. cum*
anno, &c Dd in l.1 § editiones ff. de edend & debet de 385
prætenso interesse Iudici summariè constare; nec soli
assertioni petentis editionem instrumenti creditur,
per text. express. in l 3 §. sciendum 9 ff ad exhibend.
Nec enim æquitatis ratio permittit, ut aliorum instru- 386
mentorum inspiciendorum, patrimoniiq; explorandi
potestas, alteri fieri debeat, *per text. in l. qui accusare.*
4. & in l. fin C. de edend. & utrobiq; Dd Et porrò si
alicui edi debet instrumentum, sufficit parti commu-
nicare copiam capituli illius, quod ad causam facit.
Bartol pulchrè ad rubr. ff. de nov. operis nunciat. nu.7.
Iason. ibid. nu.8. Quo fit, quod quando instrumentum 387
aliquod esse inutile, & ad causam non faceret; illius
editio peti non potest; quia cessat æquitas, & calu-
mnia petentis innotescit. *Ita Baldus in rubr. C. de fide*
instrum. nu.22. vers. conclusio, &c. quem sequitur Be-
rous *cons.19. in causa. nu 12 & 18. lib.3.* Frustrà enim 388
fit, quod factum non relevat. *arg. l. aliquando.107. ff.*
de condit & demonstr l. si quis.6. §. exigitur.2. ibi. ne
fortè vel supervacuus ff de edend. ac ibid. Angelus no-
tat. & concordantes allegat. Ita quòd si quando in- 389
strumentum sit edendum; tunc non totum, sed parti-
cula tantùm ad causam faciens, edi debet. *l. argenta-*
rius 10.§.2. ff. de edend & ibi omnes notant. Bartol &
Baldus *in l ult. C. de precib. Imp. offer. Natt. cons.8. nu.1* 390
Cumque Inventarium sit caput rationis reddendæ.
Br. Castr. ac. Imol. in l. cum tale.72.§ 1. ff de condit. &
demonstrat. ubi Baldus tradit; heredem, qui astringi-
tur ad reddendam rationem fideicommissario univer-
sali rerum hereditariarum, teneri ad confectionem In-
ventarii, quod est caput rationis reddendæ. Consentit
Curt. sen. *in cons.29. col. fin. & in cons.66. col.8. circ fin.*
& in tract. de sequestr nu.17. & Iason. in l. Marcellus 3.
nu.61 ff. ad senatusconf. Trebell Nam per ipsum fit fa-
cilior redditio rationis. *l.3.§. officio,3. ff. de tutel. & ra-*
tio dist. ab. Angel. cons.44. nu. fin. quem sequitur Boe-
rius decis.61. ubi concludit, quòd Inventarium dicitur
caput omnium rationum. Cùmque Illustrissimus in-
stitutus heres, legatariis aliis non nisi quoad nomina,
vnd so viel die Schuld Forderungen betrifft/ rationem
reddere teneatur: sequitur, illum nec eorum nomine
aliud Inventarium (Dann so viel die Schuld Forde-
rungen anbelangt/ vnd der obverstandene legatarii
ein Interesse prætendiren, vnd Rechnung zuerfordern 391
befugt) conficere vel edere debere. Et cùm conficiat
heres tantùm Inventarium generale, eo fine, ne legata-
riis & creditoribus ultra vires hereditarias satisfacere
teneatur. *l. fin. § sin autem hoc aliquis.14. vers si quis*
autem temerario. ubi gloss & Dd. C. de iur. delibor. &
Angel. in § si verò non fecerit. in authent. de hered. &
falcid. Novell.1. cap.2.§ si verò non fecerit.2. Paul. de
Castr in cons.164 col.2. Alciat in cons.1. num.17. & in
cons.195. in princ & in cons.393. in princ. Cotta in me-
mor. suo, incip. Inventarii confectio. in princ. Fernand.
Vasq in tract. de success. creat. §.1. num 26. vers. ab ista
autem. &c. sequitur, celsissimum nostrum hæredem,
qui hisce legatariis ex mente Illustrissimæ testatricis,
omninò

omninò satisfacere cupit, ad talis generalis Inventarii confectionem & editionem non teneri, sed tantùm ad articulum, qui ad eos spectat, *argumento traditerum à Bartolo, in l. si hereditas 10. in fin. princ. ff. de testam. tutel. & Salicoto, in l. tutores 13. col. pen. Vers. quarò ti. C. de administr. tutor. vel curator.*

192 Ad suprà positas singulas quæstiones, singulatim datas responsiones & resolutiones, Nos Decanus, cæteriq; Antecessores Iuris in præclustri Acad. Tubing. tam Divinæ, quàm Naturali æquitati, honestati, reputationi principali, ipsisq; Iuris civilis rationibus, nec non Politicorum ac Iurisperitorum saniorum traditionibus omnino conformes esse & consentaneas, post maturam semel atq; iterum habitam deliberationem, constanter judicamus: nihil tamen quidquam aliorum judicio, dummodò non aliquo præjudicio corruptum sit, decerptum præjudicatumvè esse volumus. Cujus in rei fidem Facultatis nostræ diu consuetum sigillum apponi curavimus: id quod factum Anno, post salutiferam Nativitatem Redemptoris nostri IESV CHRISTI, 1623. die Aprilis 28.

Præmissum Iuris Responsum fere etiam integrum videre est apud Dn. Christophorum Besoldum, Collegam meum syncere amandum & honorandum, in Discursu Politico 4. De Reipubl. Statu subalterno, &c. *cap. 8. pag. 191. & aliquot seqq. nec non part. 6 cons 273. fol. 1 11. & multis subseqq. Huc q; pertinet Responsum in eod. causa, nomine Facultatis juridicæ Tubingens. conscriptum ab eod Dn. Besoldo, mense Iun. Anno 1630. quod extat part. 4 cons. 150 f. 40. & subseqq.*

§. *Possunt autem. 5.*

Possunt autem omnes testes & uno annulo signare testamentum. Quid enim, si septem annuli unâ sculpturâ fuerint, secundùm quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.

SVMMARIA.

1 *Omnes testes testamentarii non solùm uno annulo signare, sed & in signando uti annulo alieno possunt.*
2 *Num annulo duntaxat, an etiam alio quovis signo uti, testibus liceat.*
3 *Cur subsignatio in testamentis requiratur.*
4 *Intellectus & sententia l. ad testium 22. § signum 5 ff. qui testam. fac. poss.*
5 *Correctiones in jure odiosæ.*
6 *Omnis fraudis suspicio cessat, quando testis signum usitatum, omnibusq; cognitum usurpat.*

1 DE signis testium duo hîc breviter indicantur: primû, posse testes omnes uno annulo signare: alterum, posse testes in signando uti annulo alieno, *l. si unus 12. C. de testamentis.* Utriusque hæc est ratio: quia satis est, septem apparere signa: & eum id prætori satis fuerit *§. nõ tamen 6. infr quib. modis testam. infirment.* Sed etsi ab ipso testatore annulum accepero, & signavero testamentum valet, quasi alieno signaverim. *l. ad testium. 22. § si ab ipso. 2. ff. qui testam. fac. poss.* Quanquam autem tutius esse, plerique Interpretes esse existimant: testem qui alieno utitur annulo, hoc in subscriptione disertè profiteri atq; attestari: si tamen id factum non fuerit; non propterea testamentum vitiabitur; aut nullum erit: siquidem jure nusquam illud definitum legitur. *Speculator in tit. de probationib. § videndum, &c. Angel. Aretin hic nu. 1. Nenius nu 4. Viglius nu. 5. Mynsing. nu. 4. Heig. nu. 28. Reusn. in tract. de testam part 3. cap. 27 nu. 9 pag. 656.*

Porrò quæstio hîc elegans ventilari solet: num annulo duntaxat, an etiam alio quovis signo seu instrumento uti testibus liceat? Et licere, modò instrumentum istud characterem sive formam impressam habeat, non sine ratione statuitur. Etenim subsignatio in 2
testamento ideo requiritur; ut testes sigilla sua recognoscendo, testamenti fidem confirment. *l. 1. §. ult. l. cùm ab initio. 4. & l. sed si quis. 7. ff. testam. quemadm. aperiant.* Atqui illud æquè fieri posse, si testes signa sua in alia re, quàm annulo, insculpta recognoscant, nemo (opinor) inficiabitur. *Ita sentiunt Bart. Angel. & Imol. in d. leg. ad testium 22. §. signum 5. ff. qui testam fac. poss. & Francis. Connan li 9. Comment. jur. civ cap. 2. nu. 3. nec non M. Lyckl à Nieh. li. 2. membr. Eclog. 3. & lib. 7. membr. Eclog. 34.* Hancq; sententiam comprobasse novellam Imperii constitutionem. Coloniæ Anno 1612. promulgatam *sub tit.* Von Testamenten. §. Nun die Formemnes Testaments. 2c. & §. Es mögen auch 2c. *scribit Ioan. Dauth. in Comment. ad d. l. 22. §. signum. ff qui testam. fac. poss. nu. 12. in fin. pag. mihi. 382.* Cui 4
non obstat *d. l. ad testium. 22. §. signum. 5. ff. eod.* ubi Vlpian. *Signum ait, utrùm annulo tantùm impressum adhibemus: an verò, & si non annulo, verùm alio quodam impresso? Variè enim homines signant. Et magis est, ut tantùm annulo quis possit signare, dum tamen habeat χαρακτῆρα, id est, formam, insculptamq; signi imaginem.* Nam (rejectis quorundam correctionibus, 5
utpote in jure odiosis. *cap. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.*) textum istum comparatè intelligendum esse, non malè quidam respondent: ut hæc istius sit sententia: eum, qui & annulum habet, quo communiter signare solet, & aliud quoddam signum alii tei impressum, quo pertarò utitur, & in ijs solummodò negociis, quæ vult occultari, veluti in epistolis amatoriis scribendis, annulo tantùm uti in obsignando posse. Hoc enim signum annulo impressum, quo frequenter, & in rebus non celandis utitur, magis notum & certum est. Interim tamen is, qui annulum signatorium non habet, sed signum alij rei impressum, nequaquam prohibetur, quò minùs eo signo uti queat: cùm hoc id ipsum fit, quo communiter, non ad res solummodò secretas, sed alias omnes utatur. Itaque 6
omnis fraudis suspicio abest hoc casu, quo testis signû sibi usitatum, & quod omnibus cognitum certumq; est, usurpat. *Connan. d. lib 9. Comment. jur. civ. cap. 2. num. 3 Vultej. in hoc §. num. 35. Treutl. vol. 2. disput. 10. th. 5. ad lit. E. & Arum. Exercit. Iustin. 7. th 17.* Eâdemque de re vide diversimodè sentientes *Cujacium lib. 14. observ cap. 21 Robertum lib. 1. recept. juris civ. lection. cap. 21. Hotomanum lib 1. observ. cap. 20 Duarenum*

renum ad tit. ff qui testam. fac. poss sub rubr. de testamento in scriptis. vers. quartò præter subscriptionem, &c. Brisson. lib. 6. formul. vers. cæterùm & de tabul. f. 572 & lib. 7. vers. alia postea prætorum. f. 654. Erasmum Vngepaur. exerc Iustin. 8. quæst. 2. p. 315 cum seqq. edit. ult. Donellum lib 6. Comment. de jure civ. cap. 8. ibiq. Hilligerum in suis notat. lit. B Dn. Beccerum. class. 3 disputa. 2. th. 45. edit. 2. & lib. 1. de bello & duello cap. 22 nu. 7. edit. 2. p. 220. cum seq. Hœnonium disput. 7. ad Instit controvers. 5. Gerhard. decad. 7. quæst. 3. Forsterum lib. 2. disput. 12. thes. 7. Schröterum decad. 5. diatribar. domest. quæst 1. Baronem, Viglium, Nenium, Heigium, Wesenbecium, & alios ad hunc §. nostrum. item Hunnium lib. 2. var. resol. jur. civ. tract, 5. quæst. 7. p 557. & seq. nec non Tim. Fabrum in disputationib. anniversf. ad Instit. Imperiales disput. 18. th, 7.

§. *Testes autem, 6.*

Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est; neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

SVMMARIA.

1 *Quinam in testamento testes esse possint, vel non possint.*
2 *Mulier in quibus causis testis idonea censeatur.*
3 *Cur in testamento fœmina testis esse nequeat.*
4 *An mulier in codicillis quoque à testimonio repellatur.*
5 *Testes esse possunt omnes, qui non prohibentur.*
6 *Probationum facultas non angustanda, sed amplianda.*
7 *Ad actum aliquem plures solennitates non confingendæ, quàm lex expressit.*
8 *In codicillis quoque testes necessarii.*
9 *Codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.*
10 *Mens & sententia l. hac consultissima. 8. §. qua in eundem. C. qui testam. fac. poss.*
11 *Sensus l. divi. 6. §. 3. & l. 8. §. 3. ff. de jure codicill.*
12 *In genere dispositum, censetur dispositum in qualibet specie.*
13 *Consideratio l. 1. C. de codicill.*
14 *Quatenus hermaphroditi ad testamentum testes adhiberi possint.*
15 *Impubes in testamento testis esse nequit.*
16 *An qui post 14. annum, quo jam pubes esse cœpit, suo testimonio confirmare possit testamentum, cui impubes interfuit.*
17 *Ab initio nullum, tractu temporis convalescere non potest.*
18 *Testium conditio quo tempore inspicienda.*
19 *Servus testamento adhiberi testis nequit.*
20 *Servus jure civili pro nullo habetur.*
21 *Adscriptitii, itemq. proprii homines, & monachi, an testes in testamento esse possint.*
22 *Furiosus quatenus testamento testis adhibeatur.*
23 *Mutus & surdus in testamento testis adhibeatur.*
24 *Sententia l. qui testamento 20. §. pen. ff. qui testam. fac. poss.*
25 *Cur cæcus in testamento testis esse nequeat, triplex ratio.*
26 *Prodigus quis, & quare testis officio fungi non possit.*
27 *Prodigus utrùm ipso jure, an à Magistratu bonis interdicatur; remissivè.*
28 *Lege intestabilis à perhibendo testimonio arcetur.*
29 *Qui dicantur lege intestabiles.*
30 *Quatenus judicio privato damnatus, à testimonio dicendo repel-(ueatur*

DE numero testium, & de subscriptionibus ac signis, sufficienter hactenus dictum est: nunc subjicitur, quinam in testamento testes esse possint, vel non possint. Indicat autem non obscurè Iustinianus Imperator, quòd non solum ii, cum quibus testamenti factio non est, hoc est, qui nec heredes instituere, nec institui possunt, testes adhiberi nequeant: sed ex iis quoque, qui heredes institui possunt, quidam testes adhiberi non possint; ut mulier, impubes, servus, &c. 1
Et sanè mulier, licèt aliàs tam in civilibus, quàm criminalib⁹ causis testis idonea censeatur. *l. ex eo. 18. ibiq. Gothofred. ff de testib. l. 2. ff. de accusationib. l. in quæstionib 8 ff. ad l. Iul. majest Iul. Clarus lib. 5. sentent. §. fin quæst 24. num. 2. Farinac. in tract. de testib. libr 2. tit 6. quæst. 59. num. 17. Ilice Vmmius disput. 16. de process judic. th. 4. num. 29. Reusner. in tract. de testam. part, 3. cap 16 num. 6. cum seqq. & pluribus ostensum in §. 3 suprà hoc tit. num. 241.* attamen in ultimorum judiciorum dispositionibus à testimonii dictione arcetur, *hoc §. nostro l. qui testamento 20. §. mulier. 6. ff. qui testam. facere possunt.* Ratio, cur fœmina in testamento nequeat esse testis, probabilis hæc est: tum quia fraudes in testamentis subornandis strui solitas non intelligit; adeoque in falso animadvertendo tam sagax & circumspecta, ut masculus, esse non consuevit. *Donell lib. 6. Commentar. de jure civil. cap. 7. pag. 14. Duaren in tit. qui testam. facere possunt. sub rubr. de testib. in testamento idoneis, circa princip.* Tum quia adhibitio testium ad confectionem testamenti, est de jure civili. Iure autem civili mulier in calato testamento testis esse non poterat; quia comitiorum commercium non habebat: neque in eo, quod fiebat in procinctu; quia militiæ capax non erat: neque in eo, quod per æs & libram fiebat; quia in emancipationibus, tanquam solennibus, adhibebantur cives Romani, masculi tantùm, non etiam fœminæ. *Vulteius in hoc §. num. 19. Cennanus lib. 9. Commentar. juris civil. cap. 3. num. 3.* Plures alias istius prohibitionis rationes recitant Hilligerus *in Donello enucleat. lib. 6. cap. 7. ad lit. K. Bachovius hîc num. 2. pag. 410. itemq. in notis & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disput. 10. de testament. th. 4. lit. F. pag. 536.* 2 3

Cæterùm an mulier in codicillis quoque à testimonio repellatur, controversiâ non caret? Et repelli, censent *Philippus Decius in l. 2. ff. de reg jur. num. 26. finem, Cujacius & Dauthus in d. l. qui testamento 20. §. mulier. ff. qui testam. facere possunt. Reuber. in tract. de testib. pag. 80. & seqq. Tiraquell. in legib. connubialib. p. 1. gloss. 9. num. 60. Cennan. lib. 9. Commentar. jur. civil. cap. 3. num. 5. hosq. referens Bullens discurs. 3. ad l. 8. C. de testament. in miscellan. 1. pag. 238. nec non Bachovius dictis locis.* Sed contrarium, quod videlicet mulier in codicillis testis esse valeat, communiter, & quidem meritò, receptum est. Tum quia omnes possunt esse testes, qui nō expressè prohibentur. *l. 1. §. 1. ff. de testib.* Mulier verò in codicillis dicere testimonium, nusquam prohibetur. Tum quia probationis facultas in dubio non angustanda est: sed potiùs, ceu favorabilis, amplianda. *l quoniam 21. in fine C. de hæretic. cap. odia 15. de reg jur. in 6.* Tum quia 4 5 6 7

non

non debemus plures ad actum aliquem confingere solennitates, quàm lex expressit, *arg. l. quod constitutum. 21. ff. de testam. milit. l. illam. 19. §. sive versis. de collatione. C. de collationib. Novell. 18. cap 5.* At nullibi apparet, leges hanc solennitatem exegisse, ut testes in
8 codicillis adhibendi virilis sint sexûs. Simpliciter quidem exprimitur *in l. fin §. ult. C. de codicill.* testes quinque in codicillis intervenire debere: sed non additur, masculos duntaxat, non autem fœminas idoneas esse. Tum postremò quia mulier hanc etiam ob causam testis in testamento esse prohibetur: quia veteres ad solennia nec mulierem, nec servum admittebant. *d. l. qui testam. 20. § mulier. 6. & § servus. 7. ff. qui testament. facere possunt.* Atqui testium adhibitionem ad solennia pertinere, evincitur *ex d. l. qui testamento 20 § & veteres 8. ff. eod. & l. si unus 12 C. de testam.*
9 Sed hæc ratio cessat in codicillis: cùm ii nullam solennitatē ordinationis desiderent. *§ ult. infr. de codicill.* Ergo isthæc quoque prohibitio cessare debet. *argum. l. adigere. 6. § quamvis 2. ff. de jur. patronat. l ex facto. 43. in princ. ff. de vulg & pupill substit. cap. cùm cessante. 60. extr. de appellat. & cap. cùm infirmitas 13. de pœnitent. & remiss.*

10 Non obstat huic sententiæ *l. hac consultissima. 8. § seu vers. qua in eundem C. qui testam. fac. poss.* ubi dicitur, eundem modum in codicillis debere observari, qui præscribitur testamentis. *Agitur* namq; in ea lege de testamentis & codicillis cæcorum, qui codicilli eundem modum observant, & eandem quodammodo solennitatem desiderant, quàm testamenta: quòd nimirùm adhuc unum testem, vel notarium exigant, qui subscribat. Nostra autem quæstio in genere de codicillis proposita est: quorum constat minorem, quàm testamentorum, imo nullam solennitatem esse *aict. §. ult. infrà de codicill. l. si idem. 7. & dict. l fin. §. ult. Cod. de codicill.* Quod igitur specialiter in testamentis & codicillis cæcorum receptum est, non est producendum ad consequentias. *l. quòd verò 14. ff. de legibus.*

11 Nihil quoque obest *l. Divi. 6. §. codicillos 3. & l. conficiuntur. 8. § codicill. 2. ff. de jure codicill.* ubi prohibitio de testamentis facti, etiam ad codicillos pertinet. Sed mulier prohibetur esse testis in testamento, *hoc §. nostro, & d. l. qui testamento 20. §. mulier 6 ff. qui testam. fac. poss* Ergo prohibetur etiam testis in codicillis. *Respondetur enim*, prohibitionem de personis, quibus testamenti facto interdicitur, etiam ad codicillos referri; ita ut is, qui non potest testamentum facere, ne codicillos quidem facere possit, *secundùm allegatos textus.* At verò quod ad testis attinet: plusquàm manifestum est *in d. l. fin. §. fin. C. de codicill.* ea, quæ de testibus constituta sunt in testamentis, non spectare ad codicillos: nec quoad hunc articulum, testamenta & codicillos æquiparari. Non ergo potest ulla ratione, quod de testibus testamentariis constitutum est, ad codicillos accommodari. Siquidem quod lex non asserit, nec nos asserere debemus. *d. Novell. 18. cap. 5. & jurib similib. præalleg.*

12 Nihil item resistit hæc ratiocinatio: Quod in genere dispositum est, in qualibet ejus specie dispositum censetur *l. si quid eorum. 47. §. 1 ff. de legat. 3.* Atqui codicillus est species testamenti. *l. 1. C. de codicill.* Ergo cùm in testamento prohibeatur mulier testis esse: in codicillis quoque prohibita censetur. Nihil, *inquam*, resistit hæc ratiocinatio: quandoquidem codicillos esse speciem testamenti negatur, *arg. d. l si idem 7. C. eod.* Nec movet text. *in d. l 1. C. d. tit.* quia non propterea, rupto testamento, censentur rupti codicilli; quòd codicilli 13
sint species testamenti: sed quod, quotiescunq; testamentum fit, opus sit, ut à testamento codicilli confirmentur. *§. 1. vers. sed cùm ante. infr. de codicillis.* Quare cùm non subsistat confirmans, nec confirmatum subsistere potest, *arg. l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur.* Atq; hanc, tanquam verissimam, sententiam sequuntur *Accurs. Bart. Bald. Alber. Castrens. & alij, in d. qui testam 20. § mulier. ff. qui testam. fac. poss. Ioan. à Platea, Fab. Angel. Portius, Tolent. Viglius Nonius, Schneid. Heig. & alij in hoc §. Arum. Exercit. Iustin. 7. thes. 14. Farinac. de testib. quæst. 59. nu 64. & seq. Forster. lib. 2. disput. 14 thes ult. Hartm. Hartmanni ab Epping. lib. 2 practic. observ. tit. 38. de codicill. observ. 1. Ioh. Sichard. in rubr. de C. testib nu. 7. Ioh. Eichrod disp 2. ad l. 2. ff. de reg. jur. th. 18. Vasq lib 2 de success. creat §. 12. Requisit. 2. nu. 12 & seqq. ubi viginti exceptio, quib. mulieris testimoniū recipiatur in testamētis, refert.* Quod 14
porrò de fœminis hic dicitur, earum testimonium in testamentis non admitti: id quoq; de hermaphroditis, si muliebris in his sexus prævaleat, dicendū erit. Qualitas enim incalescentis sexûs ostendit, an ad testamentum testes adhiberi, nec ne, possint. *l. quæritur. 10 ff. de stat. hom. l. repetūdar. 15 in fin. ff de testib. l. sed est quæsitū. 6. §. ult. ff de liber. & posth. Grass in §. testamentū. quæst. 57. nu. 17. Reusn. d. tract de testam. part. 3. cap. 16. nu 15.* De quo, inter cætera, ita dispositum legitur in Constit Imperii facta Coloniæ *An* 1512. *sub tit.* Von Testamenten. *§.* Die Notarien/*etc.* Die Notarien/so zu Testamenten auffzurichten genommen werden/ deßgleichen auch die/ so Testament machen wöllen/ sollen eigentlich auffsehen haben/wen oder was Leut sie zu Zeugen darzu nehmen. Dann viel seynd im Rechten zu solches Zeugnus verbotten/als gemeiniglich/ alle die/ so selbst nicht mögen von Recht Testament machen/oder auß Testament etwas empfahen/ auch Frawen oder Hermaphroditen/ das seynd/ die Männlich und Fräwlich Gemächt haben/ und in dem Fräwlichen Gemächt fürtreffen/*etc.*

Præterea impubes ut in nullo actu; ita multò mi 15
nùs in testamentis, ubi gravitas & sinceritas testium diligenter explorari solet, testis esse potest: idque propter lubricum consilii, & judicii atque intellectûs imbecillitatem, quâ quid agatur, intelligere nequit, *hoc §. nostr. l. qui testamento 20 in princ. ff. qui testam. fac. poss. l. testiū. 3. §. lege Iulia 5. & l inviti. 19. in fin. ff. de testib.* Hinc nihil eorum, quæ geruntur, scire aut videre, sed omnia ignorare creditur. *l. ult ff. de jur. & fact. ignorant. l. pupillis. 6. ff. quod falso tut. auctore gest. l. qui jurasse 26. in princip. ff de jurejurand. l. pupillus 9 ff de acquir. vel omitt. heredit. l. in negotiis 5. ff. de reg. jur. Vasqui. libr. 2. de success. creat. §. 12. requisit. 3. num. 67.* Quæstio hic non inelegans movetur: 16

an saltem post annum 14. quo jam pubes esse cœpit, suo testimonio confirmare possit testamentum, cui impubes interfuit? Et ex communi Doctorum sententiâ respondendum est: non sufficere, si tempore publicationis testamenti idoneus sit, qui tempore te-
17 stamenti conditi admitti non potuit. Tum quia quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest. *l. quod initio.29. & l. quæ ab initio.210. ff. de*
18 *reg. jur.* Tum quia testium conditionem tunc inspicere debemus, cùm signant testamentum, non mortis tempore. *l. ad testium.22. §.1. ibiq; copiosè Danthius ff. qui testam. facere poss.* quamvis cæteris causis & actibus illud tempus inspici soleat, quo testis examinatur: adeò, ut qui ab initio testis esse non potuit, si postea tempore depositionis idoneus esse cœpit, admittendus sit, *argum. l. actionem.99. §. ult. ff. de verb. signif. & l. excipiunt 14. ff. de senatuscons. Silanian.* Ratio diversitatis hæc affertur: quòd quando in negocio aliquo certus testium numerus requiritur, illos ipsius actûs tempore idoneos & habiles esse oporteat. *Accurs. in d. l.3 § lege.5. super verb. impuberes ff. de testib. Loriot in l 2. ff. de reg. jur. hosq; referens Hotgius in hoc §. nu.8. Idq; post alios, latiùs explicant Viglius hic nu.8. & Nonius nu.21. cum seq. item Mascard. de probationib. vol.3 conclus.1246. nu.11. & seq. Reuber. in tract. de testib p.5. Farinac. in tract. de testib. quæst.58. nu 53. & seqq. hosq; citant Ilico Vmmius disput 16. de process. judiciar. thes 1. nu.5.*

19 Servus quoque testamento adhiberi testis non potest. *per hunc §. & l. qui testamento.20 §. servus 7. ff. qui testamenta facere poss.* ubi hanc rationem Vlpianus subjungit: quia juris civilis communionem servus non habet: imò jure civili pro nullo & mortuo habetur. *l. quod attinet.32. & l. servitutem.209. ff. de*
20 *reg. jur.* At testamentum, quoad solennitatem, est juris civilis, *uti est sensum suprà ad princip. hujus tit. num. 62. & non obscurè innuit idem Vlpian. in d. l.20. §. ser-*
21 *vus 7. ff. qui testam facere poss.* Etsi autem adscriptitii (quos liberos esse, multis rationibus docuimus *ad princip. tit. suprà, de jure personar. num.14. & seqq.*) & propria homines, itemq; monachi servis ferè assimilantur. *arg. l. quisquis 3 l. quemad. 7 l servos 12. & l. ne diutius 21. C. de agricol. & censit. Novell.5 de monachis. cap.3.* placet tamen plerisque Interpretibus, rectè eos testamento testes adhiberi posse: eò quòd prohibiti nullibi inveniantur: & probationem facultas ampliari potiùs, quàm restringi aut coarctari debeat. *l. quoniam. 21. in fin. C. de heretic. Ioannes Faber & Viglius hic num.12. Mynsing num 7. & Vultej. num 17. Clarus lib 3 sentent. § testamentum quæst.55. num 7. Reuner. in tract. de testament. part.3. cap.15. num.7. sequente.*

22 Furiosis item, quia mentis compos non est, & omninò nihil intelligit, atque pro absente & dormiente in omni actu habetur, in faciendo testamento testis esse vetatur, *hoc §. d. l. qui testam. 20 §. ne furios. 4 ff. qui testam. fac. poss. l. 2. § furios.3. ff. de jure codicillor. l. Fulcin.7. §. adeo.9. ff. quib. ex caus. in possess. § furios.8 infr. de inutilib stipulat. l. 1. §. furios.5. ff de adq. vel amitt. poss. l. in negociis.5. l furtosi.49. & l. ubi non voce 124. §. furios.1. ff. de reg. jur.* Quod tamen de eo exaudiendum est, qui perpetuo furore laborat: cæteroqui si tet missionem furoris & dilucida intervalla habeat: saltē eo tempore, quo furor cessat, testis adhiberi poterit: sicut & aliàs testis in judicio & extra judicium eo tempore admittitur: neque à cæteris officiis civilibus & muneribus publicis removetur. *d. l. qui testamento 20. § ne furiosus 4 ff qui testam fac. poss. l. cùm furiosus 39 ff. de judic. latè Nonius hic num 23. Mascard. vol.2. de probat. conclus 828. nu.5. Reusner. d. part.3 cap.17. nu 4 Farinac. d. tract. de testib. quæst.61 opposit.9. nu.9.10.11 & 15. ubi plures citat.*

Mutus insuper, adeòque reddere testimonium non possit: & surdus, cùm vocem testatoris non exaudiat: & multò magis mutus & surdus simul, testes idonei in testamento minimè censentur, *per hunc textum nostrum leg.1. §. initium 3. ff de postuland. l.1. ff. testament. quemadmodum aperiant. Mynsinger hic num.8. & Vultej num.12. & 13. Farinac. d. quæst.61. opposit.11. num.36. & aliquot seqq.* Nec obstat *pra-* 23
alleg. l qui testamento.20. §. penult. ff. qui testam. facere poss. ubi Vlpianus ait sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit; nec sermonis intelligentiā in teste testamentario exigi: adeo, ut & homo Græcus, qui Latinè non novit, adhiberi testis in testamento possit. *Nam respondetur*: testem de eo, quod sensu aliquo percepit, testificari; & per sensum dicti sui rationem reddere debere; id quod neutrum facere integrum est surdo aut muto, *arg. l testium.18. ubi Bartol. Baldus & communiter Dd C. de testib.* Neque movet, quod objicitur de eo teste, qui linguæ illius, quâ testamentum scribitur aut nuncupatur, ignarus est: quoniam is de voluntate testatoris per Interpretem certior factus, similiter respondere, & per hunc testimonium suum reddere potest, *arg l. Græcè 8. in princ. ff. de fidejussorib. l. hac consultissima.21. in fin. C. de testam. Iul. Paul lib.3. sentent. tit.4. de testam. §. ult. Reusner. d part.3. cap 18. num.6. & 7.* Quod de muto & surdo hic dicitur, idem quoque de cæco dicendum nonnulli rectè existimant, *Wesenbec. hic num.7. Mynsing. nu.8. & Vultej. nu.14. Vasq lib.2. de success. creat. §.13. requisit 7. nu.24. Mascard. de probat. vol 1. concl. 278. nu.7. & vol.3. concl.1358. nu.21. Farinac. d. quæst. 61. opposit.10. nu.19. & seqq.* Tum quia testatorem videre non potest: quem in conspectu habere testes omninò oportet, ob fraudis & falsitatis suspicionem removendam *l. si non speciali.9. ubi Sichard. nu.3. C. de testam.* Tum quia sigillum recognoscere nequit. *l.1. & tot. tit. ff. testam. quemad. aperiant.* Tum quia & aliàs cæcus coram prætore seu Magistratu non ritè comparet: quòd insignia ejus conspicere, & revereri non possit, *d. l.1. § secundo loco.5. vers. casum. ff. de postulan.* Sicut nec in cæteris negociis officio testis fungitur; præsertim si de iis agatur, quæ visu tantùm percipiuntur. *d. l. testium 18. C de testib can. testes 3 q.9. in princ. & fin.* Et hanc esse communem utriusq; Scholæ, Canonistarum & Legist. sententiā, asserunt *Igneus in l.1 § hoc a. nu.49 ff. ad Senatuscons. Sylanian. Viv. in commun. opin. verb. testis esse nō potest cæcus in 2. fallent. Mich. Graff. in tract. de success. ex testam. & ab intest.* 25

§ 1C

26 *§. testamentum. quæst. 57. num. 12 aliiq́; laudati per Farinacium loco ante notato.*

Adhæc is, cui bonis interdictum est, id est, prodigus, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando ac dissipando profundit. *l. 1. ff. de curatorib. furioso, & aliis extra minor. dand.* à testimonio testamentario arcetur, *hoc § nostro l. is, cui lege. 18. in fine principii. ibiq́; gloss. Bald. Castr. ff. qui test.*
27 *fac. poss.* Et est ratio: tum quia pro furioso habetur. *d. l. 1. ff. de curat. fur. l. Fulcinius 7. §. idemq́; 12 ff. quibus. ex caus. in possess. eatur. d. l. furiosi 40. ff. de reg. jur.* tum etiam quia ob suam nequitiam infamis reputatur, *arg. l. 3. in pr. ff. de testib. Giphanius hic in versic. neq; u, cui, & c & Wesenbec. num. 9. Farinac. d. tract. de testibus. q. 56. n. 457.* Cæterum utrùm ipso jure bonorum administratione interdicatur prodigo, maximè si notoriè prodigus fuerit; an verò à Magistratu ei bonis interdici debeat, exposuimus *ad § furiosi 3 supr. de curatorib. n. 7. & seqq.* Sanè quod interdictione vetustius sive testamentum sive testimonium ab illo factum fuerit, non immeritò valet. *d. l. is, cui lege. 18 in princip. vers. quod tamen ff qui testam. fac. poss.* perinde ut & illud, quod subsequitur istam interdictionem bonorum, receptâ scilicet ab eo, ad bonam frugem reverso, vitæ ac morum sanitate, *secundùm Paulum libr. 3. sentent. tit. 4. §. penult. huncque referentem Reusnerum. dict. tract. de testament. part. 3 cap 19 n. 5 & 6.*

28 Denique lege intestabilis aut improbus à perhibendo testimonio in testamento repellitur, *per hunc §. no-*
29 *strum.* Lege autem intestabilis is esse dicitur, cui propter insignem morum improbitatem fides testimonii ipsa lege abrogata & adempta est. *d. l. is, cui lege. 18. §. fin. & l. cùm lege. 26. ff. qui testament. fac. poss.* qualis est, ob carmen famosum, vel aliquod crimen publicum damnatus. *d. l. 18 § fin. & l. qui testamento. 20. §. cum, qui. 5. & § ff. eod. l. lex Cornel. 5. § si quis librum. 9. ff. de injur. l. testium. 3 § lege Julia. 5. l. scio. 14. & l. repetundarum. 15 ff. de testib. l. eadem lege. 6. §. 1 ff. ad leg.*
30 *Jul. repetund.* Sed & damnatus judicio privato, veluti furti, aut bonorum raptorum, aut injuriarum, si damnationem sequatur infamia, in numerum testium adhiberi non potest, ne in judicio quidem, nedum in testamento, *arg. quæsitum. 13. ibi, non omittetur religione judicantium ff de testib.* Quinimò non solùm damnatus, verùm etiam judicio publico reus in testamento à testimonio dicendo removetur. *l. in testimonium. 20. ff. d. t. can. 1. caus. 3. quæst. 11. Eamq́; rem fusius explanat Reusner. dict. p. 3. cap. 19. num. 12. & seqq. Farinacius d. tract. de testibus quæst 56 nu. 126 cum seqq. Bachovius hic num. 3 pag. 411. illic Vmmius disputat. 10. de process. judiciar. thes. 1. n. 19.*

§. Sed cum aliquis 7.

Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur: posteà autem servus apparuit: tam divus Hadrianus Catoni, quàm posteà divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento: ut sic habeatur firmũ, ac si ut oportebat, factum esset: cùm eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit: neque quisquam esset, qui statûs ei quæstionem moveret.

SVMMARIA.

1 *Num testamentum valeat, cui testator testem servum, vel aliàs minus idoneum adhibuit, quem tamen liberum, & omni exceptione majorem esse credidit.*
2. *Ignorantiæ & errori justo jura multum indulgent.*
3. *An testamentum, cui ex errore persona minus idonea, quæ communi opinione idonea credebatur, adhibita fuit, probari in judicio possit.*
4. *Verba cum effectu accipienda.*
5. *Testis tempore depositionis debet esse idoneus.*
6. *Ratio differentiæ inter contractum & ultimam voluntatem.*
7. *Maximus favor testamenti confirmandi.*
8. *An hujus §. dispositio etiam ad reliquas ultimas voluntates porrigi debeat, remissivè.*

TEstamento faciendo testes liberos, omnique exceptione majores, nec lege intestabiles adhibendos esse, superiori §. ostensum est. Sed jam hæc occurrit dubitatio: num testamentum valeat, cui testator testem servum, vel aliàs minus idoneum (putà impuberem pro pubere, fœminam indutam viriles vestes, pro viro, prodigum pro sano) adhibuit, quem tamen liberum, & omni exceptione majorem esse credidit, seductus communi existimatione, quâ pro libero & idoneo habebatur? Hanc dubitationem Impp. Hadrianus *in l. 1 Cod. de testamentis* & Divi Severus & Antoninus, laudati hic à Iustiniano, deciderunt; & ex suâ liberalitate sive benignitate (siquidem propter unius testis defectum stricto summoque jure nullius momenti esse testamentum videbatur) constituerunt: testamentum illud pro firmo habendum, non minùs, ac si ut oportebat, factum esset. Ratio illius decisionis satis est perspicua. Cùm enim testator justissima ignorantia motus, propter communem errorem, testem istum liberum sive habilem putaverit; sicque nihil ei imputari possit: ignorantiæ ejus & errori probabili subveniendum, & testamentum confirmandum fuit: 2 prout aliis etiam in causis ignorantiæ & errori justo jura nostra multum indulgent, *l. de ætate. 11. §. ex causa. 8. & §. qui justo 10. ff. de interrog. in jure faciend. l. Barbarius. 3 ff. de offic. prætor. l. si quis paterfamilias 3. in pr. & l item si filius familias. 7. §. item si duos. 8. ff. ad Senatusconsult. Maced. l. supellectili 3. in fine. ff. de supellectile legat. cum similibus.*

Illud autem valdè controversum est: utrùmne ejusmodi testamentum, cui ex errore persona minus idonea, quæ communi omnium hominum reputatione idonea esse credebatur, adhibita fuit, probari in judicio, atque adeò ad effectum perduci possit? Sunt, qui autumant, valere quidem ejusce modi testamentum; sed nõ posse legitimè in judicio probari, adeòque ipso effectu inutile esse, *Accursius, Butrigarius, Raimerius, Bulgarus, & Romanus in d. l. 1. Cod. de testament.* alii aliter, & 3

quidem variè ac diversimode sentientibus, *ut videre licet apud Vasquium lib. 2. de successionum creat. §. 12. requisit. 4. numer. 83.* Verùm frequentiùs placuit: testamentum illud non solùm valere, sed probari etiam in judicio, & ad exitum perduci posse. *Alexand. Angel. Iason, & caeteri in d. l. 1. Cod. de testament.* Hujusque assertionis fundamentum non leve desumitur *ex hoc §. nostro.* in quo Imper. Iustinianus inquit: ita firmum haberi hoc testamentum, ac si, ut oportebat, factum esset. Quibus ex verbis haud obscurè intelligitur: tale testamentum in judicio probari posse, factaque probatione non minùs effectum sortiri, ac si testes idonei & omni exceptione majores ei adhibiti fuissent. Siquidem verba cum effectu sunt accipienda, & generalis constitutio *dicta l. 1. Codic. dict. tit.* si interpretanda, ut utilitate & emolumento non careat, *argum. l. 1. §. 2. ff. quod quisq. juris in alter. statuerit & c. l. si per alium. 5. § 2. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, & c. l. sotre leges. 17. ff. de legib.*

5 Non obstat *l. 3. §. dua autem. 5. vers. finge esse testes. ff. de Carbon. edict. & l. quoniam liber. 11. Cod. de testib.* ex quibus colligitur: testem, qui de negocio aliquod depositurus est, tempore depositionis idoneum esse debere. Non ergò servus, vel alioquin intestabilis testamenti fidem suo testimonio confirmare poterit. Non, *inquam*, illud obstat: quia respondetur, non posse quidem testes inhabiles in judicio examinari: sed nihilominus testamentum aliorum testium integrorum fide, qui adfuerunt, confirmari. Etsi enim testamentum non modò ad substantiam, sed ad probationem quoque suam septem testes requirat, ut explicatum est *supr. ad § sed cùm paulatim. 3. hoc tit. nu. 26.* attamen hoc non procedit, quando testes adhibiti sunt minùs idonei, qui communi opinione hominum idonei credebant: quo casu unius vel alterius testis defectus aliorum, omni exceptione majorum, qui intervenerunt, attestatione suppletur. Quod secus est 6 in contractibus, in quibus si vel unus saltem testis, ad probationem necessarius, extiterit inhabilis: probatio ad exitum perduci nequit. Ratio differentiae haec est: quia cùm in contractibus sint testes perpauci: oportet eos esse multùm legales. At cum in ultima voluntate desiderentur plures testes licèt aliqui ex illis non sint legales, id non obest: quia maximus est favor testa-
7 menti confirmandi, *argum. l. vel negare. 5. ff. quemadmod. testam. aperiant. Vasquius dict. lib. 2. §. 12. num. 88. in fine* & quia quoties ad formam alicujus actûs certus testium numerus exigitur: sufficit, ut testes ab initio, & tempore actûs tales sint, ut ei adhiberi possint *l. ad testium. 22. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.* Vbi Vlpianus in haec verba respondit: *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cùm signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc, cùm signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint. nihil nocet, si quid postea eu contigerit.* Eadem de re copiosius disserant *hic Viglius. Nonius, Mynsingerus, Heigius, & cetori interpretes, Duarenus ad d. tit. ff. qui testam, fac. poss. sub rubr. de testibus in testamento idoneis. vers. hinc extitit quaestio difficilis & c & Dauthius ad d. leg. ad testium. 21. § 1. ff.*
8 *eod. pag. mihi. 373. & seqq.* Porrò an hujus § 7. dispositio generalis sit, & ad caeteras quoque ultimas voluntates (putà codicillos, donationes mortis causa,) exheredi debeat, explicat Hunnius *in resolut. ad Treutler. volum. poster. disput. 10. de testamentis. quaest. 25. pag. 952.*

§. Pater. 8. & §. In testibus. 9.

Pater, nec non is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negocio adhiberi.

§. 9. In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum: nec pater ejus rectè adhibetur testis, nec is, qui potestate ejusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

SVMMARIA.

1 *Pater & filius, itemque duo pluresve fratres, qui in eisdem patris potestate sunt, in uno & eodem testamento alterius testes simul fieri possunt.*
2 *Domesticum testimonium reprobatur.*
3 *Domesticum testimonium unde aestimetur.*
4 *Pater & filius una eademq. persona, & una caro reputantur.*
5 *Filius emancipatus in patris testamento, & quilibet filius in testamento matris, maritus in testamento uxoris, & c. ad testimonium dictionem admittitur.*
6 *Intellectus l. qui testamento 20 §. 2. ff. qui testam. facere possunt.*
7 *Filius, pater, fratres, & c. in judicio inter se testes esse nequeunt.*
8 *Ratio differentiae inter testes in judicio, & in testamentis intervenientes.*

Quoniam solennia testamentorum in testibus maximè consistunt: Iustinianus hunc locum de testimonio testamentario plenius persequitur, & ostendit: patrem & filium, ejus potestati subjectum, itemque duos pluresve fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, in uno & eodem testamento alieno testes simul fieri posse: cùm nihil noceat, ex unâ domo plures testes alieno negocio adhiberi, *l. ad testium. 22. in princ. ff qui testam. fac. poss. l. pater. 17. ff. de testibus.* Etsi enim plures ejusdem familiae faciliùs de mendacio conspirare, & praemediatos sermones adferre possunt, *arg. l. 3 §. 1 circa finem. ff. eod.* haec tamen praesumptio in alieno negocio cessat: omnisque abest suspicio falsitatis, aut collusionis, aut conspirationis: ita ut fides illorum in dubium vocari nequeat: quippe quorum nullum negocium agitur, *argum. §. sed neq. heres. 10. infr. hoc tit.* Ast ubi commodum sive utilitas illius testimonii ad aliquem de domo & familiâ pertingere posset: ibi regulariter domesticus testis, tanquam suspicione laborans, admittendus non foret. *Viglius & Mynsingerus hic num. 1.* Planè filius patriae potestati subjectus, 2
non

non poterit in testamento paterno testis officio fungi: quemadmodum nec pater in testamento filii, potestati suæ subjecti, testis esse poterit. Reprobatum namque est domesticum testimonium. *§. in testibus. 9. hoc tit. l. qui testamento. 20. in fine principii. ff. qui testam.*
3 *fac. poss.* Dicitur autem hoc loco domesticum testimonium, quòd ex vinculo patriæ potestatis, non etiam cognationis, æstimatur, *auctore hic Theophilo; quem referunt & sequuntur Heigius hic num. 4. Viglius num. 8. Cujacius in d. l. ad testium. 22. in princ. ff d. t. & Connanus lib 9. Comment. jur. civil. cap 3 nu. 4.*
4 Ejus siquidem vinculi ratione pater & filius una eademque esse persona censentur *l. ult. Cod. de impuber. & aliis substitutionibus.* & vox patris, tanquam vox filii est. *§. si quis alii. 4. vers. ei verò. infr. de inutilibus. stipulat.* & pars quodammodo corporis patris est filius. *l. cùm scimus. 22. prope finem. Cod. de agric. & censit.* adeòque una caro reputantur pater & filius, *can. contradicimus. 21. § hac authoritate. caus 35 quæst. 3.* Sicut ergò nemo pro se ipso; ita nec pater pro filiofamilias, & è contra, testimonium perhibere potest. *l. testis. 9.*
5 *l. nullus. 10 ff. de testib & l. omnibus. 10. C. eod.* Unde (contra Doctores quosdam, *quos refert & sequitur Iul Clarus libr. 3 sent. §. testament. quæstion. 55. num. 9. & Prosper Farinac. in tract. de testib. q. 54. num. 154.*) infertur, quòd filius emancipatus in patris testamento; imò & filius quilibet in testamento matris vel avi materni; maritus in testamento uxoris; & fratres in fratris emancipati testamento; & patronus in testamento liberti; & minister in domini testamento, vel è diverso, si modò nihil aliud impediat, ad testimonii dictionem admittantur: quamvis aliàs hæ, ceu domesticæ, aut conjunctæ, necessariæque personæ in jure pro suspectis habeantur, *arg. l. data. 27. ibi, clandestinis ac domesticis fraudib. Cod. de donationib l. etiam. 3. & l. parentes. 6. C de testib. Donell lib 6. Comment. de jure civil. cap. 7. pag. 14. & seq. Hunnius lib. 2. var. resolut jur. civ. tract. 5. quæst. 6. pag. 556. & iisdem verbis in resolut. ad Treutler. volum. poster. disp. 10. q. 26. pag. 993. Arumæus Exercit. Inst 7. th. 15. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 30. edit. 1. Forster libr. 2. disp. 12. th. 8. Andr. Gerhard. Exercit. Iustin. decad. 7. quæst. 4 Hænon. ad Institut. disp. 7. controvers. 8. Berens. disp. 6. ad Institut. them. 1 q. 7.* Illudque eâ potissimùm causâ jure receptum est: quòd tunc non agitur de commodo eorum, qui testantur: sed potiùs id, ut voluntas ultima exitum suum consequatur: quod secus est, cùm de patrisfamiliâs commodo vel incommodo tractatur, *arg. l. vel negare. 5. ff. testament. quemadm. aperiant. dict. l. etiam jure. 3. Cod. de testibus. l. qui testamento. 20. §. qua autem. 3. ff. qui testamenta fac. poss. Viglius & Connanus. dd. locis. Reusner. in tract. de testam part. 3. c. 20. n. 14. Wesenbec. hic, n 4.*
6 Quòd porrò dictum est, patrem filio in potestate constituto, testanti testem esse non posse, huic non adversatur textus *in d. l. qui testamento. 20. §. per contrarium. 2 ff qui testam. fac. poss.* ubi pater in filii testamento testis adhibetus. *Quamvis* enim Hotomanus *hic enunciat* 3 opinetur, hanc contrarietatem tan[...]tam esse, ut qui eam conciliare studeat, operam ludere videatur: tamen, meo judicio, solutio istius nodi non insulsè desumitur *ex §. in testibus 9 hoc t.* ubi Iustinianus perspicue loquitur de filiofamiliâs, qui post missionem, id est, à laboribus militiæ solutionem, facit testamentum, in quo pater testis intervenire non potest. L. ex autem opposita accipienda de filiofamiliâs, qui in castris ante missionem testamentum condidit. & ad id patrem suum adhibuit: quod iure facere potuit: quoniam miles in expeditione sive castris degens, legibus ad testamenti formam pertinentibus solutus est: post missionem verò, juris præcepta observare tenetur, *per pr. incip. ver. illis autem temporib. infr. de militari testam. Nonius hic n. 9. & 10* Confer Timæum Fabrum *in disputationib. anniversar. ad Institut. Imperialis disp. 18. th. 9. &* Erasmum Ungepaur *exerc. Instit. 8 qua. 4 p. 323. & seq. edit. ult.*

Præterea quod diximus, filium emancipatum, itemque fratrem, maritum, ministrum, &c rectè in 7
testamento adhiberi testes: ei non obstat, quòd hujusmodi personæ in judicio inter se testes nequeant. *dict. l. testis 9. ff. de testib. dict. l. parentes. 6. Cod. eod. can. si testes. 2 §. idonei non videntur. & ibi g oss. cum §§. seqq. caus. 4 quæst. 3. Duaren. lib. 1. disputat. anniversar. cap. 28. latè Farinac. d tractat. de testib. q. 54. regul. 2. 3. & 4.* Proindeque in testamento etiam non admittatus, *arg. d. l. qui testamento. 20 §. eum, qui. 5 ff. qui testam fac. possunt.* ubi qui non potest esse testis in judicio, non potest quoque esse in testamento. *Nam* hoc tantùm procedit in personis damnatis & infamibus; non in aliis personis, per se aliàs idoneis; & ob solam affectionem suspectis. Etenim qui ob delictum aliquod in judiciis testes esse prohibentur: ii multò magis à testamentis arcentur. At qui propter affectionem 8
duntaxat, vel sanguinis conjunctionem in judiciis à testimonio dicendo removentur: hi nihilominùs in testamentis admittuntur. Ratio differentiæ hæc est: quia in judiciis metus subest, nec ejuscemodi testes propter affectionem aliquid effingant, vel mentiantur, ut promoveant commodum & causam illius, qui eos produxit. Cæterùm in testamentis nihil tale metuimus: propterea quòd testator, cui testimonium fertur, nihil lucri vel emolumenti ex suo testamento percipit: sed hoc tantùm consequitur, ut ultima sua voluntas, cujus conservationi maxime jura favere solent, exitum sive effectum habeat, *d. l. vel negare. 5. ff. testament. quemadm. aperiant. Idq; fusius enodant Donellus, Viglius, Berens, & Bronchorst. locis superius notatis.* Eàdem de re videantur Hunnius *lib. 2. var. resolut. jur. civ tract. 5. quæst. 6. pag. 556.* & Bachovius *hic pag. 414. cum seq. nec non in notis & animadvers. ad Treutler. volum. 2. disp. 10. de testam. th. 4 lit. M. p. 540. & seq.*

§. Sed neque heres 10.

Sed neque heres scriptus, neq; is, qui in potestate ejus est, neq; pater ejus, qui eû habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia

hoc

quia hoc totum negocium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & heredem agi. Licèt autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem, & eos, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: heredi autem, & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licèt ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes, & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, meritò nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia præstare. Ideòque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

SVMMARIA.

1. *An heres, quem testator institututrus est, & is, quem in potestate heres habet, in testamento testis esse possit.*
2. *Negotium testamenti inter heredem & testatorem geri intelligitur.*
3. *Testamentum per æs & libram quomodo olim fieret.*

1 ILlorum in numero, qui adesse testamento tanquam testes, nèqueunt, etiam heredem, quem testator institututrus est, item eum, quem in potestate heres habet, aut cujus in potestate ipse est, collocamus. *hoc §. nostro. & l. qui testamento. 20. in princ. ff. qui testam. fac. poss.* Quanquam enim olim heres, & qui in ejus potestate fuit, testis in testamento esse poterat, *docente Iustiniano hic in vers. Licèt autem totum, &c.* postea tamen jus illud immutatum est, ex hac ratione, quam Imperator ipse hic assignat: *quia hoc totum negocium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & heredem agi.* Quâ ratione
2 positâ, sic rectè colligimus: Nemo testis esse potest in negocio, quod cum alio gerit, & quod suum, non alienum esse intelligitur. *l. nullus. 10. ff. de testib. l. omnibus 10. Cod. eod. l penult. ff. de receptis, qui arbitrium ceceperunt.* Negocium autem testamenti inter heredem & testatorem geri intelligitur: & sic tam heredis, quam testatoris esse censetur. Ergo heres illius negocii testis non est idoneus. Assumptionem ipse Iustinianus hic probat, dum inquit: heredem imaginem vetustissimi fa-
3 miliæ emptoris obtinere. Testamentum namque per æs & libram (de quo paulò copiosiùs dictum est *ad §. 1. suprà hoc tit.*) sic olim fiebat: Testator hereditatem suam cuidam, qui familiæ emptor dicebatur, vendebat: is emptor hereditatem emptam heredi, à testatore designato, præstabat; testis verò officio nequaquam fungi poterat. Absurdum etenim fuisset, emptorem de suo emptionis contractu ferre testimonium. Hujus igitur emptoris imaginem cùm heres, *secundum Iustinianum hic*, referat: manifestum est, eum non esse idoneum, qui testis in testamento interveniat. Verùm eâ de re, *post Interpretes hic. & Doctores communiter in d. l. qui testamento. 20. in princ. ff. qui testamēt. facere poss.* uberiùs tractant *Nicolaus Reusnerus in tractat. de testament. part. 3. cap. 21 numer. 1. 2. & 3. Fernand. Vasquius libr. 2. de successionum progressu. § 13. coquisit, 6 num. 4 Duarenus ad tit pand. qui testamenta facere poss. sub rubric. de testib. in testamento idoneis. versic. Eâdem ratione repellitur heres. &c. Connanus lib. 9. Commentar. jur. civil. cap. 3 num 5. & Prosper Farinac. in tractat de testib. quæst. 60. nu 300. & seqq.*

§. *Legatariis. 11.*

Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: imò in quadam nostra constitutione & hoc specialiter eis concessimus. Et multò magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.

SVMMARIA.

1. *Nunquid legatarii & fideicommissarii in testamento testes esse possint.*
2. *Iuris successores qui hoc loco intelligantur.*
3. *Nemo in re propria testis idoneus.*
4. *Propria res seu causa quæ dicatur.*
5. *Quæ per consequentiam fiunt, spectari non solent.*
6. *Duareni opinatio, distinguentis inter testamentum scriptum, & nuncupativum.*
7. *Ratio hujus distinctionis.*
8. *Communis opinio, quæ in utroq; testamento legatarios ad testimonium ferendum admittit, probatur.*
9. *Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.*
10. *Duarenus confutatur.*
11. *Limitatio regulæ, quâ dicitur, neminem in ea causa testem esse posse, cujus commodum ad ipsum pertinet.*
12. *Favori pro se introducto quilibet renunciare potest.*
13. *An fideicommissarius universalis in testium testamentariorum numero esse valeat.*
14. *Quatenus fideicommissarius universalis pro herede habeatur.*
15. *Idem fideicommissarius in quo ab herede differat.*
16. *Fideicommissarius universalis non est juris successor.*
17. *Ecquid tutor testamentarius adhibere testamento faciendo testis queat.*

ISte quoque §. ad testes, quos in testamento intervenire oportet, pertinet. Plerunque autem testato- 1
res testibus, quorum operâ utuntur in testamento cōficiendo, aliquid officii remunerandi causâ relinquere solent, *leg. si quis ita. 14. ff. de rebus dub. l. dictantibus. 22. in fine. Cod. de testament.* Hinc dubitari poterat: utrùm testamentum illud viribus suis subsisteret? Ad quam dubitationem ex hoc § respondendum est: legatarios & fideicommissarios in testamento, in quo honorantur, testes esse posse: quia non juris successores sunt

2 sunt. Iuris verò successores hoc loco accipimus illos, qui jure directo, & universalis titulo succedunt, & eum quibus negocium testamenti agi intelligitur, quales sunt heredes, qui ob id testes in testamento esse nequeunt, *ut suprà § proxime explicatum est*. Sed quamvis legatarii & fideicommissarii juris successores non sint, *ut jam dictum*: aliâ tamen ratione à testimonio testa-
3 mentario repellendi videntur. Generaliter enim traditum est: neminem in re propriâ esse testem idoneum,
4 *l. nullus. 10. ff. de testib. & l. omnibus. 10. Cod. eod tit.* Et propria res seu causa definitur ea, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertinet *l. 1 § in propria. 11 ff quando appelland. sit. Arnold. Vinnius lib. 4 Iurisprud. contracta. cap. 30. pag. 318.* Atqui causam testamenti, in quo legatarius perhibet testimonium, pertinere ad ipsius commodum, ex eo manifestum est; quòd testamento confirmato, legata etiam, tanquam pars sive potiùs accessio quædam ejusdem, robur accipiant: eo autem sublato legata quoque corruant. *l. eam, quam 14. Cod de fideicommissis. § penult infr. de leg. Falcid.* Cæterùm etsi non desunt viri doctissimi, qui evadere cupientes respondent. principaliter agi de valore testamenti, & commodo heredis; minus verò principaliter, & in consequentiam tantùm, de legatis: & idcirco legatarium, qui per consequentiam solummodò hereditatis aditæ, ex suo testimonio aliquid utilitatis expectat, non
5 esse à testimonii dictione excludendum: quippe cùm ea, quæ per consequentiam fiunt, spectari non soleant. *l. 1 vers. per consequentias. & l. quod dicimus. 7. in princip. ff de auctorit. & consens. tutor. Donell. libr. 6 Commentar. de jure civil. cap 17. circa finem. D. Becer. hic num. 13. pag. 282. Broneherst. cent. a ἐναντιοφανῶν. assert. 97. edit. 2. Paul. Berens disput 6. ad Instit. them. 1. quæst. 8. & alii*; attamen vehementer adhuc urget, quòd tunc etiam, cùm per consequentiam tantùm ex aliquâ causâ testis commodum percepturus est, ejus dispositio suspecta reddatur: adeòque legatarii testimonium in proprium commodum omninò prohibitum censeatur, *arg. d. leg 1. § in propria. 11 ff. quand appelland. sit cap. personas. 20. ibiq. Dd. extr. de testibus.*
6 Quod cum animadverteret Duarenus *ad tit ff. qui testam. fac. poss. sub rubr. de testib. in testamento idoneis, vers. quidam ex veterib. &c.* eò est inductus, ut statuerit, legatarios testes esse posse in testamento in scriptis, sed non in testamento nuncupativo. Idem sentiunt *Iohan. Andrea in addit. ad Speculat tit. de instrument. edit. in § restat. in addit. incipiente, audivit, &c. Panormitan. in cap. insuper. 6. extr. de testib. Socin. in d. l. si quis ita. 14. ff. de reb. dub. Curtius consil 178 & Ant.*
7 *Fab. de errorib pragm. decad. 66. error. 1.* Differentiæ ratio ab iis hæc redditur: quòd testis testamento scripto adhibitus, ab omni corruptionis & falsi testimonii suspicione sit remotus: cùm testatoris voluntatem, sibique quid esse relictum, planè ignoret. At suspicione isthac non caret, cui in testamento nuncupativo, cùm testis esset, aliquid relictum est. Is etenim spe commodi ex testamento percipiendi moveri facilè potest, ut testamenti confirmandi causa, coram judice aliquid contra veritatem deponat. Hæcq; sententia ex eo probabilior efficitur; quòd plerique juris loci, quibus permittitur, ut legatarii testes sint, disertè agant de testamento in scriptis: quod argumento esse potest, in eo solùm genere testamenti, legatariis testimonii dicendi jus esse. *d. l. si. quis ita 14. ff de reb. dub. d. leg dictantibus. 22. Cod. de testament. cum similib.* Sed magis est, 8
ut communi Doctorum opinioni adstipulantes, concludamus: tam in nuncupativo, quàm solenni scripto testamento, legatarios ad testimonium ferendum admittendos esse. Idque præcipuè probatur *ex hoc §. nostro*, ubi idcirco legatariis, & aliis personis eis conjunctis, testimonium non denegatur: *quòd non juris sunt successores.* Ex quâ ratione perspicuè evincitur: nullâ esse, quoad hunc articulum, inter testamentum nuncupativum & scriptum differentiam. Siquidem legatarii non juris, sed tantummodò rerum sibi legatarum, successores sunt: sive ex nuncupativo, sive scripto testamento aliquid capiant. Sed & huc non parùm confert textus *in l. qui testamento. 20. in princ. ff. qui testam. fac. poss.* ubi Vlpianus de legatario in testamento ad- 9
hibendo generaliter loquitur: nec distinguit testamentum, quod fit per nuncupationem, ab eo, quod in scriptis conficitur. Ergò neque nobis distinguendum erit. *l. de pretio. 8. ff. de Public in rem act.* Quio & *in d. l. dictantibus. 22. vers. testibus. Ced. de testament.* Promiscuè de quolibet testamento rescriptum est: quod testator testibus, ad illud efficiendum sive communiendum adhibitis, pro suo libito quippiam relinquere nō prohibeatur. *Nec obest*, quod regerit *prællegato loco* 10
Duarenus, in ea lege quæri, an valeat testamentum, in quo testi aliquid relinquitur: non autem, an legatarius in testamento rectè testis adhibeatur. *Hoc* enim licet concesserimus: nihilominus tamen est verissimum, quoties testamentum valet, toties omnes testes rectè esse adhibitos: cùm ex testibus magna ex parte testamenti vis dependeat. *Nec movet*, quod dicitur, in testamento scripto legatarium ignorare, sibi quid relictum esse: ac proinde eum non videri dicturum testimonium pro testamento imperfecto aut injusto. *Nam* hac ratione heres quoque admittendus foret, qui & ipse, heredem se esse institutū, ignorat. Imò non omnia scripta testamenta clausa sunt, seu mystica: sed sæpenumero etiam testibus legenda proponuntur. Potest equidem testator complicare scripturam, si velit testes ignorare, quid in testamento scriptum sit: potest item apertam scripturam subscribendam & consignandam testibus offerre, si non curet, testes voluntatem suam scire. *l. hac consultissima 21. in princ. Cod. de testam. §. sin autem. 3 infr. de pupill. substitut.* Potest itidem in præsentia testium, eorundemque legatariorum testamentum dictare; ubi certe testes sibi legata relinqui, audiunt. *d. l. dictantibus. 22. Ced de testament.* Atque hanc sententiam tenent *Iohan. Fab. hic num. 3, Angel. Aretin num. 1, Viglius num. 9. Nonius numer. 9. Anton. Matthæus, & Heigius num. 5. Fichard. in addit. ad Villaleb. lit L. num. 55. & Villalob in lit. T. num. 31. Conan. lib 9. Commentar. jur civil. cap. 3. num. 6. Roberus disput, 31 ad Instit. th. 6 Reusner. in tract. de testament. part. 3. cap. 21 num. 12. Farinac. in tract. de testib quæst. 60. num. 238. & novissimè Vinnius disput. 16. de precess. judic. th. 3. n. 10.*

11 Neque huic decisioni refragatur, quòd legatarius
ex testamento emolumentum ad se perventurum sci-
at. *Licèt* enim regulariter testis eâ in causa nemo esse
possit, cujus commodum ad ipsum spectat. *dict. l. nul-
lus. 10. ff. de testib. & dict. l. omnibus. 10. Cod. eod.* tamen
regula illa locum non habet, ubi is, cujus favorem re-
ceptum est, ne talis testis admittatur, eum admittere
12 desiderat. Tunc etenim is favori pro se introducto
renunciare potest. *l penultim. Cod de pact.* Est autem in
testatoris favorem introductum, ne testes suspecti, de
ejus voluntate deponentes, audiantur. Si igitur testa-
tor ejusmodi testes testamento suo adhibet, & his fi-
dem adhiberi vult; ratio utique postulat, ut eâ in re vo-
luntatem ipsius sequamur: ne quod in favorem ejus
introductum est, in ejusdem odium retorqueatur. *l.
quod favore. 6. Cod. de legib cap. quod ob gratiam. 61.
de reg. jur. in 6. Alias plures, easq; diversas istius decisi-
onis rationes recenset hic Myrsingerus n. 4.*

13 Porrò cùm certum sit, ac expeditum; legatarios &
fideicommissarios particulares seu singulares in testa-
mento testes esse posse: non inconvenienter quæri-
tur, an etiam fideicommissarius universalis, cui tota he-
reditas ex Senatusconsulto Trebelliano restituenda est,
in testium numeso esse queat? Et quamvis id pernegent
Doctores communiter: *Accursius hic in verb. non ju-
ris. Ioan. Faber. Eguinarius Baro, Barbovius, Portius,
Angel. Aretinus, Nonius & Nicasius num. 5. item Bal-
dus, Corneus, Sichardus, & alii in d. l. dictantibus. 22.
Cod. de testament. Campeg de testib. reg. 74. Cret. de te-
stib. numer. 17. cum seqq. Aufrer. de reprobat. testium.
numer. 46. Iohan. Maria Monticell. in suo repertor. te-
stium. verb. testis in testamento fol. 326. Grassus in tra-
ctat. de successione ex testament. & ab intest. §. testamen-
tum. quæst. 57. num. 15. Mascard volum. 3. de probatio-
nibus. conclus. 1357. numer. 5. Reuber. in tract. de testib.
pag. 31. Timæus Faber in disputationib anniversar. ad
Institution. Imperiales. disp. 18. th. 10. lit. 16. Bachov. hic
& not. & animadv. ad vol. 2. Treutler. disp. 10. de testa-
ment. th. 4 lit. K ad finem. pag. 540. Acacius Antonius
de Ripol. variar. jur. resolut. c. 13. num. 739. cum seqq.
fol. 471. & Farinacius in tract. de testib. quæst. 66. num.
303.* attamen affirmativa sententia probabiliter defen-
di posse videtur. Tum quia Iustinianus hoc loco gene-
raliter & indistinctè loquitur. Tum quia negocium
non inter testatorem & fideicommissarium universa-
lem, sed inter testatorem & heredem geri intelligitur.
§ sed neq; heres. 10. supr hoc tit. Tum quia nullibi te-
stimonium fideicommissario universali interdictum
invenitur: unde efficitur, eum non esse ab officio te-
stis removendum, *per regulam l. 1. §. 1. ff. de testib, Loca-
mer quæstion. juridic. fascic. 27. q. 7.*

14 Nec obstat, quòd fideicommissarius universalis pro
herede reputetur. *§. restituta. 3. supr. de fideicommissar.
hereditatibus* Illud enim quoad commoda & incom-
moda heredis rectè dicitur, quæ omnia ad fideicom-
missarium, tanquam ad heredem, post restitutam he-
reditatem pertinent. *l 1. §. 2. ff. ad Senatusconsult. Tre-
bell.* quoad alia verò, ab herede discrepat; & cumpri-
15 mis in hoc differt, quòd non cum ipso fideicommissa-
rio, sed cum herede negocium testamenti geri censea-
tur. Quæ differentia meritò etiam diversum jus inter u-
trumque, quoad testimonium dicendum, producit. *Et*
quanquam mirum alicui esse videbitur: heredem, qui
post restitutionem hereditatis à se factam, quartæ tan-
tùm commodum percipit, à testimonii dictione repel-
li, admisso fideicommissario, ad quem omnia omninò,
commoda & emolumenta, exceptâ quartâ Trebellia-
nicâ, spectant: mirari tamen ille desinet, si cognoverit
ex hoc § in testamentis propter speratum commodum
neminem à testimonio excludi: alioqui legatarius eti-
am, & fideicommissarius particularis admittendus nô
esset: sed propter alias rationes, *de quibus suprà §§. præ-
cedentibus dictum*: quarum cùm nulla cadat in fidei-
commissarium universalem: ei aditus ad testimonium
dicendum denegari haud poterit.

Similiter non obstat, quod objicitur, fideicommissa- 16
rium universalem juris esse successorem, *arg l 3. ff. de fi-
deicommissariâ hereditatis petit. Breviter* namque re-
spondetur; fideicommissarium, cum universa heredi-
tas restituenda est, neutiquam esse juris successorem: si-
quidem jura activa & passiva per restitutionem, & sic
quasi traditionem consequitur. *d. leg. 1. §. 2. & passim. ff.
ad Senatusconsult. Trebellian.* Et hanc ipsam defendit
sententiam Iason *in d. l. dictantibus. 22. num. 2. Cod. de
testament.* Cæterum quod de legatario & fideicom- 17
missario hic affertur, idem quoque obtinet in eo, qui
tutor testamento scriptus est. Nam & is rectè adhiberi
testamento testis potest, si eum nihil aliud impediat,
*prædicta l qui testamento. 20. in princ. vers. quod in le-
gatario &c. ff qui testam. fac. possunt.* Quamvis enim
causa pupilli sit quasi propria tutoris, qui loco domi-
ni habetur, adeòque in eâ idoneus testis esse non pos-
sit. *l qui fundum 7. §. si tutor. 3 ff pro emptore. l. interdũ.
56. §. qui tutelã. 4. ff. de furt. l. is, qui in puteum. 15. §. an
ignoscitur. 7. ff. quod vi aut clam. l ult. ff. de testib.* tamẽ
antequam tutelam suscipit, nondum scilicet aditâ he-
reditate, testis testamento licitè adhibetur, *l si nemo. 9.
ff. de testamentar. tutel. Reusner in tractat. de testam.
part. 3. cap. 21. n. 10.*

§. *Nihil autem. 12. & §. sed & num. 13.*

Nihil autem interest, testamentum in tabu-
lis; an in chartis, membranisvè, vel in alia ma
teria fiat.

§. 13. Sed & unum testamentum pluribus
codicibus conficere quis potest, secũdùm ob-
tinentem tamen observationem omnibus fa-
ctis: quod interdum etiam necessarium est: ve-
luti si quis navigaturus & secum ferre, & do-
mi relinquere judiciorum suorum contestati-
onem velit, vel propter alias innumerabiles
causas, quæ humanis necessitatibus imminent.

S V M M A R I A.

1 *Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat.*
2 *In qua materia testamentum scribendum.*
3 *Testamentum unius conscribi potest duobus aut pluribus tabulis.*
4 *Nemo potest decedere duobus testamentis. nisi miles.*

1 Cur

5 *Cur plures tabulæ sive exemplaria testamenti confici queant.*
6 *Testamentum primum rumpitur per posterius.*

1 QVemadmodum nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat. *l. fideicommissa. 11. §. si cui. 11. ff. de legat. 3. l si mater. 3. Cod. de institutionib. & substitut.* ita pa-
2 rùm interest, in quâ materiâ, modò ad istud idoneâ,
scribatur testamentum, *hoc §. l. quoniam 15. C. de testam. l. 1. in princ. & l. charta. 4. ff. de bonor. possess secundùm tab. l. 1. §. 2. ff. testamenta quemadmodum aperiant.* Ratio tamen dubitandi duplex esse potest: tum quia propiè testamenti tabulæ dicuntur: ac proinde in tabulis tantùm, non in aliâ materiâ, illud ordinandum videtur: tum quia non permittitur Notario instrumentum in deletitia, aut parùm mundâ chartâ conscribere. *Novell. 44. cap. 2.* Sed dicendum: primam originem fuisse in tabulis, unde nomen remansit, licèt alia materia successerit, *sicuti notat hic Giphanius.* Deinde ultimæ voluntatis tantus est favor, ut nihil intersit, cujusnam generis sit materia, in quâ testamentum scribatur, *docente Mynsingero hic numer. 1. & fusiùs*
3 *Reusnero in tractat. de testament. part. 3. cap. 7.* Præterea certum & evidens est: posse testamentum unius conscribi duobus, aut pluribus codicibus, tabulis sive exemplis. *§. sed & unum. 13 hoc tit. l. unum. 24. ff. qui testam. fac. possunt l. si in duobus. 10. ff. testam. quemadmod aperiant. l ultim ff. de his, quæ in testam. delent. l. locum. 3 §. 1 ff. de tabul. exhibend. & d. l. 1. § si*
4 *quis 5. ff de bonor. poss. secund. tabul.* Nec adversatur, quòd nemo duobus testamentis decedere potest, nisi miles. *l. quærebatur. 19. ff. de testamento militis.* Nam respondetur: hîc non testamenta, sed tabulas duntaxat multiplicari, quæ eandem planè sententiam contineant, & eâdem omnes solennitate sint factæ. *dict. §. 13. ibi secundùm obtinentem tamen observationem, &c hoc t. ibiq; Rittershus. pag. 235. Reusn. dict. part. 3. c. 8 n.*
5 *3.* Ratio autem, cur plures tabulæ seu exemplaria confici queant, est: ut major sit certitudo, & securitas: maximè si quis peregrinari, & secum ferre, & domi relinquere voluntatem suam ultimam velit, *auctore Iustiniano hic in d §. sed & unum. 13 vers. quod interdum &c.* Quin & potest, si unum tantùm testamenti exemplum sit, facilè ab heredibus legitimis supprimi, aut occultari, *arg. d. l. si in duobus. 10 § ult. ff. quemadm. test. aperiant.* Potest item incendio, incursu hostium, & aliis casibus intercidere, *ut Mynsingerus tradit in d. §. sed &*
6 *unum. num. 3. hoc. t.* Cæterùm si diversa scribantur testamenta: primum rumpi per posterius, discemus (volente Domino) *ex §. sed & si quis. 3. infr. quib. mod. testamenta infirmentur.*

§. *Sed hæc quidem. 14 & ultimus.*

Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiūt. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentū: septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimū testamentū jure civili, firmumque constitutū.

SVMMARIA.

1 *Testamentum nuncupativum unde sit appellatum.*
2 *Testamentum nuncupativum quæ habeat cum scripto communia, quæ item singularia.*
3 *In testamento scripto testator voluntatem suam celare potest: non item in nuncupativo.*
4 *Si testator plures heredes palam nuncupare voluerit, & quibusdam nuncupatis priusquam cæteros exprimeret, obmutuerit: utrum testamentum ejus saltem ex parte valeat.*
5 *Sensus & intellectus l. jubemus. 29. C. de testament.*
6 *Nihil refert, testator heredem sua sponte nuncupet: an ad alterius interrogationem coram testibus voluntatem suam intelligenter exponat.*
7 *Quando in scriptis aliquis testari voluit; quædam autem scripti testamenti solennitas omissa sit: an testamentum valeat, ut nuncupativum.*
8 *Testamentum nuncupativum quomodo hodie, adhibito Notario, tutò conficiatur.*
9 *Scriptura Notarii ad majorem actus probationem pertinet.*

HActenus de testamento scripto: jam transitione 1
quadam Iustinianus Imp. se confert ad testamentum non scriptum, vel nuncupativum: quod inde sic appellatum est, quòd testator palàm coram septem idoneis testibus, ad id nominatim rogatis, nullo alieno actu interposito, heredis nomen, totamque suam voluntatem nuncupat sive exponit, *hoc §. nostro. l. heredes palàm. 21. ff. qui testam. facer. poss. l. hac consultissima. 8 C. de test. l hac consultissima. 21. ff. §. per nuncupationem 2. l. in testamentis. 26. & l. jubemus. 29. C. de testa-*
ment. l. ultim. C. de codicill. Ex quo manifestè colligi- 2
tur: nuncupativum hoc testamentum non solùm cum scripto habere commune, ut septem idonei & rogati testes adhibeantur, utque testatio uno contextu fiat: sed etiam duo habere singularia: *primum*, quòd fieri possit sine ullâ scripturâ, vel subscriptione, aut subsignatione testium: *alterum*, quòd fiat nuncupatione: quæ in eo vertitur, ut testator ultimam voluntatem suam palàm, hoc est, clarè & intelligenter, ita ut à testibus exaudiri possit, nuncupet, atque declaret, *juribus prallegatis. Donell. lib. 6. Commentar. de jur civ. c. 10. pag. 19. D. Obrecht. disp. 19. de success. testamentar.*
thes. 155. & seq. Itaque in hoc nuncupativo testamen- 3
to testator voluntatem suam testibus revelare cogitur: in testamento autem scripto celare potest. *dict. l. heredes palàm. 21. ff. qui testam. fac poss d. l. hac consultissima. 21. in princ & §. per nuncupationem. 2. C. de testament.* Et certè, ut nesciant testes voluntatem testatoris, plerūnque tutius esse creditur: *primùm* ideò, ne hi, qui ex testamento aliquid sperabant, odium concipiant in testatorem, ubi resciverint, se ex eo testamento nihil aut parùm consecuturos esse. *Deinde*, ne hi, qui aliquid accepturi sunt, mortem testatoris captent, ejusque vitæ insidias struant, vel ut eò citiùs hereditatem adipiscantur, vel quòd metuunt, fieri posse, ut testator voluntatem suam mutet: cùm ultimæ voluntatis liber sit stylus, usque ad ultimum vitæ spiritum. *l. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. Ioan. Faber, & Vultejus hic numero tertio. Et idem etiam monuimus ad §. sed cùm paulatim 3. nu. ult. supr. hoc tit.*

4 Quia verò ex prædictis constat; testamentum nuncupativum uno contextu temporis, unoque actu continuo fieri debere: non abs re quæritur; si testator plures heredes palam nuncupare voluerit: & quibusdam nuncupatis, priusquam cæteros exprimeret, obmutuerit, hoc est, in sermone defecerit, vi morbi subitâ, sive epilepsiâ sive apoplexiâ impeditus, ita ut nihil amplius proloqui potuerit: utrùm testamentum ejus, saltem ex parte, valeat? Et nullâ ex parte valere, responsum est disertè in *l. si is, qui. 25 ff. qui testam. fac. possunt.* Hujusque ratio in proclivi est: quia non censetur testamentum, nisi sit suprema voluntatis contestatio, *ut apparet ex principio hujus tit. & l. 1. ff qui testam. fac. poss.* Atqui verò non possumus supremam voluntatem pro parte testatam, pro parte intestatam relinquere. *l. jus nostrum. 7 ff de reg. jur.*

5 Non obstat *l. jubemus. 29. Cod. de testament.* ubi statuitur, pluribus testamento heredibus scriptis, quamvis aliqui heredes non sint proprio testatoris chirographo subnotati, eos tamen heredes fore, qui scripti sint manu testatoris. Simili ergo ratione, si testator quorundam heredum nomina testibus nuncupaverit, quorundam reticuerit: dicendum videtur, eos solos, qui sunt nuncupati, succedere. Non, *inquam*, lex ista obstat. Præterquam enim quòd jus illud, de nominibus heredum à testatore propriâ manu, vel testium scribendis, abrogatum est. *Novell 119. cap. 9.* loquitur etiam allegata lex in alio planè dissimili ac diverso casu. Nam *in d. l. si is, qui. 25. ff qui testam fac. poss.* ideò nulli heredes sunt: quia testator testamentum quidem facere cœpit, sed non perfecit, id est, voluntatem totam non nuncupavit. At *in d. l. jubemus. 29. Cod. de testament.* propterea quidam heredes manent: quia testator testamentum per scripturam perfecerat, & omnes, quos voluit esse heredes, scripserat: sed non omnium heredum nomina proprio chirographo subnotaverat, aut nuncupaverat; & sic rectè Imperat. censet, non totum testamentum per hoc infirmari, sed eos duntaxat heredes, qui subnotati aut nuncupati non sunt, ab hereditate repelli. *Borcholt. hic num. 4. Nicol. Reusner. in tractat. de testament. part 3. cap 29. num.* 6 25. Nihil porrò referre plerique existimant: testator heredem suâ sponte nuncupet: an ad alterius interrogationem, voluntatem suam ultimam clarè & intelligenter coram testibus, specialiter ad hoc vocatis, exponat. *Wesenbecius hic numer 3. vers. ad interrogationem, &c & Heigius num. 8. Zasius consil. 3. numer. 37. volum. 1. Dn Collega Becer. class. 3. disputat. 2. thes. 33. edit. 2. Petr. Surd. consil. 414. Schegk. in delibat jur. disputat. 9. thes. 3.* Eaque de re variè & diversimode Interpretes differunt: *Accursius, Fulgosius, Bald. Alexander, Salicetus, Corneus, & novissimè Gilkenius in d. l. jubemus. 29. Cod. de testament. Menochius consil. 45. lib. 1. & idem part 2. lib. 4. præsumpt. 8. numer. 5 & seqq. Andr. Gerhardi decad. 8. Exercitat. Iustin. quæst. 1. Clarus libr 3. sentent. § testament. quæst. 37. Dauth. in tractat. de testament. numer. 294 pag 133. cum seq. Arumæus Exercitat. Iustin. 8. thes 5 Fachineus lib. 10. controversiar. jur. c 17. & plures alii, ab iis relati.*

Cæterùm, quando aliquis in scriptis testari voluit: 7 quædam autem scripti testamenti solennitas omissa sit; putà subscriptio aut subsignatio testium: an testamentum saltem valere debeat, ut nuncupativum, quæri solet? Et communiter respondetur, omninò valere: dummodo testator etiam solennitates nuncupativi testamenti proprias adhibuerit, uti tradunt prolixè Menochius *d. libr. 4. præsumpt. 2. num. 14. & seqq.* Clarus *d. § testamentum. quæst. 4 num. 2.* D. Besold. *Decad. 2. consil. 6 pag 127. cum seqq. aliiq. per hos citati.* Sanè, 8 ad usum fori quod attinet: illud de hoc testamenti genere, quod per nuncupationem fit, admonendum est: istud modo paulò expeditiore hodie confici: adhibito scilicet Tabellione sive Notario publico, qui nuncupatam coram testibus voluntatem scriptis excipiat: aut è schedula jussu testatoris recitet: ac deinde rem gestam scripturæ suæ auctoritate corroboret. Quo casu testes iterum sistere non est necesse: sicut nec morte eorum corruit testatoris voluntas, quasi publico Notarii instrumento semel plenè comprobata, *argument. l. in donationibus. 31. Cod. de donationibus. Schilbock hic in fine.* Nec ideo ejusce mod. testamentum statim nun- 9 cupativum esse desinit: siquidem scriptura isthæc non ad substantiam, sed ad majorem probationem actûs, perpetuamque rei memoriam pertinet. *l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. Mynsinger. hic. & Vultejus num. 5.* Hæcque cautio olim veteri jure incognita in testamentis, hodie adeò usu recepta est; ut, qui eam convellere voluerit, irritam videri faciat mortuorum voluntatem. *l. testamenta. 18. Cod de testament. Bartol. in l. 2 ff testament quemadmod. aperiant. Viglius hic num. 4. Reusner. d. part. 3 cap. 29. numer. 27. Wilhelmus Ludvvell. disp. 7. ad Iustinianeas Instit. th 3. lit. d.* Deque prædictis omnibus videatur Ludovicus Lana *in enchirid. de testamentor. formulis, per totum.*

DE MILITARI TESTAMENTO.

TITVLVS XI.

Principium Tit.

Suprà dicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam eorum, constitutionibus principalibus,

palibus remissa est. Nam quamvis ii neque
legitimum numerum testium adhibuerint,
neque aliam testamentorum solennitatem
observaverint: rectè nihilominus testan-
tur, videlicet cùm in expeditionibus occupa-
ti sunt: quod meritò nostra constitutio in-
troduxit. Quoquo enim modo voluntas e-
jus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine
scripturâ: valet testamentum ex voluntate
ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra
expeditionum necessitatem in aliis locis, vel
suis ædibus degunt: minimè ad vendican-
dum tale privilegium adjuvantur. Sed testa-
ri quidem, etsi filiifamiliarum sint, propter
militiam conceduntur: jure tamen commu-
ni eadem observatione & in eorum, testa-
mentis adhibenda, quam in testamentis pa-
ganorum proximè exposuimus.

SUMMARIA.

1 *Milites in jure multis gaudent privilegiis.*
2 *Milites arma magis, quàm jura scire censentur.*
3 *Militibus testari licet, quomodo volent & poterunt.*
4 *An nostri temporis milites privilegiis militaribus utantur.*
5 *Hodie in bellis non minore, quam olim, diligentiâ ac labore est opus.*
6 *Milites Rempubl. à qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendere tenentur.*
7 *Ob quam rationem militibus solennitates juris communis remittantur.*
8 *Nostri milites non solùm pro Patria, sed & pro Religione sanguinem fundunt.*
9 *An & quatenus solennitates priscæ, in diligendis militibus hodie sint immutatæ.*
10 *Milites limitanei & stationarii qui, & num militum privilegiis fruantur.*
11 *Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*
12 *Quatenus milites consulere peritiores possint.*
13 *Martiales & vagabundi milites a militaribus privilegiis removendi.*
14 *Scholaris vagabundus privilegiis Studiosorum gaudere non debet.*
15 *Milites duplices: armati, & togati sive civiles.*
16 *Ecquid togati milites armatorum militum privilegiis gaudeant, ut testamenta sine solenn. atibus condere possint.*
17 *Advocatis & Doctoribus jus ignorare, turpe.*
18 *Doctores militibus armatis præferendi.*
19 *Masculus licèt dignior fœminâ, non tamen iisdem gaudet privilegiis.*
20 *In quibus actibus miles Doctori anteferendus, & contrà.*
21 *Quatenus lex, quantumvis exorbitans, trahatur de casu ad casum.*
22 *Privilegium militi datum respectu peculii castrensis, conceditur Doctori respectu quasi castrensis.*
23 *An Jurisperiti, in militia armata stipendium merentes, jure militari possint testari.*
24 *Silent leges inter arma.*
25 *Quando milites, & quo in loco suis privilegiis fruantur.*
26 *Quando milites in expeditione degere dicantur.*
27 *Cessante causa privilegii, & ipsum privilegium cessat.*

1 PRæcedenti titulo satis superque ostensum est, quo-
modo testamenta jure communi conficiantur, &
quam formam solennitatemque desiderent: nunc, ut
de testamento privilegiato, quo milites gaudent, ali-
quid dicatur, ordinis efflagitat ratio. Nam ut aliis in 2
juris partibus milites multis utuntur privilegiis: ita
quoque in hac testamentariâ causa, omnibus juris so-
lennibus soluti censentur. Arma etenim magis, quàm
jura scire milites, sacratissimus legislator Gordianus 3
existimavit, *pronunciante Justiniano Imp. in l. ult. cir-
ca princip. C. de jure deliberand.* Cui consequens est- 4
iis, legitimo testium numero non adhibito, & quo-
modo volent & poterunt, testari licere: adeòque nu-
dam ipsorum voluntatem omnimodò sufficere, *hoc
principio nostro l. 1 ff. de testam. militis & l. Antoni-
nus 42. ff. de fideicommissar. libertatib. vide Bacho-
vium hic num. 1. pag. 422.* Quanquam autem qui-
dam ex Doctoribus, milites nostri temporis nequa-
quam gaudere privilegiis militaribus, circa testamen-
torum confectionem, opinentur, *Cynus & Salicetus
in l. 1. C. de jur. & facti ignorant. Baldus in l. intesta-
mento. 6. in fin. C. de testam. milit. hoc q; referens Ange-
lus Aretinus in §. planè 1. num. 4. infrà hoc tit. &
Melchior Kling. in hoc principio. ubi ait, hanc esse com-
munem opinionem.* verior tamen eorum est senten-
tia, qui affirmant, nostri etiam temporis milites (si in
numeros, id est, in catalogum sive album militum jus-
su & mandato ejus, qui exercitui præest, relati fuerint)
veterum militum privilegiis frui. adeoque jure mili-
tari testari posse. Tum quia hodie bellis licitis non 5
minore, quàm olim, diligentiâ, assiduitate, vigilantiâ,
ac labore opus est: & eisdem periculis milites nostra-
tes etiam sint expositi: meritò quoque eodem favo-
re militari digni judicandi sunt. *l. unic. ff. de bonor. poss.
ex testam. milit.* Tum quia non minùs hodie, ac olim, 6
milites numeris ac signis suis jugiter inhærent, &
Rempublicam, à qua aluntur, ab omni bellorum ne-
cessitate defendunt. *l. milites 31. C. de locato.* Tum et- 7
iam quia eadem ratio adhuc militat in nostris militi-
bus, ob quam Romanis militibus solennitates juris
communis remissæ sunt: quæ ratio est simplicitas &
ignorantia juris, sive nimia imperitia. *l. quanquam. 3.
C. de testam. milit. l. 1 C. de juris & fact. ignorant. &
hoc princip. nostro.* Cujus simplicitatis, ignorantiæ &
imperitiæ causa, est armorum occupatio: quæ facit,
ut quod leges præcipiunt, non sit otium militibus vel
cognoscere, vel etiamsi cognoverint, superstitiosè ob-
servare *d. l. ult. circa princ. C. de jure deliberand.* Tum 8
postremò, quia nostri milites non solùm pro Patria
vindicanda, pro laribus sepulchrisque avitis (ut Ro-
mani consuevêre) dimicant: sed etiam pro sanctissi-
ma Religione sanguinem animamque profundunt. *Ita
tradunt & sentiunt Viglius hic num. 11. & Schneide-
uvin. num. 8. Vandus lib. 1 var. quæst. cap. 55. Sichard.
in rubr. C. de testam. milit. num. 9. Wesenbec. cons. 17.
num. 32 Mynsinger. respons. 46. num. 9. & seqq. decad.
5. Clariss Dn. Collega Becce. in tract. de bello & duello
lib 1 cap. 28. num. 8. Schegk. in delibatis jur. disput. 9.
thes. 37. Hænen. disput. 7. controvers 10. Elias Schrœ-
der. in delineat. juris bellici. conclus. 8. sub lit. d. Anton.
Merenda lib 6. controvers. jur. cap. 8. num. 7. & seq.
pag. 413. Arum. Exercit. Justin. 7. th. 8. Tim. Faber. in*

disputationib. anniversar. ad Instit. Imperiales. disput. 18. *th.* 12. *& Paulus Berent disput.* 6. *ad Instit. them.* 2. *quaest.* 3. *& meminimus in* §. 1. *num.* 87. *infra de iis, per quos agere possumus.*

9 Nec adversatur, quòd ea in militibus nostri temporis desiderentur, quae circa militem requirit Accursius *ad l. penult. ff. ex quib. causis majores, &c.* Nam solennitates illae priscae in probandis & deligendis militibus non multùm hodiè sunt immutatae. Duo quippe olim praecipue observabantur, scilicet ut in numeros referrentur, sive matriculae inseriberentur *l. ex eo tempore* 42 *ff. de testament. milit.* & ut sacramentum praestarent. *l. ex militari* 11. *in fine princip. ff. eod.* Illud utrumque usus retinuit. Quia & hodie in matriculis seu rotulis militum domine subscribuntur: & jusjurandum nostri milites praestant, si non sigillatim, saltem simul: eodemque modo & olim quandoque simul conjurabant, quandoque singuli sacramenta obstringebantur, secundùm diversa militiae genera, *quae annotavit ex Servio Budaeus in l.* 1. §. 1 *ff. deposit.* Caetera verò, quae exigit Accursius *loco praeallegato*, videlicet ut milites ense accingantur, stigmatis & punctis notentur, item ut examinentur, nec incumbat negociationi: non perinde sunt necessaria, nec de forma, ita ut alicujus omissio actum vitiet, *sicut post Viglium hic in rubric. num.* 11. *docent Mynsing. & Schneidevv. num.* 5. Sed posito, ordinem & solennitatem militis assumendi veterem in desuetudinem abiisse: inde tamen haud consequitur, nostri temporis milites veterum militum privilegiis non gaudere. Sicut enim pleraeque consuetudines, antiquitùs observatae, temporis successu mutantur, & una subsequitur aliam; nec tamen propterea negocia ipsa per istam mutationem ab usu removentur; sed omninò permanent: ita quoque licèt consuetudo diligendorum militum verus sublata esset: cùm tamen milites nostrates suas habeant solennitates, non minùs, quàm veteres olim habuerunt, quae in locum observandae antiquae successerunt: utique ipsorum militum usus meritò remansit: adeòque in effectu nihil hodie nostri milites à priscis Romanorum militibus differre creduntur. *Mynsinger. d. respons.* 46. *num.* 11. *Dn. Bocerus d. lib.* 1. *de bello cap.* 28. *num.* 8.

10 Caeterùm an milites limitanei (qui nimirum in hostium finitimis locis ad repentinas illorum incursiones intenti sunt. *l.* 2. §. *pro limitaneis* 8 *C. de offic. praefecti pratorio Africa. l. ult. C. de offic. militarium judic.*) & praesidiarij seu stationarij (qui ad tuendam provinciae alicujus quietem aluntur. *l.* 1. §. *quies quoq. popularium.* 12. *ff de offic. praefecti urbi*) privilegijs militum gaudeant, ita ut jure militari, omissis juris solennibus, testari possint, magis controversum videtur? Et sanè Viglius *hic in vers. illis autem temporib. nu.* 2. & Andr. Gail. *lib.* 2 *observ.* 118. *num.* 13. *itemq. Tim. Faber, d. disput.* 18. *th.* 13. *& Hunn. in resol ad Treutler. vol. poster. disput.* 10. *quaest.* 34. *vers. tributum hoc est, &c. p.* 1001. *ibiq. Bachovius ad th.* 6. *lit. C. pag.* 553. autumant, hos milites, cùm extra periculum belli sint constituti; & peritiores consulere, pluresque testes adhibere possint, jure communi testari debere, *argumento dicti vers. illis autem temporib. &c. & l. penult C. de testam. milit.* Verùm contrarium qui tenent, veritati propius me judice, accedunt. Sive enim solennitates deligendi milites spectentur; sive causa, ob quam caeteris armatis militibus privilegia tributa sunt, consideretur: parùm discriminis inter hos, & caeteros armatos milites esse deprehenditur. Siquidem milites tum limitanei, tum stationarij quando assumuntur: certi ipsis militares articuli proponuntur: sacramentum militare praestant, quòd ad arma contra irruptionem & impetum hostis expedienda semper parati esse, & malum hostile manu militari, etiam cum vitae periculo, arcere & profligare velint: pro salute Reipublicae in perpetua velut expeditione occupati esse censentur: absque venia sua Capitanei à limite & statione suâ impunè discedere non possunt: & deoique disciplinâ militari reguntur, poenisque militaribus coercentur *l.* 3. §. *qui stationis.* 5 *ff. de re militari.* Idemque & privilegijs utuntur, *arg leg secundùm naturam.* 10. *ff. de reg. jur.* Et cùm studium ac exercitium armorum causa sit, cur simplicitate & juris ignorantia laborare milites dicantur. *d. l. ult. in princip. C. de jur. deliber. d. l.* 1. *C. de jur. & fact. ignor. l. regula.* 9. §. *si filiusfamilias* 1 *ff. eod.* atque ipsa simplicitas & juris ignorantia efficiat, ut milites juris communis vinculis exempti putentur, & quocunque modo voluerint & potuerint, testamenta facere queant, *hic & d. l. ff de testam. milit. d. l.* 3. *C. eod. tit.* immeritò sanè milites limitanei & stationarij a privilegijs caeterorum militum repelluntur. Vbi namque et eadem est ratio, ibi idem quoque jus statuendum est. *l. illud quaesitum.* 32. *ff. ad leg. Aquil. l. quadam.* 9. §. *nummularios.* 2. *ff. de edend. l. à Titio,* 108. *ff. de verbor. obligat.*

Non obstat, quod istiusmodi milites sint extra periculum belli. *Quoniam* ex modo dictis apparet; non propter belli pericula, sed propter nimiam juris ignorantiam & simplicitatem, sive imperitiam, ex justa armorum occupatione procedentem, militibus solennia juris remissa esse. Arma quippe magis, quàm jura scire milites dignoscuntur, *d. l. ult. in princip. C. de jure deliberand.* Sic quoque non resistit, quod objicitur: illos peritiores consulere, & plures testes adhibere testamento posse. *arg. l. in bonorum.* 19. *ff de bonor. poss.* 12
Equidem hoc facere possent, si armorum studio, cui se manciparunt, & sacramento militari, quo obstricti tenentur, non impedirentur. Sed vide (*post Cynum & Salicetum in d. l.* 1. *C. de jur. & fact. ignorant.* Zasium *in tract. substitution. cap.* 5. *fol.* 250. *Mynsing. d. respons.* 46 *nu* 11. *decad.* 5. *& Wesenbecium d. cons.* 17. *part.* 1.) haec latiùs explicantem Clariss. Dn. Bocerum *praedicto lib.* 1 *de bello cap.* 28. *num.* 11. *&* 12. *item Connanum lib* 9. *Commentar jur. civ. cap.* 5. *nu.* 9. *Heigium hic num.* 6. *Helligerum in Donell enucleat. li* 6. *cap.* 28. *lit. R. Reusnerum in tract. de testam. part.* 5. *cap* 4. *num.* 16. *cum seqq. Dn. Georg. Acacium Enenckel. lib.* 1. *de privileg. milit. privileg.* 6. *cap.* 5. *Ludvvell. disput.* 7. *ad Instit. th.* 9. *lit. a. & Andream Gerhardi disput.* 11. *de testam. milit. th.* 21. *& seq.*

Ex praedictis manifestum evadit: quòd non solùm Martiales illi stipendiarii, qui injusto aliquo bello exorto, 13

orto, propter nummos castra sequuntur, privilegiis militaribus neutiquam fruantur, *ut ex auctoritate Politi tradidit Zasius d. tract. substitut. cap. 5. vers. hac, quæ diximus de militibus, &c. eumq; referens Dn. Bocerus d. cap. 28. nu. 6.* sed etiam ociosi isti milites, (vulgò Gartbrüder / Herrnlose Knecht / Hünerfänger / Federhansen / Eisenbeisser / Wölff oder Spitzknecht / &c. *de quibus videatur, Leonhardus* Frönsberger *lib. 6.* von Kriegs Regiment vnd Ordnung. *fol. 157. edit. ult.*) qui in pagis atq; vicis vagantur & grassantur, rusticorumq; anseres & gallinas furantur, ab iisdem privilegijs penitùs removeantur: *de quib. in Imperio Romano non tolerandis extat Recessus Imperii à Carolo V. Augusta in Comitiis promulgatus, An. 1555.* §. vnd damit angeregte. &c. *De iisdem vide Ordinationem Ducatus Wirttembergici, sub tit.* von Gart- vnd
14 Herrnlosen Knechten / &c. *pag. 49. & seqq.* Vnde in simili dicitur; quòd Scholaris vagabundus, qui animum in studijs non intendit, nec librum cum lumine sumit; non debeat gaudere privilegijs Scholarium, licèt in album vel matriculam Vniversitatis receptus sit, *arg. l. scriniarior. 16. C. de testam milit. Bald. in auth. habita C. ne filius pro patre &c. nu. 21.* ubi ait, illos esse propriè Scholares, qui facto, & animo sunt Scholares, id est, qui student, & non vagantur, *referente Paulo Berens d. disp. 6. them. 2. quæstion. 2. in fin.* Eamq; rem latissimè explicui *ad §. item Romæ. 15. supr. de excusat. tutor. nu. 50. & multis seqq.*

15 Porrò cùm milites sint duplices; armati, qui tuentur Rempubl. armis: & togati sive civiles, qui in defensione civium in judicijs, in professione bonarū artium, aut administrationē publicâ, sine armis eandem operam navant Reipublicæ sunt Doctores legentes, Advocati, causarum Patroni, Assessores, &c. *leg. advocati. 14. C. de advocat, diversor judicior. l. proximos 8. & tot. tit. C. de proximis sacror scriniorum, &c.* dubi-
16 tari potest: an hi etiam militum armatorum privilegijs gaudeant, ut testamenta, prætermissis juris solennitatibus, condere possint? Et quamvis isti non minùs, quàm milites armati, militare dicantur. *d. l. advocati. 14. C. de advocat. divers. judicior.* tamen verò magis consentaneum est: privilegia, de quibus hîc agitur, ad illos non pertinere. Nam potissima ratio, ob quam cum armatis militibus dispensatur, est juris imperitia & simplicitas, ex militari exercitio causata, *hoc principio. & d. l. 5. ff. de testam. milit. d. l. 3. C. eod. cum*
17 *concordantib.* Quæ ratio cùm in Advocatis & Doctoribus, quibus turpe est, jus ignorare. *l. 2. § Servius 43. ff. de orig. jur.* locum sibi non vindicet: consequens est, eos militari privilegio in testamentis conficiendis minimè gaudere. Et ita communiter Interpp. sentiunt: *Alexand. Socin. Ripa. Alciat. Iason. & alij in l. centurio 15. ff. de vulg. & pupill. substitut. Cynus & Salicet. in d. l. 1. C de jur. & fact. ignorant. Fernand Vasq. in tract. de success. creat. §. 24. num. 32. Viglius hic num. 12 Sichard. in rubr. C. de testam. milit num. 7. Rolandin in tract. de testam part. 1. rubr. 26. num. 2. Dn. Bocerus d. lib. 1. de bello. cap 28. num. 4. & 5. Denell lib. 6. Comment. de jur. civ. cap. 28 pag. 105. Matth. Steph. cent 2. quæst. 64. Gerhard. decad. 7 Exercitat. Iustin. quæst. 50 Arum. Exercit. Iustin. 7. thes. 9. Paul. Berens d. disput 6 them. 2. quæst. 4. & Ant. Merenda d. lib. 6. controvers. jur. cap. 8. num. 16. pag. 413.*

Huic opinioni non adversatur, quòd Doctores sive 18
Advocati, tanquam digniores & sanctiores, præferantur militibus armatis, qui plerunque sunt impii, perfidi, immanes & avari, juxta illud Lucani *lib. 10. bell civil.*

Nulla fides, pietasq; viris, qui castra sequuntur,
-- Venalesq; manus: ibi fas, ubi maxima merces.

Licèt enim digniores sint milites togati, quàm armati: aliunde tamen præmium petere debent, non in eo, quòd ipsis relaxetur testandi solennitas, quæ sibi parum utilis esset, *argum. §. planè. 1. infrà hoc tit. & l. divus 24. ff. de testament. milit. Vasquius dicto loco.* Deinde non valet consequentia: In aliquo sum te dignior: ergò debeo habere privilegia tibi concessa: quia possent esse concessa alia ratione, quàm sub di-
gnitatis consideratione. Ita masculus sine omni du- 19
bitatione dignior est fœminâ: non tamen statim iisdem, quibus fœminas, privilegijs gaudet, *docente Nicolao Intrigliolo de substit. cent. 2. quæst. 89. nu. 38.*
Præterea haud improbabilis videtur Angeli traditio 20
ad d. l. centurio 15. ff. de vulg. & pupill. substitut. quem laudat Arumæus *loco præallegato:* in actibus militaribus militem præferendum esse Doctori; & vice versa, in actibus Facultatis Doctorem anteponendum esse militi. *l. 1. C. de officio vicarii.*

Non item obstat, quòd lex quantumvis exorbitans, 21
trahatur de casu ad casum, si sub latâ significatione casus ille in verbis legis comprehenditur, *argum. l. filium habeo. 14. ff ad senatusconsult. Macedon. & l. talem. 51. in fine ff. de hæredib. instituend.* Doctor autem saltem lato vocabulo miles dicatur. *d. l. Advocati. 14. C. de advocat. divers judicior.* Quandoquidem illud non obtinet in privilegijs: siquidem privilegia & jura exorbitantia sunt strictè intelligenda, & in casu, in quo loquuntur: nec de persona, ad personam trahuntur. *l. 1. § ult ff. de constitut. princip.*

Nihil quoque obest, quòd privilegium militi da- 22
tum respectu rerum, putâ peculij castrensis, concedatur Doctori sive Advocato; respectu quasi castrensis. *l. fin. 6. de inoffic. testament. l. seri. 4. C. de advocat. diversor. judicior.* Nam inde non sequitur, quòd Doctor possit testari iure militari. Hoc etenim privilegij habet Doctor ratione peculij quasi castrensis, ut filiusfamilias quidem testari queat, cùm id aliàs ipsi non concederetur: sed tamen de isto quasi castrensi peculio testari cogatur secundùm dispositionem juris communis. *d. l. fin. C. de inoffic. testam. l. ult. C. qui testam. facere possunt §. ult. infr. hoc tit. Intrigliol. d. loco nu. 31. quem refert & sequitur Berens d. disput. 6. them. 2. quæst 4. circa finem.*

Etsi verò causa principalis & præcipua militaris 23
privilegij circa testamenta censetur esse ipsorum militum simplicitas ac imperitia, *per hunc text. nostrum, & d. l. 1. ff. de testam. milit. d. l. 3. C. eod. d. l. 1. C de jur. & fact. ignorant. & simil.* attamen non inde protinus concludendum est: quòd Iurisperiti, in militia

armatâ

armatâ stipendium merentes, jure militari testari non possint. Nam omnes omninò milites: sicque etiam periti juris, armis, haud privatis negociis occupati & districti tenentur, ideòque arma magis, quàm jura, scire præsumuntur. *d.l.ult. in princ.C.de jur. delibe rand.* aut saltem obliti legum, si quas olim sciverunt, existimantur. Silent quippe, *ut vulgò dicitur*, leges
24 inter arma. Quò facit, quod de Cajo Mario recitat Valerius Maxim.*lib.5 cap.2.* qui Marius cùm in bello contra Cymbros gesto, quasdam Camertium cohortes civitate donasset, & reprehensus à quibusdam, quòd contra leges Patriæ fecisset, egregiè respondit: se inter armorum strepitus & classicorum cantus, legum vocem exaudiri non potuisse. *Eaq, de re consulantur Viglius hic num 8 & Mynsinger.num.1.& seqq Andr. Gerhard.d.decad.7 quæst.10, sub finem. & Reusner. d.tract.de testament.part 5.cap.6.num.6.& seqq ubi hanc in sententiam plura observatu perquàm digna*
25 *affert.* Cæterùm ita demùm milites istnæc privilegio utuntur, cùm in expeditionibus occupati sunt, *auctore Iustiniano hic, & in l.penult.C.de testamento milit.* Cui congruenter Imper Antoninus rescripsit: voluntatem militis, in expeditione occupati, pro jure servari. *l.1.C.eod.* Et Constantinus Imper. statuit: milites in expeditione degentes, quomodo possint, ac ve-
26 lint, rectè testari. *l.milites 15.D.d.tit.* In expeditione autem milites occupati, & degere dicuntur, non solùm, cùm sunt in procinctu, in acie, in hostico, id est, in ipso armorum strepitu, & summo vitæ discrimine: verum etiam, cùm sunt in castris, sive (quod idem est) in fossatis, in stativis, in hybernis in præsidiis. Alioqui nihil distaret paganus à milite. Nam & à pagano (putà mercatore victuali, welcher dem Läger Proviant zuführt &c.) qui jure militari testari non potest, in procinctu, in acie, in hostico, quoquo modo factum testamentum valet. *l.ult. ff. de testament. milit.* ratione pati, quòd scilic tunc temporis sit prope apud quem libet intermortua memoria legum & cæterarum disciplinarum, *ut Xenophon scribit in Cyropædia suâ, quem refert Cujacius consultat. 49. & tradunt Bachovius in notis & animadvers. ad volum. pster. Treutler disput.10.de testament.ad th.6 lit.b.pag 552. ibiq Hunnius quæst.22.pag 999. D Befold.in delibat. juris ex lib 28. ff. quæst.13. pag.111.* Quòd si milites non sint in expeditione, in castris, in stativis, &c, sed in aliis locis vel suis ędibus sive sedibus (utraque enim lectio sustineri potest; modò sedes accipiantur pro ædibus, non pro sedetis, id est, fossatis sive castris, *ut Suidas interpretatur*) degant: tunc minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur, *ut loquitur hic Imperator in vers. illis autem temporibus, &c. & in l ult. C. de institutionibus milit.* hoc est, tunc minimè possunt testari, quo velint modo: sed testari quidem possunt propter militiam, etsi filiifamiliâs fuerint, jure tamen communi, hoc est, iis solennitatibus adhibitis, quæ aliàs in testamentis ordinandis adhiberi solent. *Borcholt.hic num.7.* Ejusque ratio in promptu est: quia cùm istius privilegii causa superiùs tradita (nempe imperitia, ex occupatione bellicâ descendens) tum cesset. & ipsum privilegium cessare consentaneum est, *arg.§.item qui Reipubl. causa 2.supr. de excusationib.tutor.l.Geometra.22.ff eod.cap. cùm cessante.60. extr.de appellationib.*

§. Plane. 1.

Planè de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo rescripsit: Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta, rata sint: sic intelligi debet, ut utique priùs constare debeat, testamentum factum esse: quod & sine scriptura, & à non militantibus fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi heredē esse, & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterùm si (ut plerunq; sermonibus fieri solet) dixit alicui: ego te heredem facio: aut bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quàm ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem relinquere se bona, cui visum sit: & per hoc vera judicia subverterentur.

SUMMARA.

1 *Quatenus de militis testantis voluntate constare debeat.*
2 *Non quod dictum, scriptumvè; sed quâ mente dictum, considerandum.*
3 *Verba jactabundo animo sive joco prolata, nullam testandi formam inducunt.*
4 *In omnibus actibus consensus necessarius.*
5 *Bifariam de voluntate militis constare potest: vel scripto, vel voce.*
6 *An & quatenus testium rogatio sit de substantiali forma militaris testamenti.*
7 *Verba narrativè tantùm, non dispositivè posita, nihil probant.*
8 *Sententia & explanatio l divus 24. ff. de testam. milit.*
9 *Miles in dubio præsumitur jure singulari testari voluisse.*

QVanquam testamenta militum, in expeditione testantium, absque ulla solennitate, ex nuda ipsorum voluntate valere dicuntur. 1 *l.1. l.in fraudem. 15. §.1.ibi, nudâ voluntate l.miles si testamentum.35 ff. de testam.milit.l.milites 15.C.eod. & explicatum sup. ad princip. hujus tit* attamen de hac testandi voluntate evidenter constare debet, ut scil appareat, eos omnino animo testamentum faciendi voluntatem suam declarasse, *hoc §.l.divus 24 & l Lucius.40. in princ. ff. d. tit.* Non enim quid dictum scriptumve; sed quâ mente

mente dictum scriptumvè sit, perpendendum erit. *l. ad*
3 *exhibendum 19. ff. ad exhibend.* Hinc cùm verba jacta-
bundo animo, sive joco prolata *l. fin. ff. qui testam. fac.*
poss. l. sicut 20. C. de liberali caus. & civilia, quæ curialia,
vel honoris vulgò vocitant, non ex sententia animi di-
cta videantur, *ut docet Alciatus Parerg. lib. 2. cap. 12.*
eumq; referent Schilbock. in hoc §. nostro: nullam utiq;
testandi formam inducere possunt. Siquidem in om-
4 nibus actibus affectus atq; consensus interveniat, o-
portet: qui si defuerit, perduci ad effectum, quod a-
gitur, nequit. *l. in omnibus 55. ff. de obligat. & actionib.*
5 *Bachovius hîc pag. 424.* Bifariam autem de voluntate
militis constare potest. Nam is vel scripto, vel voce he-
redem instituit, *ut arguit hic §. & d. l. divus 24. ff. de*
testam. milit. l. licèt 19. C. de pactis. Si scripto: tunc si
quid in vagina, aut clypeo literis sanguine suo rutilan-
tibus annotaverit: aut in pulvere gladio, in ipso præ-
lio moriens, scripserit: hujusmodi voluntas stabilis ra-
taque erit, *d. l. milites 15. C. de testam. militis.* Si voce,
sive sine scripto: tunc coram duobus ad minimũ te-
stibus voluntatem suam ultimam exponere necesse
habet; ut ita fraus captantium testamenta evitetur, *ar-*
gumento hujus §. ibi, convocatis ad hoc hominib. d. l.
divus 24 ibi, convocatis ad hoc hominibus. & d. l. Lu-
cius 40 in princip. ibi, legitimis probatis ensibus ostende-
tur. ff. d. tit. l. ubi numerus 12 ff de testib. cap in omni. 4
ext. eod. Dn. Collega. Becerus libr. 1. de bello. cap. 24.
num. 14. Andr. Gerhard. decad. 7. quæst 6. in fin. Do-
nell. lib. 6. Comment de jur. civ. cap. 28. pag. 168. Clau-
dius Cotereus lib. 2. de jure & privileg milit. cap. 17.
pag. 267. Gail. lib 2. observ. 118. num. 17. Petr. Gregor.
Tholosan. lib. 42 syntagm jur. univers. cap. 6. num. 17.
Vasquius lib. 3. de succession. creat. §. 24. num. 14. &
seq. Quod portò *hic. & in d. l. divus. 24. ff. de testa-*
6 *ment. milit.* scriptum est, militis voluntatem pro testa-
mento haberi; si eam testibus convocatis sive rogatis
exposuerit: non hanc habet sententiam, quasi testium
rogatio de substantiali formâ militaris testamenti es-
set, *ut opinantur Glossa in d. l. milites. 15 in verb. sub i-*
pso tempore C. de testament. milit. & alibi, Mynsinger.
respons. 46. num. 5. & 6. decad. 5. Zasius cons. 6. nu. 22.
lib. 1. Hunnius lib 2. var. resol. jur. civ. tract 5. quæst. 8.
pag. 560. & item in resol. ad Treutler. vol. poster. di-
sput. 10. quæst. 35. pag. 1002. cum seq. & alij. Sed sensus
est, quòd hac potissimùm ratione constet de animo
militis, testamentum facere volentis. Itaque convo-
catio illa requiritur, non ut firmum sit testamentum
militis (nuda quippe voluntas ejus satis est) sed ut ap-
pareat, militi voluntatem fuisse testandi: ne voluntas
illa calumniis obnoxia sit, & dicatur miles aut vo-
luisse aliter, quàm voluit, aut noluisse, qui voluit; aut
voluisse, qui noluit. Eaq; nõ restrictio nudę voluntatis,
sed privilegij adjumentũ est, *ut haud insulsè Theodorus*
Marcil. in §. 1. hic illud interpretatur. Præterea recepta
doctrina est: ꝙ verba narrativè tantùm, nõ dispositivè
7 posita, nihil probent, aut disponant nullumq; solidum
fundamentũ constituant, *per notata Iasonis in l. unic.*
n. 22. C. quando non petent partes, &c. Curtii Iunior.
cons. 59. num. 5. & cons. 123. num 7. Tiraquell in l. si un-
quam in verb. libertis num, 37. C. de revocand. donat.

hosq; citantis Menochii de recuperand possess. remed. 1.
quæst. 40. nu. 435. Atqui *in præsenti §. & d. l. divus 24.* 8
ff. de testament. milit. non dispositivè, sed narrativè
duntaxat posita sunt hæc verba: *Si ergo miles, de cu-*
jus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc homini-
bus, ut veritatem suam testaretur. ita locutus est, &c.
Etenim repetit Legislator facti speciem, de qua lis &
controversia erat coram Catilio sive (ut alij legunt)
Statilio Severo judice; qui cùm dubitaret de jure
illius facti, narravit istud Imperatori Trajano: eum-
que super illa facta specie de jure consuluit. Quòd
verò Trajanus facti speciem dictis locis repetat, nar-
retque sufficienter illa verba ostendunt: *de cujus*
bonis apud te quæritur. Nullum ergo solidum in-
de produci potest fundamentum, ad firmandam o-
pinionem existimantium, quòd miles non in ipso
prælio, sed castris tantùm constitutus, teneatur testa-
menti factioni adhibere testes duos specialiter roga-
tos. *Verùm vide hæc explicatiùs pertractantem Vig-*
lium hic num. 5. & Wesenbec hic num. 1. Nicolaum
Reusnerum in tract. de testament. part. 5. cap 10 num.
10. cum seqq & Dn. Becerum d. lib. 1. de bello. cap. 24.
num. 12. & seqq ubi *num. 16.* subjicit, isthanc opinio-
nem in novissimam legem transiisse, per Recessum
Imperij Coloniensem *de Anno 1512. pag 104. §.* Und
sollen die Notarien/ *vers.* Aber die Ritter/ ꝛc. Il-
lud hîc addendum militem in dubio præsumi jure sin-
gulari, non communi, testari voluisse, *l. si miles. 3. C. de*
testam. milit. Tum quia in dubio quisque suo usus
fuisse beneficio, nec ei renunciare voluisse censetur,
arg. l. penult. C de poss. Tum quia omnis actus in du-
bio ita est interpretandus, ut valeat potiùs, quàm ut
pereat. *l. quoties 12. & l. ubi est 21. ff. de reb dubiis. l.*
quotiens. 80. ff. de verbor. obligat. Tum quia in du-
bio semper benignior sententia & amplectenda est. *l.*
semper obscurius & l. in omnibus 90 ff. de reg. jur. l.
benignius 18. cum l. seq ff. de legibus. Tùm postremo
quia in dubio pro eo, quod favorabilius est, præsumi
debet. *2. odia. 15. de reg. jur. in 6.* Admodum autem
favorabilis est causa militum, propter fidelitatem,
quam Reipublicæ navant, operam. Ut taceam, quòd
etiam causa testamenti per se maximè favorabilis sit.
l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Ita sentiunt Vasquius de
success. creat. §. 24. num. 41. eumque laudans Treutler.
vol 2. disput. 10. th. 6. lit. 4. ibique Bachovius in suis
notis pag. 552. & Hunnius in suis resolutionibus. quæ-
stio. 31 pag. 998.

§. *Quinimò. 2.*

Quinimò & mutus & surdus miles testamentum facere potest.

SVMMARIA.

1 *Mutus & surdus quatenus olim, & hodie testamentum facere queant.*
2 *Quo multos surdi & muti testari possint.*
3 *Natura mutus & surdus ad militiam est ineptus.*
4 *Ratio dubitandi.*
5 *Cingendus pro cincto habetur.*

6 *Ratio decidendi.*
7 *Veritas fictioni prævalet.*
8 *An surdus & mutus miles, literarum planè rudis, jure militari testari valeat.*
9 *Mutus & surdus quatenus mortuo assimiletur.*

1 IVre communi olim mutus & surdus aliter sibi testamentum facere non poterant, nisi hoc à Principe impetrassent. *l. si mutus 7. ff. qui testam facere possunt.* Verùm hodie ex novissima Iustiniani constitutione necessitas adeundi Principem illis remissa est. *l. discretis 10. C. qui testament. facere possunt.* Id autem accipiendum est de iis, qui muti & surdi sunt non naturâ, sed casu sive ex accidenti. Nam qui naturâ tales sunt, testamentum facere nullo modo possunt. *d. l. di-*
2 *seretis 10. C d. tit.* Militibus tamen surdis & mutis, etiam ante Iustiniani constitutionem, sine impetratione principali testari licebat, *argum. l. jure militari. 4. ff de testam. milit. & hujus §. nostri. ibiq; Heigius num. 2.* Porrò rectè Iason, Hotomanus, Vultejus, Schilbock. & nonnulli alii hoc loco militem surdum & mutum interpretantur quoque de eo; qui post datum militiæ nomen (siquidem naturâ mutus & surdus ad mili-
3 tiam omnino est ineptus, *per notata Viglii hic num. 1.*) vulnere accepto, vel morbo aliquo in castris affectus, auditum sermonemque amisit, *ex Vlpiano in d. l. jure militari. 4. ff. de testam. milit.* Tametsi contrarium tueri allaboret Hunnius *libr. 2. variar. resolut. juris civil tractat. 5 quæst. 6. pag. 561. & iisdem (pro more) verbis in resolut. ad Treutleri volum. poster. disput. 10*
4 *quæst. 38. pag. 1006.* Videbatur sanè dicendum: talem militem, utpote bello planè inutilem factum, atque ideo sacramento militari à Duce solvendum & certò dimittendum, jure militari testari non posse. Cessante quippe privilegii causa, utique cessare debet etiam ipsum privilegium, *argum § ult. suprà de auctorit. tutor. §. item qui Reipubl. 2. super de excusat. tutor. l adigere 6. § quamvis 2 ff. de jur. patronat. cap. cùm cessante. 60. de appellat. & cap. cùm infirmitas 13. de pœ-*
5 *nitent. & remiss.* Causa verò hujus privilegii potissima erat nimia militis imperitia, ex periculosa armorum pro commodo Reipublicæ susceptorum, occupatione procedens, *ut exposui latiùs supr. ad princip. hujus tit.* Atqui ejusmodi militi jam domum dimittendo nullum ampliùs periculum, pro salute Reipublicæ subeundem, metuendum erat: ut taceam; dimittendum pro dimisso haberi: sicuti cingendus habetur pro cincto, *§. penult. ibique Bartol. & Bald. ff. de testament. milit.*

6 Veruntamen hisce non obstantibus, Vlpianus *in dict. l. 4 ff. eod.* respondit: *placere, jure militari surdum & mutum testamentum facere posse, ante causariam missionem, in numeris manentem.* Quasi dicat Iurisconsultus, miles surdus & mutus jure militari testari potest, si modo re ipsa nõdum sit missus ob hanc calamitatem, quæ ei contigit; sed adhuc in numero eorum, qui in expeditione & castris versantur, computetur. Ita enim neque sacramento adhuc solutus, neque extra periculum sive occupationem armorum constitutus putatur: sed eodem prorsus cum aliis jure censetur. Cùm autem alij testari jure militari possint: meritò & ipse testari poterit. Non ergo cessat causa privilegij militaris, sed manet: ac propterea rei veritas obstat, ut qui revera dimissus nondum est, non fingatur dimissus esse. Veritas enim fictioni 7
prævalet. *argum. § si quis rem suam. 11. infrà de legatis D. Vultejus hic num. 2.* Et hæc quidem indubitatè procedunt, si miles mutus & surdus simul (Nam & hunc §. nostrum, & dictam *l. 4. ff. de testament. milit.* de eo milite, quo utroque illo incommodo est affectus, exaudiri debere, ipsa verba perspicuè satis arguunt, & præclarè contra alios ostendit Dn. Collega Bocerus *lib. 1 de bello cap. 20. num. 16.*) literas sciat, hoc est, scribere, & literas pingere queat. An verò idem 8
obtineat in eo, qui literarum rudis est & ignarus, controvertitur? Et quicquid in contrarium hic afferat Viglius *num. 2.* verius existimaverim: surdum & mutum militem, amisso sermone & auditu in castris, iure & privilegio militari testari posse, *per textum hujus §. & dicta l. 4 ff de testament. milit.* ubi expressè ac simpliciter dicitur, jure militari surdum & mutum testamentum facere posse, ante causariam missionem, quatenus scilicet in numeris maneat, sive in castris degat. Quamvis enim is voluntatem & mentem suam 9
disertè significare alteri nequeat, & quoad loquelam similis mortuo censeatur: siquidem ut hic, ita & ille eloqui & exaudire nihil possit, *argum. l. jubemus 29. vers. si enim talis est testator, &c. ibique Gothofredus Cod. de testament.* non æquè tamen quoad intellectum mentis, & animi judicium, mortuo rectè assimilatur: quippe qui mentis compos est, & testamenti factionem probè intelligit: & si minùs verbis aut scripturâ, saltem nuda voluntate seu nutu & signis voluntatem suam sufficienter declarare, adeoque suprema sua judicia ordinare potest. *l. in fraudem 15. § 1. & l Lucius 40. in princip. ff. de testament. milit.* Idque prolixiùs & accuratiùs explicant *Dn. Bocerus dict. libr. 1. cap. 20. num. 16. cum seqq. & Reusnerus in tractat. de testament. part. 5. cap. 7. num. 25. & aliquot sequentib.*

§. Sed hactenus. 3.

Sed hactenus hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint: post missionem intra annum tantùm valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum exiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet, valere quasi militis.

S V M M A R I A.

1 *Militari privilegio, circa testamenti confectionem, quamdiu sit locus.*
2 *Disparatarum rerum disparati effectus.*
3 *Testamentum in castris jure militari factum, quamdiu post missionem duret.*
4 *Quibus temporibus testator habilis esse debeat.*
5 *Missio triplex. honesta, causaria & ignominiosa.*
6 *Honesta missio qua.*
7 *Quo tempus militiæ complevisse dicatur.*
8 *Causaria missio.*
9 *Ignominiosa missio.*
10 *Ignominiosi non præmium, sed supplicium merentur.*
11 *Si intra annum miles decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit; an hoc quasi militis testamentum subsistat.*
12 *In testamentis eventus conditionis apposita retrotrahitur ad tempus declaratæ voluntatis.*

1 REpetit hoc loco Imperator Iustinus id, quod suprà *in principio hujus tituli.* de privilegio omnium militum, circa testamenti confectionem dictum est; ei locum esse, quamdiu sunt in expeditione, sive quamdiu militant, & in castris degunt: post missionem verò locum illi nullum relinqui; sicque milites communi jure. observatis videlicet solennitatibus à
2 jure civili præscriptis, testari debere: ut disparatarum rerum disparati sint effectus. *l. fin ff de calumniatorib. l. si maritus. 10. C. de donationib. inter vir. & uxor.*
3 Huic *in hoc* §. addit Imperator: testamentum in castris jure militari factum, non tantùm valere, si in expeditione bellicâ miles decedat: sed etiam post missionem subsistere & durare, non tamen diutiùs anno. *l. si certarum. 17. §. ult. l. quod institutum. 21. l. testamenta.*
4 *26. & l. quod dicitur. 38. ff. de testam. milit.* Hujusque ratio est: quia duo tempora sunt inspicienda, quibus habilis testator ut sit, necesse est: conditi scilicet testamenti, & mortis, *per notata in §. non tamen 6. infr. quib. modis test. infirm.* Quocirca qui post annum à missione decesserit, ut primo tempore habilis censetur: ita propter posterius, quo mortuus est, testatus decessisse non dicitur, *ut Henricus Schilbock hic docet.*
5 Missio autem honesta hîc seu causaria intelligitur. Est enim triplex missio: honesta, causaria, & ignominiosa sive turpis. *l. 2. §. ignominia. 2. ff. de his, qui notant.*
6 *infam. l. milites 13. §. missionum. 3. ff. de re militari.* Honesta (quam & justam vulgò vocant, *Vultejus hic § 2, supr. hoc tit num. 3.*) missio est, quæ emeritis stipendijs, legitimoq; militiæ tempore expleto, datur, *jurib.*
7 *modo allegatis.* Tempus militiæ complevisse dicitur, qui viginti continuos annos militavit. *l. sed & milites 8. §. quandoq; 2. ff. de excusat. tutor. l. veteranis. 3. & ibi Cujacius. C. de his, qui non impletis stipend. sacra-*
8 *mento soluti sunt.* Causaria missio est; cum milites, nondum quidem tempore militiæ impleto, causa tamen aliquâ legitimâ suadente, putà ob ætatem provectam, aut valetudinem adversam animi vel corporis, sacramento militiæ solvuntur, domumq; dimittuntur *d. l. 2. §. 2. ff. de his, qui notant infam. d. l. milites 13. §. 3.*
9 *ff. de re milit.* Ignominiosa deniq; missio est; cùm milites ob aliquod delictum sacramento militiæ solvuntur & dimittuntur, *dd. legib. D. Bocer. li. 1. de bello c. 18. nu. 16. Borcholt. hic nu. 4.* Horum itaq; testamenta, qui ignominiæ causa missi sũt, statim jure militari si valere desinunt, *inquit Macer IC. in d. l. testamenta. 26. ff. de testam. milit.* Ignominiosi etenim non præmium, sed supplicium merentur. *d. l. 26. in fin. ff eod. Viglius hic* 10
num. 5. Atq; de ipsis militum missionibus accuratiùs & fusiùs tractat Claudius Coteræus *libr. 1. de jure & privileg. milit. cap. 27.*

Quæstio porrò h. l. *desumpta ex d. l. quod dicitur. 38. ff de testam. milit.* movetur: utrùm, si intra annũ miles 11
decesserit, conditio a. heredi adscripta post annum extiterit, hoc quasi militis testamentum valeat? Quę quæstio ut intelligitur meliùs, hæc ponenda est facti species: Titius miles in castris testamentum fecit jure militari, herede instituto Sempronio, his verbis: *Sempronius heres esto, si Cæsar hostes vicerit.* Postea Titius miles dimittitur, & post missionem intra annũ moritur: post annum verò Cæsar hostis vincit. Quæritur: an Sempronius scriptus heres militi succedere possit? Et Paulus (*quem Iustinian. hic ad fin. sequitur*) respõdit, posse; & testamentũ quasi militis valere. *d. l. quod dicitur 38. ff. de testam. milit.* Ratio hæc assignari solet: quia in testamentis eventus conditionis appositæ 12
retrotrahitur ad tempus declaratæ voluntatis: & ideò heres conditionaliter institutus perinde habetur, ac si purè institutus statim post militis mortem adijsset hereditatem, *arg. l. necessariò. 8. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. heres quandoq; 34 ff. de acquir. vel omitt. heredit. Accurs. hic in verb. valere. Mynsinger. num. 6. & Schneidevvin. num. 22.*

§. *Sed & si quis. 4.*

Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit, vel aliàs manifesta est militis voluntas hoc valere volentis: dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.

S V M M A R A.

1 *An & quatenus testamentum à pagano non jure factum, per subsequentem militiam confirmetur.*
2 *Mens & intellectus l. in fraudem 15. §. 2 ff. de testam. milit.*
3 *Probabilior ejusdem l. 15. intellectus.*

EX hoc §. discendum est, quòd testamentum à pagano non jure, h.e. non adhibitis solennitatib. juris, factum, per subseq. militiam confirmetur; si modò aliqua novæ voluntatis signa & argumenta appareant: utputà quòd tabulas inciderit, & legerit testamentũ, ac rursus suo sigillo obsignaverit: vel quòd aliquid interleverit, perduxerit, adjecerit, emendaverit, aut simile quid fecerit, inde nova testi. volũtas colligi possit. Quòd si nulla volũtatis declaratio, sive facto, sive verbis facta, præcesserit: inutile & nullius momenti testamentũ erit. *l. itemq; 9. § 1. l. Tribun. 20. §. cùm aliquis 1. & l. Titi. 25. ff. de test. milit. l. conficiũtur. 8. § si miles 4. ff. de jure*

Iii 2 *codi-*

2 *codicillor.* Sed obstat *l. in fraudem.* 15. §. 2 *ff. de testam. milit.* ubi habetur, militis testamentum ante militiam factum, jure militari valere, si de contraria ejus voluntate non constet. Ideoque sufficere videtur, militum non prohibuisse, ut testamentum ante militiam factum in jure militari valeat, quamvis facto vel verbis illud testamentum non confirmaverit. *Etsi verò* Franciscus Hotomanus *hic enuncsat.* 1 existimat: eum, qui istam legem apertè cum præallegatis legibus, & §. nostro pugnare non fassurus sit, contentionis se, quàm veritatis cupidiorem ostensurum: tamen ut odiosum contrarietatis vitium evitetur, dici poterit: testamentum *in d. l.* 15. §. 2. non à pagano, sed à milite factum esse, verùm antè ipsam expeditionem susceptam, *ut ex textu satis colligitur, ibi, factum à milite, &c.* Quod ergo testamentum sic factum est, jure militari valet, nulla etiam novæ voluntatis declaratione interveniente. At secus est, si is, qui miles non fuit, testamentum fecisset. Hoc enim absque confirmatione jure
3 militari non valet. Atque hoc de casu nos hîc loquimur. *Sed & hoc*, & forsan multò rectiùs, respondetur: illa *dicta l.* 15. §. 2. verbâ (*si militis voluntas contraria non sit*) omnino arguere, subjectam fuisse militis voluntatem, sed eandem, aut conformem voluntati, quam ante militiam declaraverat. *Ita tradunt hic Giphanius, Borcholt. Viglius num.* 2. *Mynsinger. num.* 3 *& Heigius num.* 4. *Quanquam hanc responsionem, ceu divinatoriam, carpat Marcelius hic in fine.* Confer quoq; Timæum Fabrum, *in disputationib anniversariis ad Instit. Imperiales disput.* 18. *th.* 15. *itemq;* Justum Reifenberg *disp. juris civ. renovata.* 1. *th.* 43. *pag.* 27. *& seq.* nec non Bachovium *hic pag.* 428.

§. *Deniq;* 5.

Denique & si in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est: testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

S V M M A R I A.

1 *Minima capitis deminutio militi contingens, testamento ejus ante militiam facto non nocet.*
2 *Testamentum militis nuda voluntate nititur.*
3 *Naturalia non tolluntur per civilia.*
4 *An & quare testamentum paganum arrogatione irritum fiat.*

1 HOc loco indicat Imperator: quod minima capitis deminutio militi contingens, testamento ejus ante militiam facto non noceat. *Finge*: Titius jam miles se arrogandum dedit, ante tamen arrogationem facto testamento militari quæritur, an hoc ejus testamentum arrogatione, sicque capitis deminutione fiat irritum? Et nō fieri, liquet *ex hoc §. & l. miles* 22. *cū l.*
2 *seq. ff. de testā. milit.* Cujus ratio perspicua est: quia testamentō militis nuda voluntate nititur. *l.* 1. *ibi. nuda voluntas l. in fraudē* 15. *ibi, nuda voluntate. & l. miles.* 35. *ibi, sola perficitur voluntate. ff. eod.* Voluntatem autem facti esse & naturalem; arrogationem verò seu ca- 3
pitis deminutionem juris civilis, non dubium est, *l. eas obligationes.* 8 *ff. de capite minutis.* Atqui naturalia non possunt tolli per civilia. §. *ult. suprà de legitimâ agnat. tutel.* Aliud est in pagani testamento: quod ar- 4
rogatione sive capitis deminutione irritum efficitur. § *alio autem modo.* 4. *infrà quib. modis testament. infirment.* Hujusque ratio est: quia testamentum paganum est civile, ad solennitates suas quod attinet. §. 1. *& 2. suprâ tit. proximo, & abundè explicatum suprà ad princip. ejusd tituli, num.* 63 *& seqq.* Vide Antōn. Matthæum *hic suis not. in pag.* 139. Bachovium *ibid. pag.* 429. *cum seq. & vol.* 2. *disput.* 10. *th.* 7. *lit. d.* eosque referentem Reifenbergium *disput.* 1 *juris civil. th.* 44. *pag.* 28.

§. Final.

Sciendum tamen est, quòd cùm ad exemplum castrensis peculij, tam anteriores leges, quàm principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat, etiam in potestate degentibus, testari: nostra id constitutio latiùs extendens, permiserit omnibus in hujusmodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

S V M M A R I A.

1 *Similium idem judicium.*
2 *Argumentum à comparatis, quando non procedat.*
3 *Militibus ob nimiam juris ignorantiam diligens observatio in testamentis ordinandis remissa.*
4 *Turpe viro nobili, causas agenti, jus ignorare.*
5 *Filiisfamilias quatenus de quasi castrensi peculio testandi facultatem habeant.*

AD exemplum castrensis peculii, quibus quasi ca- 1
strense concessura est. *l. fori.* 4. *l. advocati* 14. *C. de advocat. divers. judicior. l. ult. C. de inoffic. testament.* his videri posset, eandem etiam testandi formam indultam esse: quòd similium idem sit judicium *l. illud quæsitum.* 32 *ff. ad leg. Aquil. l. quòd si servus* 3. § *proinde* 3. *ff. de in rem vers. l. à Titio.* 108. *ff. de verbor. obligat.* Sed quia argumentum à comparatis toties 2
elevatur, quoties diversitas inter ea, quæ conferuntur, monstrari potest. *l. inter stipulantem.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. d. tit. l.* 2. *C. de conditionib. insertis tam legatis, quàm fideicommiss.* Militibus 3
autem, propter nimiam juris imperitiam sive ignorantiam, diligens & exacta observatio in ordinandis testamentis remissa est, *per princip. hujus tit. ibiq; fusiùs expositum.* Ergo cùm è diverso turpe sit viro nobili, causas agenti, jus, in quo versatur, ignorare. *l.* 2. §. *Servius.* 43. *ff. de origine. juris.* Ideircò licèt filiifamiliâs com- 4
muniter alias testamenti faciendi jus non habeant.

aliâs

l. qui in potestate. 6. ff qui testam. fac. poss. & audiemus infrà initio tit. proximi. his verò, qui ex advocationibus, officiis magistratûs, professionibus publicis liberalium artium, aliquid quæsierint, testandi facultas competat, *l. 1. §. in filii. 6 ff. ad Senatusconsult. Trebell.* 5 *& similibus.* eâ tamen non aliter, quàm secundum dispositionem juris communis, id est, adhibitis solennitatibus, quas jus civile in testamentis componendis requirit, uti possunt. *hoc §. nostro, circa finem. l. ult. Cod. qui testamenta fac. possunt. & d. l. ult. C. de inoffic. testam. Nicol. Reusner. in tract. de testam part. 2. cap. 26. num 7. & 8.*

QVIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM,

TITVLVS XII.

Principium Tituli.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeò quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex Constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantùm militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quàm Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea verò subscriptione divi Hadriani, etiam dimissis à militia, id est, veteranis concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum: pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerunt. Si verò intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus: ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus: quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neq; ipsum patrem adimere posse, neq; patris creditores vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicèt proprium ejus esse, qui id in castris acquisierit: quanquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perindè in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: Exceptis videlicèt iis, quæ ex sacris constitutionibus, & præcipuè nostris propter diversas causas non adquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si qvis alius filiusfamiliâs testamentum fecerit, inutile est, licèt suæ potestatis factus decesserit.

SVMMARIA.

1 *Contrariorum eadem disciplina ac cognitio.*
2 *Cur servus testamentum facere non possit, duplex ratio.*
3 *Filius familias ex omnibus causis potest obligari.*
4 *Quare filiusfamilias nequeat testari, ratio triplex.*
5 *Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris.*
6 *Filiusfamilias nihil suum habere potest.*
7 *Filiusfamilias neq; bona, neq; jura familia habet.*
8 *Testamenti factio non privati, sed publici est juris.*
9 *Filius familias in causis publicis pro patrefamilias habetur.*
10 *Quæ dicantur esse juris publici.*
11 *Quâ ratione testamenti factio censeatur esse juris publici.*
12 *Filiusfamilias jus quoquo modo contrahendi, & alienandi habet.*
13 *Quatenus valeat argumentum à contractibus ad ultimas voluntates.*
14 *Hereditas codicillis relinqui non potest.*
15 *Filiofamilias, ne consentiente quidem patre, testari licet.*
16 *Testamenti factio non debet pendere ab alieno arbitrio.*
17 *Pactis privatorum jus publicum non mutatur.*
18 *Donatio causa mortis a filiofamilias fieri potest, permittente patre.*
19 *Quæ privati juris sunt, privatorum pacta admittunt.*
20 *Filiusfamilias de castrensi vel quasi castrensi peculio licitè testatur.*
21 *Filiifamilias sui status decedentes heredem habere nequeunt.*
22 *Pater bona filii hodie non jure peculii, sed titulo hereditatis accipit.*
23 *Multiplex peculii castrensis privilegium.*
24 *Peculium castrense collationi non est obnoxium.*
25 *Peculium castrense filiorum proprium.*
26 *Testamentum à filiofamilias factum non confirmatur ex eo, quod ipse sui juris moriatur.*
27 *Quod initio vitiosum est, ex postfacto non convalescit.*
28 *In testamentis duo maxime tempora sine vitio esse debent.*
29 *An de illis bonis adventitiis, quorum pater usumfructum non habet, testamentum condere filiusfamilias queat.*
30 *Sensus & consideratio l. penultim. Codic. qui testamentum facere poss.*
31 *Sententia l. ult. §. 5. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.*

Iii 5 32 Ab-

28.num 16.& seq. Timaus Faber in disputationib. anniversar. ad Institut. Imperiales. disp. 19 th.1.

29 Illud autem admodum controversum est: an de his bonis adventitiis, quorum ne ususfructus quidem ad patrem spectat (de quibus agit textus in l. penult. & glos. in Auth. idem est in his. Cod. de bonis, qua liberis, &c. & novissimè Thadeus Piso d. libr. 1. variar. resolut. c. 6 num. 7. & 8.) testamentum condere filiusfamilias possit? Et hoc licèt nonnulli speciosis probare rationibus conentur, Decius in d. l. nemo. 11. si vepenult. Cod. qui testam fac. poss Wurmbser. 1. pract. 39 observ. 16 eumq; citant Gothofredus ad d. l. 3. C. d titul. Cravetta consil. 543 & 555. num. 2 Vandus libr. 1 qu. e. Treut. volum. 2 disput. 10. thes 2. lit. c. & disputat seq. thes. 2. lit. a. Hunnius lib 2. var. resolut. jur civil. tract. 5 quæst 10. pag. 563 D Besolduѕ in delibat. jur. ex libr. 28. ff quæst 5. in fine pag. 106. Locamer. quæst juridic. fasc. 27. q. 9 & alii relati à Didaco Covarruv. in rubr. part. 3 numer. 9. ext. de testament. contrarium tamen verius esse, Doctores plerique statuunt, Iason & Alexander in d. l. penult. C. qui testam. fac. poss. Specniat tit. de instrument. edit. §. compendiosè. numer. 4 Clarus libr. 3 sentent. §. testamentum qu. 18. nu. 2. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. T. num. 24. Petr. Gregor. libr. 42. Petr Gregor. lib. 42. syntagmat. jur. univers. cap. 8. num. 4 Viglius hic num. 16. Vultejus numer. 11. Heigius num. 9. VVesenbec. numer 3. Mynsinger. num. 6. & Anton. Matthæus ad d. versic præter hos igitur. Donel. d. lib. 6. Comment. cap. 28 in fin. Vasquius de success. creat. § 22. numer. 10. D. Bocer. in tract. de bell, libr. 1. cap. 20. numer. 00. & in tract. at. de investitura feud. c 3. num. 45. & seq. item ad princip tit. supr. de testament. ordinand. numer. 64. cum seqq. pag. 271. Bachovius hic nu. 7 pag. 436 & in not. ad Treutler. d. vol. 2. disput. 10. th. 2. lit. C. vers. de iis, in quibus pag. 518. & in tract. de actionibus. disput. 8. Corollar. 2. pag 144 cum seqq. Bronchorst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν assert. 21. edit. 2. Cujacius in Novell. 117. cap. 1. Balduinus in Iustiniano suo pag. 136. Duaren. in Comment. ad tit. ff quibus non est permiss. fac. testament. pag. mihi 421. Fachin. libr 5. controvers. jur. cap. 25 §. Et licet quoad testamenti factionem, &c. Arumaus Exercit. Iustin 7. thes. 6. Tessaurus decis. Pedemont. 150. numer. 11. Schegk. in delibat. jur disput. 9. thes. 43. Forster. lib. 2. disputat. 12. thes. 13. Hænon. disput. 7. controvers. 13. Andr. Gerhard. decad. 7. Exercit. Iustin. qu. 7. VVegner. disp. 7. thes 4. ad lit. E. Rimer. decad. 6. qu. illustr. 2. Vngepaur. exercit. Iustin. 8. qu 5 pagin. 325. cum seq. edit. postr. Barter. decad. 3. q. 4. Setser. disputat. 13. ad Institut. thes 7. Paul Berens disput. 6. ad Institut. them. 2 qu 6 Dauth. in tractat. de testament. sub rubr. qui testam fac poss numer. 154. ubi plures allegat. Hujusque communis & veræ sententiæ
30 fundamentum solidum habetur in dict. l. penult. Cod. qui testam fac poss. ubi Iustinianus Imper. disertè expressit; per illam legem (putà l. cùm oportet. 6. §. non autem. 2. versic. sin autem. C. de bon. qua liber. vel certè dict. l. ultim §. ipsum autem filium. 5. vers. filius autem. familias. C. eod. ut putat Dauth. dict. loco numer. 155.) qua inductum est, ut certis in casibus filiofamilias plena proprietas acquiratur, testandi facultatem ei minimè concessam esse. Cùm ergò per hunc clarissimum textum omnis dubitatio tolli videatur: aliis rationibus (quas novissimè, contra Hunnium prædicto loco dissentientem, ingeniose defendit D. Vngepaur dict. 31
exercit 8 quæst. 5) quibus eadem sententia confirmari posset, omissis; ad nonnulla dissentientium argumenta breviter respondebimus.

Primùm itaque non obstat textus in d. ult. §. 5. vers. filiis autem familias. C. de bon. qua liberis, &c. in quâ lege quia dicitur, filiumfamilias in istis duntaxat bonis in quibus pater usumfructum habet, testari non posse: à cõtrario sẽsu illi colligunt, in aliis bonis adventitiis, quæ in solidum ad filium pertinent, testamenti factionem ei non esse ademptam. Argumentum etenim à 32
contrario sensu semper est validum, nisi ex eo aliqua oriatur absurditas, aut nisi lex manifesta ei resistat, ut hoc casu d. l. penult. Cod. qui testament fac. poss. Everhard. à Midelburg. in loc suis legalibus. loc. à contrar. sens. num. 4. præclarè Bachovius d. disput. 8. corollar. 2. p 146. & seq.

Secundò non refragatur Novell. 117 c. 1. §. 1. ubi Iu- 33
stinianus ait, filiofamilias de eo, cujus patri non quæritur ususfructus, licere disponere, quomodò velit. Disponendi autem verbum ad jus testamenti pertinere, vix dubitatur. Nam Imperator ibi non loquitur de dispositione testamentariâ, sive ultimæ voluntatis; sed de dispositione administratoriâ, seu domesticâ inter vivos; ut Græcus textus arguit, in quo non est διατίθεσθαι, id est, testari, sed διοικεῖν, quod administrare significat Marcilius hic, & Viglius & Vultej. locis præallegatis. Iustus Schütz exercitation jur disp. 8. th. 14 pag. 121. & seq. Et quod textus iste de dispositione inter vivos, quæ fit per contractus, necessariò accipiendus sit, etiam hac ratione ostenditur: Libera facultas illa disponendi, de quâ textus agit, conceditur filiisfamilias, si perfectæ sint ætatis, id est, 25. annorum, ut Gothofred & Cujac. ibidem notant. Si verò ætate minores sint, tutorum vel curatorum potestati gubernatio permittitur. Constat autem, tutores vel curatores de bonis pupilli vel minoris testandi jus non habere: eumque, qui perfectæ ætatis non est modò nõ sit impubes, sibiipsi testamentum facere posse. l. à qua ætate. 5. ff. qui testam. fac poss. Gerhard. d. quæst. 7 ad finem. Nec rectè à dissentientibus regeritur de dispositione inter vivos nullam penitus fuisse dubitandi rationem, propter l. in re mandata. 21. C mãdatum. nec verisimile esse, Iustinianum tractare casum indubitabilem. Nam respondetur: à Iustiniano circa hoc induci jus novum, ut cuicunque facultas sit ita aliquid relinquere & concedere filiofamilias, ut habeat plenam proprietatem, quam consequitur jus liberum administrandi, non etiam testamentum faciendi, ut tradit Bachovius d. tract. de actionibus. disp. 8 coroll. 2. pag. 152. & latiùs explicat Vngepaur d. exercit. Iustin. 8. quæst. 5. pag. 325. Hucque referantur, quæ annotavi ad §. 1. sup. de donationib. n. 30. & seq.

Tertiò non obloquitur l. Imperator. 50. ff. ad SC. Trebellian. ubi bona adventitia, quorum ususfructus 34
patri non quæritur, peculio castrensi, de quo filiumfamilias

milias testari posse, ex hoc principio clarescit, comparantur. *Siquidem* bona adventitia comparantur castrensibus, quantum ad hoc, quòd filio actio competat Sic enim textus *in dict. l. 50. vers post decreti, &c.* habet: *post decreti autem auctoritatem, in ea hereditate filio militi comparari debuit, si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret.* Non ergo, si in aliquibus militi in his bonis filiusfamilias comparatur à lege, in omnibus omninò à nobis comparandus erit. *Fachin. d. lib. 5. quæst. 94. v. tertium arg. &c. Danth. prædicto loco, n. 157.*

Quartò nihil urget *Novell 22. cap. 26. vers. si verò*
35 *non habeat, &c.* ubi filiusfamilias de iis rebus, quas
ex secundo patris matrimonio lucrifecit, testari posse
dicitur. *Loquitur* namque de filiis, qui quasi sui juris
nec subjecti potestati matris adhuc superstitis, testamento extraneum sibi heredem instituere possunt Etenim patre superstite, in cujus sunt potestare, non possunt, ne de iis quidem bonis, quæ patri non acquiruntur, facere testamentum. *dict. l pen. Cod qui testam. fac. poss. Cujac. in d. Nov. 22. Anton. Matt. hic in vers. præter hos igitur in fine.*

36 Postremò minimè adversatur, quòd filiusfamilias
de rebus adventitiis ideò testari non possit, quòd eo
etiam mortuo, earum rerum ususfructus patri, quãdiu vixerit, incolumis conservetur *l. ult C. de usufruct.*
37 *Novell. 118. cap. 1. vers. licet enim defunctus, &c.* Id
autem in proposito casu longè diversum sit: ac proinde
cessante isthac ratione, & jus cessare debeat, *argum. l
adigere 6. § quamvis 2. ff. de jur. patron. c. cùm cessãte
60. ext. de appellat.* Quamvis enim ususfructus nostro
in casu patri non quæratur: nihilominus tamen pecu-
38 lium adventitium manet: quia accidentia non mutare
propriam rei formam, plusquàm manifestum est, *arg.
l. generaliter. 24 § proinde. 15 ff fideicommissar libertatib Menoch. cons. 35. num. 19 lib 1.* Quin & testamen-
tum non solum est dispositio de bonis, sed etiam de
jure familiæ, quod deest filio; cùm ipse sit in familiâ
patris, *l pronunciatio. 195 § familiæ 2. ff. de verborum*
39 *significat. Arumæus dict. Exercit Inst 7. sub thes. 6.* E-
nimverò ad pias causas de bonis adventitiis,
quorum ususfructus ad patrem non pertinet, filiumfamilias, permittente patre, testari posse, communem Doctorum esse opinionem, testantur *Wesenbec. hic n. 7. & Schneidewvinum num 11 in fine.* Et latissimè utramque in partem eà de re disputat Tiraquellus *in tractat. de privilegiis piæ caus. privileg. 78.* ubi circa
finem hanc opinionem & communiorem & æquio-
40 rem esse pronunciat. Ejusque hæc assignari solet ratio:
quia testamentum ad pias causas est res spiritualis, quæ juris civilis dispositioni non subjacet *c. relatum. 11. ibi, non secundùm leges. ext. de testament. &c. licet 4. de sepulturis, in 6.* quâ constitutione derogatur juri civili: quia permittit judicare, id est testari pro anima, si pater consentiat, ut glossa ibidem *in verb. judicare*, indicat: *& arguit cap. 1. in princ. de prohib feud. alienat per Frider. lib. 2. tit. 55 feud.* Idque, fusius declarat Iacobus Cramerus *disceptat. 11. posit. 14.* Eàdem de re vide Polydorum Ripam *in Commentar. de Actis in mortis articulo. cap. 20. pagina. 130. & seq.* itemque Acacium Antonium de Ripoll. *variar. jur. resolut. c. 15. nu. 202. fol. 434.*

§. Præterea. 1.

Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi: quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes, postea pubes: aut furiosus, postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est: jure testati esse videntur, certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum rectè factum, neque ullum aliud negocium rectè gestum, postea furor interveniens perimit.

SVMMARIA.

1 *Impuberibus testamentum facere non licet: & quare.*
2 *Dies cœptus hic pro completo habetur.*
3 *In testamentis plenior facienda interpretatio.*
4 *Cur fœminæ citius, quam masculi, ad testamenti factionem admittantur.*
5 *Furiosi testamentum facere non possunt: & cur.*
6 *Testamentum initio vitiosum, postea non confirmatur.*
7 *Tria de furioso tempora observanda.*
8 *In furioso nulla voluntas.*
9 *In testatore non corporis sanitas, sed mentis integritas exigenda.*
10 *An testamentum ante furorem ritè factum, furore postea superveniente infirmetur.*
11 *Furor interveniens nullum negocium rectè gestum perimit.*
12 *Quæ facti sunt, non infirmant ea, quæ sunt juris.*
13 *Quilibet sanæ mentis esse præsumitur.*
14 *Quatenus moribundus valide testetur.*
15 *Sententia l hac consultissima. 5. vers. at cum humana fragilitas Cod. qui testam facere possunt.*
16 *Morti proximus de anima corporisq; salute est solicitus.*

Ait Iustinianus Impér. impuberibus testamentum facere non licere. Cujus ratio obvia est: quia te- 1
stamentum est testatio mentis: hoc est, supremum sive ultimum mentis judicium, *per princip tit. supr. de testament. ordin. l mater. 19 ibi. licèt quasi furiosæ judicium ff. de inoffic. testam. l. vel negare. 5. ff testamenta quemadmod. aperiant. l. unic. in princ. ibi, suprema judicia. ff. de bonor possess ex testam. milit. l. 2. & l. si frater. 4. C. qui testam fac. poss.* Ast impuberes nullum animi judicium habent, *hoc § nostro.* Nimirum tale, quale requiritur in eo, qui super bonis suis universis in perpetuum vult disponere, cõstans & solidum; quem stabilẽ mentem vocat Iustinianus *in l. ult. C. de testam. milit.* Aliàs isthæc verba possint esse obnoxia cavillationi: cùm impuberes pubertati proximi sint doli capaces. *l impuberem. 23 ff de furtis. l. pupillum. 111. ff de reg. iur. Idq; latius explicat Bachovius hic pag. 418. &* idem dicitur in *l. à qua ætate. 5. ff qui testam fac poss.*

disputationib. anniversar. ad Instit. Imperiales. disput. 18. th. 12. & Paulus Berens disput. 6. ad Instit. them. 2. quest. 3. & monuimus in §. 1. num. 87. infrà de iis, per quos agere possumus.

9 Nec adversatur, quòd ea in militibus nostri temporis desiderentur, quæ circa militem requirit Accursius *ad l. penult. ff. ex quib. causis majores, &c.* Nam solennitates illæ priscæ in probandis & deligendis militibus non multùm hodiè sunt immutatæ. Duo quippe olim præcipue observabantur, scilicet ut in numeros referrentur, sive matriculæ inscriberentur *l. ex eo tempore 42. ff. de testament. milit.* & ut sacramentum præstarent. *l. ex militari 11. in fine princip. ff. eod.* Illud utrumque usus retinuit. Quia & hodie in matriculis seu rotulis militum domine subscribuntur: & jusjurandum nostri milites præstant, si non sigillatim, saltem simul: eodemque modo & olim quandoque simul conjurabant, quandoque singuli sacramenta obstringebantur, secundùm diversa militiæ genera, *quæ annotavit ex Servio Budæus in l. 1. §. 1 ff. deposit.* Cætera verò, quæ exigit Accursius *loco præallegato*, videlicet ut milites ense accingantur, stigmatis & punctis notentur, item ut examinentur, nec incumbat negociationi: non perinde sunt necessaria, nec de forma, ita ut alicujus omissio actum vitiet, *sicut post Viglium hic in rubric. num. 10. docent Mynsing. & Schneidevv. num. 5.* Sed posito, ordinem & solennitatem militis assumendi veterem in desuetudinem abiisse: inde tamen haud consequitur, nostri temporis milites veterum militum privilegijs non gaudere. Sicut enim pleræque consuetudines, antiquitùs observatæ, temporis successu mutantur, & una subsequitur aliam; nec tamen propterea negocia ipsa per istam mutationem ab usu removentur; sed omninò permanent: ita quoque licèt consuetudo diligendorum militum vetus sublata esset: cùm tamen milites nostrates suas habeant solennitates, non minùs, quàm veteres olim habuerunt, quæ in locum observandæ antiquæ successerunt: utique ipsorum militum usus meritò remansit: adeòque in effectu nihil hodie nostri milites à priscis Romanorum militibus differre creduntur. *Mynsinger. d. respons. 46. num. 11. Dn. Bocerus d. lib. 1. de bello cap. 28. num. 8.*

10. Cæterùm an milites limitanei (qui nimirum in hostium finitimis locis ad repentinas illorum incursiones intenti sunt. *l. 2. §. pro limitaneis 8 C. de offic. præfecti prætorio Africæ. l. ult. C. de offic. militarium judic.*) & præsidiarij seu stationarij (qui ad tuendam provinciæ alicujus quietem aluntur. *l. 1. §. quies quoq; popularium. 12. ff de offic. præfecti urbi*) privilegijs militum gaudeant, ita ut jure militari; omissis juris solennibus, testari possint, magis controversum videtur? Et sanè Viglius *hic in vers. illis autem temporib. nu. 2.* & Andr. Gail. *lib. 2 observ. 118. num. 13. itemq; Tim. Faber. d. disput. 18. th. 13. & Hunnius in resol ad Treutler. vol. poster. disput. 10. quest. 34. vers. tributum hoc est, &c. p. 1001. ibiq; Bachovius ad th. 6. lit. C. pag. 553.* autumant, hos milites, cùm extra periculum belli sint constituti; & peritiores consulere, pluresque testes adhibere possint, jure communi testari debere, *argumento dicti vers. illis autem temporib. &c. & l. penult. C. de testam. milit.* Verùm contrarium qui tenent, veritati propiùs me judice, accedunt. Sive enim solennitates deligendi milites spectentur; sive causa, ob quam cæteris armatis militibus privilegia tributa sunt, consideretur: parùm discriminis inter hos, & cæteros armatos milites esse, deprehenditur. Siquidem milites tum limitanei, tum stationarij quando assumuntur: certi ipsis militares articuli proponuntur: sacramentum militare præstant, quòd ad arma contra irruptionem & impetum hostis expedienda semper parati esse, & malum hostile manu militari, etiam cum vitæ periculo, arcere & profligare velint: pro salute Reipublicæ in perpetua velut expeditione occupati esse censentur: absque venia sua Capitanei à limite & statione suâ impunè discedere non possunt: & denique disciplinâ militari reguntur, pœnisque militaribus coercentur *l. 3. §. qui stationis. 5. ff. de re militari.* Idemque & privilegijs utuntur, *arg leg secundùm naturam. 10. ff. de reg. jur.* Et cùm studium ac exercitium armorum causa sit, cur simplicitate & juris ignorantia laborare milites dicantur. *d. l. ult. in princip. C. de jur. delibor. d. l. 1. C. de jur. & fact. ignor. l. regula. 9. §. si filiusfamilias 1 ff. eod.* atque ipsa simplicitas & juris ignorantia efficiat, ut milites juris communis vinculis exempti putentur, & quocunque modo voluerint & potuerint, testamenta facere queant, *hic & d. l. ff de testam. milit. d. l. 3. C. eod. tit.* immeritò sanè milites limitanei & stationarij a privilegijs cæterorum militum repelluntur. Vbi namque 11 eadem est ratio, ibi idem quoque jus statuendum est. *l. illud quæsitum. 32. ff. ad leg. Aquil. l. quadam. 9. §. nummularios. 2. ff. de edend. l. à Titio, 108. ff. de verbor. obligat.*

Non obstat, quod istiusmodi milites sint extra periculum belli. *Quoniam* ex modo dictis apparet; non propter belli pericula, sed propter nimiam juris ignorantiam & simplicitatem, sive imperitiam, ex justa armorum occupatione procedentem, militibus solennia juris remissa esse. Arma quippe magis, quàm jura 12 scire milites dignoscuntur, *d. l. ult. in princip. C. de jure deliberand.* Sic quoque non resistit, quod objicitur: illos petitiores consulere, & plures testes adhibere testamento posse. *arg. l. in bonorum. 19 ff de bonor. poss.* Equidem hoc facere possent, si armorum studio, cui se manciparunt, & sacramento militari, quo obstricti tenentur, non impedirentur. Sed vide (*post Cynum & Salicetum in d. l. 1. C. de jur. & fact. ignorant. Zasium in tract. substitution. cap. 5. fol. 250. Mynsing. d. respons. 46 nu 11. decad. 5. & Wesenbecium d. cons. 17. part. 1.*) hæc latiùs explicantem Clariss. Dn. Bocerum *prædicto lib. 1 de bello cap. 28. nu. 11. & 12. item Connanum lib 9. Commentar jur. civ, cap. 5. nu. 9. Hotgium hic num. 6. Helligerum in Donell enucleat. li 6. cap. 28. lit. R. Reusnerum in tract. de testam. part. 3. cap 4. num. 16. cum seqq. Dn. Georg. Acacium Enenckel. lib. 1. de privileg. milit. privileg. 6. cap. 5. Ludvvell. disput. 7. ad Instit. th. 9. lit. a. & Andream Gerhardi disput. 11. de testam. milit. th. 21. & seq.*

Ex prædictis manifestum evadit: quòd non solùm 13 Martiales illi stipendiarii, qui injusto aliquo bello exorto,

orto, propter nummos castra sequuntur, privilegiis militaribus neutiquam fruantur, *ut ex auctoritate Politii tradidit Zasius d. tract. substitut. cap. 5. vers. hac, qua diximus de militibus, &c. eumq; referens Dn Becerus d. cap. 28. nu. 6.* sed etiam ociosi isti milites, (vulgò Gartbrüder / Herrnlose Knecht / Hünerfänger / Federhansen / Eisenbeisser / Wölff oder Spitzknecht / &c. *de quibus videatur, Leonhardus* Frönsberger *lib. 6.* von Kriegs Regiment vnd Ordnung, *fol. 157. edit. ult.*) qui in pagis atq; viis vagantur & grassantur, rusticorumq; anseres & gallinas furantur, ab iisdem privilegijs penitùs removeantur: *de quib. in Imperio Romano non tolerandis extat Recessus Imperii à Carolo V. Augusta in Comitiis promulgatus, An. 1555.* §. vnd damit angeregte &c. *De iisdem vide Ordinationem Ducatus Wirttembergici, sub tit.* von Gart- vnd

14 Herrnlosen Knechten / &c. *pag. 49. & seqq.* Vnde in simili dicitur, quòd Scholaris vagabundus, qui animum in studijs non intendit, nec librum eum lumine sumit; non debeat gaudere privilegijs Scholarium, licèt in album vel matriculam Vniversitatis receptus sit, *arg. l. scriniarios. 16. C. de testam milit. Bald. in auth. habita C. ne filius pro patre. &c. nu. 21.* ubi ait, illos esse propriè Scholares, qui facto, & animo sunt Scholares, id est, qui student, & non vagantur, *referente Paulo Berens d. disp. 6. them. 2. quaestion. 2. in fin.* Eamq; rem latissimè explicui *ad §. item Roma. 15. supr. de excusat. tuter. nu. 10. & multis seqq.*

15 Porrò cùm milites sint duplices; armati, qui tuentur Rempubl. armis: & togati sive civiles, qui in defensione civium in judicijs, in professione bonarū artium, aut administratione publicâ, sine armis eandem operam navant Reipublicae sunt Doctores legentes, Advocati, causarum Patroni, Assessores, &c. *leg. advocati. 14. C. de advocat. diversor judicior. l. proximos 8. & tot. tit. C. de proximis sacror scriniorum, &c.* dubi-

16 tari potest: an hi etiam militum armatorum privilegijs gaudeant, ut testamenta, praetermissis juris solennitatibus, condere possint? Et quamvis isti non minùs, quàm milites armati, militare dicantur. *d. l. advocati. 14. C. de advocat. divers. judicior.* tamen verò magis consentaneum est: privilegia, de quibus hic agitur, ad illos non pertinere. Nam potissima ratio, ob quam cum armatis militibus dispensatur, est juris imperitia & simplicitas, ex militari exercitio causata, *hoc principio. & d. l. 1. ff. de testam. milit. d. l. 3. C. eod. cum*

17 *concordantib.* Quae ratio cùm in Advocatis & Doctoribus, quibus turpe est, jus ignorare. *l. 2. § Servius 43. ff. de orig. jur.* locum sibi non vindicet: consequens est, eos militari privilegio in testamentis conficiendis minimè gaudere. Et ita communiter Interpp. sentiunt: *Alexand. Socin. Ripa, Alciat. Iason. & alij in l. centurio 15. ff. de vulg. & pupill. substitut. Cynus & Salicet. in d. l. 1. C de jur. & fact. ignorant. Fernand Vasq. in tract. de success. creat. §. 24. num. 32. Viglius hic num. 12 Sichard. in rubr. C. de testam. milit num. 7. Rolandin in tract. de testam part. 1. rubr. 26. num. 2. Dn. Becerus d. lib. 1. de bello. cap 28. num. 4. & 5. Donell. lib. 6. Comment. de jur. civ. cap. 28 pag. 105. Matth. Steph. cent 2. quaest. 64. Gerhard. decad. 7. Exercitat. Iustin. quaest. 10 Arum. Exercit. Iustin. 7. thes. 9. Paul. Berens d. disput 6 them. 2. quaest. 4. & Ant. Merenda d. lib. 6. controvers. jur. cap. 8. num. 16. pag. 413.*

Huic opinioni non adversatur, quòd Doctores sive 18 Advocati, tanquam digniores & sanctiores, praeferantur militibus armatis, qui plerunque sunt impii, perfidi, immanes & avari, juxta illud Lucani *lib. 10. bell civil.*

Nulla fides, pietasq; viris, qui castra sequuntur,
-- Venalesq; manus: ibi fas, ubi maxima merces.

Licèt enim digniores sint milites togati, quàm armati: aliunde tamen praemium petere debent, non in eo, quòd ipsis relaxetur testandi solennitas, quae sibi parum utilis esset, *argum. §. planè. 1. infrà hoc tit. & l. divus 24. ff. de testament. milit. Vasquius dicto loco.* Deinde non valet consequentia: In aliquo sum te dignior: ergò debeo habere privilegia tibi concessa: quia possent esse concessa alia ratione, quàm sub dignitatis consideratione. Ita masculus sine omni dubitatione dignior est foeminâ: non tamen statim 19 iisdem, quibus foeminae, privilegijs gaudet, *docente Nicolao Intrigliolo de substit. cent. 2. quaest. 89. nu. 38.* Praeterea haud improbabilis videtur Angeli traditio 20 *ad d. l. centurio 15. ff. de vulg. & pupill. substitut.* quem laudat Arumaeus *loco praeallegato:* in actibus militaribus militem praeferendum esse Doctori: & vice versa, in actibus Facultatis Doctorem anteponendum esse militi. *l. 1. C. de officio vicarii.*

Non item obstat, quòd lex quantumvis exorbitans, 21 trahatur de casu ad casum, si sub latâ significatione casus ille in verbis legis comprehenditur. *argum. l. filium habeo. 14. ff. ad senatusconsult. Macedon. & l. talem. 51. in fine ff. de heredib. instituend.* Doctor autem saltem lato vocabulo miles dicatur. *d. l. Advocati. 14. C. de advocat. divers. judicior.* Quandoquidem illud non obtinet in privilegijs: siquidem privilegia & jura exorbitantia sunt strictè intelligenda, & in casu, in quo loquuntur: nec de persona, ad personam trahuntur. *l. 1. § ult ff. de constitut. princip.*

Nihil quoque obest, quòd privilegium militi da- 22 tum respectu rerum, putà peculij castrensis, concedatur Doctori sive Advocato, respectu quasi castrensis. *l. fin. 6. de inoffic. testament. l fori. 4. C. de advocat. diversor. judicior.* Nam inde non sequitur, quòd Doctor possit testari jure militari. Hoc etenim privilegij habet Doctor ratione peculij quasi castrensis, ut filiusfamilias quidem testari queat, cùm id aliàs ipsi non concederetur: sed tamen de isto quasi castrensi peculio testari cogatur secundùm dispositionem juris communis. *d. l. fin. C. de inoffic. testam. l. ult. C. qui testam. facere possunt §. ult. infr. hoc tit. Intrigliol. d. loco nu. 31. quem refert & sequitur Berens d. disput. 6. them. 2. quaest 4. circa finem.*

Etsi verò causa principalis & praecipua militaris 23 privilegij circa testamenta censetur esse ipsorum militum simplicitas ac imperitia, *per hunc text. nostrum, & d. l. 1. ff. de testam. milit. d. l. 3. C. eod. d. l. 1. C de jur. & fact. ignorant. & similib.* attamen non inde protinus concludendum est: quòd Iurisperiti, in militia armatâ

armatâ stipendium merentes, jure militari testari non
possint. Nam omnes omninò milites: sicque etiam
periti juris, armis, haud privatis negociis occupati &
districti tenentur; ideòque arma magis, quàm jura,
scire præsumuntur. *d. l. ult. in princ. C. de jur. delibe
rand.* aut saltem obliti legum, si quas olim sciverunt,
existimantur. Silent quippe, *ut vulgò dicitur*, leges
24 inter arma. Quò facit, quod de Cajo Mario recitat
Valerius Maxim. *lib. 5 cap. 2.* qui Marius cùm in bello
contra Cymbros gesto, quasdam Camertium cohor-
tes civitate donasset, & reprehensus à quibusdam,
quòd contra leges Patriæ fecisset, egregiè respondit: se
inter armorum strepitus & classicorum cantus, legum
vocem exauditi non potuisse. *Eaq; de re consulantur
Viglius hic num 8 & Mynsinger. num. 1. & seqq Andr.
Gerhard. d. decad. 7 quæst. 10, sub finem. & Reusner.
d. tract. de testament. part 5. cap. 6. num. 6. & seqq ubi
hanc in sententiam plura observatu perquàm digna*
25 *affert.* Cæterùm ita demùm milites isthæc privilegio
utuntur, cùm in expeditionibus occupati sunt, *aucto-
re Iustiniano hic, & in l. penult. C. de testamento mili-
tis.* Cui congruenter Imper Antoninus rescripsit: vo
luntatem militis, in expeditione occupati, pro jure
servari. *l. 1. C. eod.* Et Constantinus Imper. statuit: mi-
lites in expeditione degentes, quomodo possint, ac ve-
26 lint, rectè testari. *l. milites 15. D. d. tit.* In expeditione
autem milites occupati, & degere dicuntur, non so-
lùm, cùm sunt in procinctu, in acie, in hostico, id est,
in ipso armorum strepitu, & summo vitæ discrimine:
verùm etiam, cùm sunt in castris, sive (quod idem est)
in fossatis, in stativis, in hybernis in præsidiis. Alioqui
nihil distaret paganus à milite. Nam & à pagano (pu-
tà mercatore victuali, welcher dem Lager Proviant
zuführt/&c.) qui jure militari testari non potest, in
procinctu, in acie, in hostico, quoquo modo factum
testamentum valet. *l. ult. ff. de testament. milit.* ratione
pari, quòd scilic. tunc temporis sit prope apud quem
libet intermortua memoria legum & cæterarum di-
sciplinarum, *ut Xenophon scribit in Cyropædia suâ,
quem refert Cujacius consultat. 49. & tradunt Ba-
chovius in notis & animadvers. ad volum. poster.
Treutler disput. 10. de testament. ad th. 6 lit. b. pag 552.
ibiq; Hunnius quæst. 22. pag 999. D Besold. in delibat.
juris ex lib 28. ff. quæst. 13. pag. 111.* Quòd si milites
non sint in expeditione, in castris, in stativis, &c, sed
in aliis locis vel suis ędibus sive sedibus (utraque enim
lectio sustineri potest; modò sedes accipiantur pro
ædibus, non pro sedetis, id est, fossatis sive castris, *ut
Suidas interpretatur*) degant: tunc minimè ad vindi-
candum tale privilegium adjuvantur, *ut loquitur hic
Imperator in vers. illis autem temporibus, &c. & in
l ult. C. de institutionibus milit.* hoc est, tunc minimè
possunt testari, quo velint modo: sed testari quidem
possunt propter militiam, etsi filiifamiliâs fuerint, jure
tamen communi, hoc est, iis solennitatibus adhibitis,
quæ aliàs in testamentis ordinandis adhiberi solent.
Borcholt. hic num. 7. Ejusque ratio in promptu est:
quia cùm istius privilegii causa superiùs tradita (nem-
pe imperitia, ex occupatione bellicâ descendens) tum
cesset: & ipsum privilegium cessare consentaneum
est, *arg. §. item qui Reipubl. causa 2. supr. de excusatio-
nib. tutor. l. Geometra. 22. ff eod. cap. cùm cessante. 60.
extr. de appellationib.*

§. *Plane. 1.*

Planè de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo rescripsit: Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta, rata sint: sic intelligi debet, ut utique priùs constare debeat, testamentum factum esse: quod & sine scriptura, & à non militantibus fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi heredē esse, & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterùm si (ut plerunq; sermonibus fieri solet) dixit alicui: ego te heredem facio: aut bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quàm ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem relinquere se bona, cui visum sit: & per hoc vera judicia subverterentur.

S V M M A R A.

1 *Quatenus de militis testantis voluntate constare debeat.*
2 *Non quid dictum, scriptumvé; sed quâ mente dictum, considerandum.*
3 *Verba jactabundo animo sive joco prolata, nullam testandi formam inducunt.*
4 *In omnibus actibus consensus necessarius.*
5 *Bifariam de voluntate militis constare potest: vel scripto, vel voce.*
6 *An & quatenus testium rogatio sit de substantiali forma militaris testamenti.*
7 *Verba narrativé tantùm, non dispositivè posita, nihil probant.*
8 *Sententia & explanatio l. divus 24. ff. de testam. milit.*
9 *Miles in dubio præsumitur jure singulari testari voluisse.*

QVanquam testamenta militum, in expeditione te-
stantium, absque ulla solennitate, ex nuda ipso- 1
rum voluntate valere dicuntur. *l. 1. l. in fraudem. 15. §. 1. ibi, nudâ voluntate. l. miles si testamentum. 35 ff. de testam. milit. l. milites 15. C. eod. & explicatum sup. ad princip. hujus tit* attamen de hac testandi voluntate evidenter constare debet, ut scil appareat, eos omnino animo testamentum faciendi voluntatem suam declarasse, *hoc § l. divus 24. & l Lucius. 40. in princ. ff. d. tit.* Non enim quid dictum scriptumve; sed quà

mente

mente dictum scriptumvè sit, perpendendum erit. *l. ad*
3 *exhibendum 19. ff. ad exhibend.* Hinc cùm verba jacta-
bundo animo, sive joco prolata. *l. fin. ff. qui testam. fac.*
poss. l. sicut 20. C. de liberal. caus. & civilia, quæ curialia,
vel honoris vulgò vocitant, non ex sententia animi di-
cta videantur, *ut docet Alciatus Parerg. lib. 2. cap. 12.*
eumq; referens Schilbeck. in hoc §. nostro: nullam utiq;
testandi formam inducere possunt. Siquidem in om-
4 nibus actibus affectus atq; consensus interveniat, o-
portet: qui si defuerit, perduci ad effectum, quod a-
gitur, nequit. *l. in omnibus 55. ff. de obligat. & actionib.*
5 *Bachovius hic pag. 424.* Bifariam autem de voluntate
militis constare potest. Nam is vel scripto, vel voce he-
redem instituit, *ut arguit hic §. & d. l. divus 24. ff. de*
testam. milit. l. licèt 19. C. de pactis. Si scripto: tunc si
quid in vagina, aut clypeo literis sanguine suo rutilan-
tibus annotaverit: aut in pulvere gladio, in ipso præ-
lio moriens, scripserit: hujusmodi voluntas stabilis ra-
taque erit, *d. l. milites. 15. C. de testam. militis.* Si voce,
sive sine scripto: tunc coram duobus ad minimũ te-
stibus voluntatem suam ultimam exponere necesse
habet; ut ita fraus captantium testamenta evitetur, *ar-*
gumento hujus §. ibi, convocatis ad hoc hominib. d. l.
divus 24 ibi, convocatis ad hoc hominibus. & d. l. Lu-
cius 40 in princip. ibi, legitimis probationibus ostende-
tur. ff. d. tit. l. ubi numerus 12. ff. de testib. cap. in omni. 4
ext. eod. Dn. Collega. Becerus libr. 1. de bello. cap. 24.
num. 14. Andr. Gerhard. decad. 7. quæst. 6. in fin. Do-
nell. lib. 6 Comment. de jur. civ. cap. 28. pag. 108. Clau-
dius Coteraus lib. 2. de jure & privilig. milit. cap. 17.
pag. 267. Gail. lib. 2. observ. 118. num. 17. Petr. Gregor.
Tholosan. lib. 42 syntagm. jur. univers. cap. 6. num. 17.
Vasquius lib. 3. de successioon. creat. §. 24. num. 14. &
seq. Quod porrò *hic, & in d. l. divus. 24. ff. de testa-*
6 *ment. milit.* scriptum est, militis voluntatem pro testa-
mento haberi; si eam testibus convocatis sive rogatis
exposuerit: non hanc haber sententiam, quasi testium
rogatio de substantiali formâ militaris testamenti es-
set, *ut opinantur Glossa in d. l. milites. 15 in verb. sub i-*
pso tempore C. de testament. milit. & alibi, Mynsinger.
respons. 46. num. 5. & 6. decad. 5. Zasius cons. 6. nu. 22.
lib. 1. Hunnius lib. 2. var. resol. jur. civ. tract. 5. quæst. 8.
pag. 560. & item in resol. ad Treutler. vol. poster. di-
sput. 10. quæst. 35. pag. 1002. cum seq. & alij. Sed sensus
est, quòd hac potissimùm ratione constet de animo
militis, testamentum facere volentis. Itaque convo-
catio illa requiritur, non ut firmum sit testamentum
militis (nuda quippe voluntas ejus satis est) sed ut ap-
pareat, militi voluntatem fuisse testandi: ne voluntas
illâ calumniis obnoxia sit, & dicatur miles aut vo-
luisse aliter, quàm voluit, aut noluisse, qui voluit; aut
voluisse, qui noluit. Eaq; nõ restrictio nudę voluntatis,
sed privilegij adjumentũ est, *ut haud insulsè Theodorus*
Marcil. in §. 1. hic illud interpretatur. Præterea recepta
doctrina est. ꝙ verba narrativè tantùm, nõ dispositivè
7 posita, nihil probent, aut disponant nullumq; solidum
fundamentũ constituant, *per notata Iasonis in l. unic.*
n. 22. C. quando non petent partes, &c. Curtii Iunior.
cons. 59. num. 5. & cons. 123. num 7. Tiraquell. in l. si un-
quam in verb. libertis num. 37. C. de revocand. donat.
hosq; citantis Menochii de recuperand. possess. remed. 1.
quæst. 40. nu. 435. Atqui *in præsenti §. & d. l. divus 24.* 8
ff. de testament. milit. non dispositivè, sed narrativè
duntaxat posita sunt hæc verba: *Si ergo miles, de cu-*
jus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc homini-
bus, ut veritatem suam testaretur, ita locutus est, &c.
Etenim repetit Legislator facti speciem, de qua lis &
controversia erat coram Catilio sive (ut alij legunt)
Stàtilio Severo judice; qui cùm dubitaret de jure
illius facti, narravit istud Imperatori Trajano: eum-
que super illa facta specie de jure consuluit. Quòd
verò Trajanus facti speciem dictis locis repetat, nar-
retque sufficienter illa verba ostendunt: *de cujus*
bonis apud te quæritur. Nullum ergo solidum in-
de produci potest fundamentum, ad firmandam o-
pinionem existimantium, quòd miles non in ipso
prælio, sed castris tantùm constitutus, teneatur testa-
menti factioni adhibere testes duos specialiter roga-
tos. *Verùm vide hæc explicatiùs pertractantem Vig-*
lium hic num. 5. & Wesenbec hic num. 1. Nicolaum
Reusnerum in tract. de testament. part. 5. cap. 10 num.
10. cum seqq. & Dn. Becerum d. lib. 1. de bello. cap. 24.
num. 12. & seqq. ubi *num. 16.* subjicit, isthanc opinio-
nem in novissimam legem transiisse, per Recessum
Imperij Coloniensem *de Anno 1512. pag. 104. §.* Und
sollen die Notarien / *vers.* Aber die Ritter / ꝛc. Il-
lud hîc addendum militem in dubio præsumi jure sin-
gulari, non communi, testari voluisse, *l. si miles. 3. C. de*
testam. milit. Tum quia in dubio quisque suo usus
fuisse beneficio, nec ei renunciare voluisse censetur,
arg. l. penult. C. de poss. Tum quia omnis actus in du-
bio ita est interpretandus, ut valeat potiùs, quàm ut
pereat. *l. quotiens 12. & l. ubi est 21. ff. de reb. dubiis. l.*
quotiens. 80. ff. de verbor. obligat. Tum quia in du-
bio semper benignior sententia & amplectenda est. *l.*
semper obscurius & l. in omnibus 90 ff. de reg. jur. l.
benignius 18. cum l. seq. ff. de legibus. Tùm postremo
quia in dubio pro eo, quod favorabilius est, præsumĩ
debet. *a. odia. 15. de reg. jur. in 6.* Admodum autem
favorabilis est causa militum, propter fidelitatem,
quam Reipublicæ navant, operam. Vt taceam, quòd
etiam causa testamenti per se maximè favorabilis sit.
l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Ita sentiunt Vasquius de
success. creat. §. 24. num. 41. eumque laudans Treutler.
vol. 2. disput. 10. th. 6. lit. 4. ubique Bachovius in suis
notis pag. 552. & Hunnius in suis resolutionibus. quæ-
stio. 31 pag. 993.

§. *Quinimò*, 2.

Quinimò & mutus & surdus miles testa-
mentum facere potest.

SVMMARIA.

1 *Mutus & surdus quatenus olim, & hodie testamentum facere queant.*
2 *Qui milites surdi & muti testari possint.*
3 *Natura mutus & surdus ad militiam est ineptus.*
4 *Ratio dubitandi.*
5 *Cingendus pro cincto habetur.*

6 *Ratio decidendi.*
7 *Veritas fictioni praevalet.*
8 *An surdus & mutus miles, literarum planè rudis, jure militari testari valeat.*
9 *Mutus & surdus quatenus mortuo assimiletur.*

1 IVre communi olim mutus & surdus aliter sibi te-
stamentum facere non poterant, nisi hoc à Principe
impetrassent. *l. si mutus 7. ff. qui testam facere possunt.*
Verùm hodie ex novissima Iustiniani constitutione
necessitas adeundi Principem illis remissa est. *l. discre-
tis 10. C. qui testament. facere possunt.* Id autem ac-
cipiendum est de iis, qui muti & surdi sunt non natu-
râ, sed casu sive ex accidenti. Nam qui naturâ tales
sunt, testamentum facere nullo modo possunt. *d. l. di-
2 scretis 10. C d. tit* Militibus tamen surdis & mutis, et-
iam ante Iustiniani constitutionem, sine impetratione
principali testari licebat, *argum. l. jure militari. 4. ff de
testam. milit. & hujus §. nostri. ibiq. Heigius num. 2.*
Porrò rectè Iason, Hotomanus, Vultejus, Schilbock. &
nonnulli alii hoc loco militem surdum & mutum in-
terpretantur quoque de eo; qui post datum militiæ
nomen (siquidem naturâ mutus & surdus ad mili-
3 tiam omnino est ineptus, *per notata Viglii hic num. 1.*)
vulnere accepto, vel morbo aliquo in castris affectus,
auditum sermonemque amisit, *ex Vlpiano in d. l. jure
militari. 4. ff. de testam. milit.* Tametsi contrarium
eucri allaboret Hunnius *libr. 2. variar. resolut. juris ci-
vil tractat. 5 quæst. 6. pag. 561. & iisdem (pro more)
verbis in resolut. ad Treutleri volum. poster. disput. 10
4 quæst. 38. pag. 1006.* Videbatur sanè dicendum: talem
militem, utpote bello planè inutilem factum, atque
ideo sacramento militari à Duce solvendum & certò
dimittendum, jure militari testari non posse. Cessan-
te quippe privilegii causa, utique cessare debet etiam
ipsum privilegium, *argum §. ult. suprà de auctorit. tu-
tor. §. item qui Reipubl. 2. super de excusat. tutor. l. adi-
gere. 6. § quamvis 2 ff. de jur. patronat. cap. cùm ces-
sante. 60. de appellat. & cap. cùm infirmitas 13. de pœ-
5 nitent. & remiss.* Causa verò hujus privilegii potissi-
ma erat nimia militis imperitia, ex periculosa armo-
rum pro commodo Reipublicæ susceptorum, occu-
patione procedens, *ut exposui latiùs supr. ad princip.
hujus tit.* Atqui ejusmodi milite jam domum dimit-
tendo nullum ampliùs periculum, pro salute Reipu-
blicæ subeundem, metuendum erat: ut taceam; dimit-
tendum pro dimisso haberi: sicuti cingendus habetur
pro cincto. *§. penult. ibique Bartol. & Bald. ff. de testa-
ment. milit.*
6 Veruntamen hisce non obstantibus, Vlpianus *in
dict. l. 4. ff. eod.* respondit: *placere, jure militari sur-
dum & mutum testamentum facere posse, ante causa-
riam missionem, in numeris manentem* Quasi dicat Iu-
risconsultus, miles surdus & mutus jure militari te-
stari potest, si modo re ipsa nōdum sit missus ob hanc
calamitatem, quæ ei contigit; sed adhuc in numero
eorum, qui in expeditione & castris versantur, com-
putetur. Ita enim neque sacramento adhuc solutus,
neque extra periculum sive occupationem armorum
constitutus putatur: sed eodem prorsus cum aliis
jure censetur. Cùm autem alij testari jure militari
possint: meritò & ipse testari poterit. Non ergo ces-
sat causa privilegij militaris, sed manet: ac propter-
ea rei veritas obstat, ut qui revera dimissus nondum
est, non fingatur dimissus esse. Veritas enim fictioni 7
prævalet. *argum. § si quis rem suam. 11. infrà de lega-
tis D. Vultejus hic num. 2.* Et hæc quidem indubitatè
procedunt, si miles mutus & surdus simul (Nam &
hunc § nostrum, & dictam *l. 4. ff. de testament. milit.*
de eo milite, quo utroque illo incommodo est affe-
ctus, exaudiri debere, ipsa verba perspicuè satis argu-
unt, & præclarè contra alios ostendit Dn. Collega Bo-
cerus *lib. 1 de bello cap. 20. num. 16.*) literas sciat, hoc
est, scribere, & literas pingere queat. An verò idem 8
obtineat in eo, qui literarum rudis est & ignarus, con-
trovertitur! Et quicquid in contrarium hic afferat Vi-
glius *num. 2.* verius existimaverim: surdum & mu-
tum militem, amisso sermone & auditu in castris, iu-
re & privilegio militari testari posse, *per textum hujus
§. & dict. l. 4 ff de testament. milit.* ubi expressè ac
simpliciter dicitur, jure militari surdum & mutum te-
stamentum facere posse, ante causariam missionem,
quatenus scilicet in numeris maneat, sive in castris de-
gat. Quamvis enim is voluntatem & mentem suam 9
disertè significare alteri nequeat, & quoad loquelam
similis mortuo censeatur: siquidem ut hic, ita & ille
eloqui & exaudire nihil possit, *argum. l. jubemus 29.
vers. si enim talis est testator. &c. ibique Gothofre-
dus Cod de testament.* non æquè tamen quoad in-
tellectum mentis, & animi judicium, mortuo rectè
assimilatur: quippe qui mentis compos est, & testa-
menti factionem probè intelligit: & si minus ver-
bis aut scripturâ, saltem nuda voluntate seu nutu &
signis voluntatem suam sufficienter declarare, ad-
eoque suprema sua judicia ordinare potest. *l. in frau-
dem 15. § 1. & l Lucius 40. in princip. ff. de testament.
milit.* Idque prolixiùs & accuratiùs explicant *Dn.
Bocerus dict. libr. 1. cap. 20. num. 16. cum seqq. &
Reusnerus in tractat. de testament. part. 5. cap. 7. num.
25. & aliquot sequentib.*

§. Sed hactenus. 3.

Sed hactenus hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint: post missionem intra annum tantùm valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum exiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet, valere quasi militis.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Militari privilegio, circa testamenti confectionem, quamdiu sit locus.*
2 *Disparatarum rerum disparati effectus.*
3 *Testamentum in castris jure militari factum, quamdiu post missionem duret.*
4 *Quibus temporibus testator habilis esse debeat.*
5 *Missio triplex. honesta, causaria & ignominiosa.*
6 *Honesta missio qua.*
7 *Quis tempus militia complevisse dicatur.*
8 *Causaria missio.*
9 *Ignominiosa missio.*
10 *Ignominiosi non præmium, sed supplicium merentur.*
11 *Si intra annum miles decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit; an hoc quasi militis testamentum subsistat.*
12 *In testamentis eventus conditionis apposita retrotrahitur ad tempus declarata voluntatis.*

1 REpetit hoc loco Imperator Iustinus id, quod suprà *in principio hujus tituli.* de privilegio omnium militum, circa testamenti confectionem dictum est; ei locum esse, quamdiu sunt in expeditione, sive quamdiu militant, & in castris degunt: post missionem verò locum illi nullum relinqui; sicque milites communi jure. observatis videlicet solennitatibus à
2 jure civili præscriptis, testari debere: ut disparatarum rerum disparati sint effectus. *l. fin. ff. de calumniatorib. l. si maritus. 10. C. de donationib. inter vir. & uxor.*
3 Huic *in hoc* §. addit Imperator: testamentum in castris jure militari factum, non tantùm valere, si in expeditione bellicâ miles decedat: sed etiam post missionem subsistere & durare, non tamen diutiùs anno. *l. si certarum 17. §. ult. l. quod institutum. 21. l. testamenta.*
4 *26. & l. quod dicitur. 38. ff. de testam. milit.* Hujusque ratio est: quia duo tempora sunt inspicienda, quibus habilis testator ut sit, necesse est: conditi scilicet testamenti, & mortis, *per notata in §. non tamen 6. infr. quib. modis test. infirm.* Quocirca qui post annum à missione decesserit, ut primo tempore habilis censetur: ita propter posterius, quo mortuus est, testatus decessisse non dicitur, *ut Henricus Schilbock hîc docet.*
5 Missio autem honesta hîc seu causaria intelligitur. Est enim triplex missio: honesta, causaria, & ignominiosa sive turpis. *l. 2. §. ignominia. 2. ff. de his, qui notant.*
6 *infam. l. milites 13. §. missionum. 3. ff. de re militari.* Honesta (quam & justam vulgò vocant, *Vultejus in § 2, supr. hoc tit num. 3.*) missio est, quæ emeritis stipendijs, legitimoq; militiæ tempore expleto, datur, *jurib.*
7 *modo allegatis.* Tempus militiæ complevisse dicitur, qui viginti continuos annos militavit. *l. sed & milites 8. §. quandoq; 2. ff. de excusat. tutor. l. veteranis. 3 & ibi Cujacius. C. de his, qui non impletis stipend. sacra-*
8 *mento soluti sunt.* Causaria missio est; cum milites, nondum quidem tempore militiæ impleto, causa tamen aliquâ legitimâ suadente, putà ob ætatem provectam, aut valetudinem adversam animi vel corporis, sacramento militiæ solvuntur, domumq; dimittuntur *d. l. 2. §. 2. ff. de his, qui notant infam. d. l. milites 13. §. 3.*
9 *ff. de re milit.* Ignominiosa deniq; missio est; cùm milites ob aliquod delictum sacramento militiæ solvuntur & dimittuntur, *ad d. legib. D. Bocer. li. 1. de bello c. 18. nu. 16. Berchelt. hic nu. 4.* Horum itaq; testamenta, qui ignominiæ causa missi sũt, statim jure militari si valere desinunt, *inquit Macer IC. in d. l. testamenta. 26. ff. de testam. milit.* Ignominiosi etenim non præmium, sed 10
supplicium merentur. *d. l. 26. in fin. ff eod. Viglius hic num. 5.* Atq; de ipsis militum missionibus accuratiùs & fusiùs tractat Claudius Coteræus *libr. 1. de jure & privileg. milit. cap. 27.*

Quæstio porrò h. l. *desumpta ex d. l. quod dicitur. 38.* 11
ff de testam. milit. movetur: utrùm, si intra annũ miles decesserit, conditio a. heredi adscripta post annum extiterit, hoc quasi militis testamentum valeat? Quæ quæstio ut intelligitur meliùs, hæc ponenda est facti species: Titius miles in castris testamentum fecit jure militari, herede instituto Sempronio, his verbis: *Sempronius heres esto, si Cæsar hostes vicerit.* Postea Titius miles dimittitur, & post missionem intra annũ moritur: post annum verò Cæsar hostis vincit. Quæritur: an Sempronius scriptus heres militi succedere possit? Et Paulus (*quem Iustinian. hic ad fin. sequitur*) respõdit, posse; & testamentũ quasi militis valere. *d. l. quod dicitur. 38. ff. de testam. milit.* Ratio hæc assignari solet: quia in testamentis eventus conditionis appositæ retrotrahitur ad tempus declaratæ voluntatis: & ideò heres conditionaliter institutus perinde habetur, ac si purè institutus statim post militis mortem adijsset hereditatem, *arg. l. necessariò. 8. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. heres quandoq; 34 ff. de acquir. vel omitt. heredit. Accurs. hic in verb. valere. Mynsinger. num. 6. & Schneidevvin. num. 22.* 12

§. *Sed & si quis.* 4.

Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit, vel aliàs manifesta est militis voluntas hoc valere volentis: dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.

SVMMARA.

1 *An & quatenus testamentum a pagano non jure factum, per subsequentem militiam confirmetur.*
2 *Mens & intellectus l. in fraudem 15. §. 2 ff. de testam. milit.*
3 *Probabilior ejusdem l. 15. intellectus.*

EX hoc §. discendum est, quòd testamentum à pagano non jure, h. c. non adhibitis solennitatib. juris, factum, per subseq. militiam confirmetur; si modò aliqua novæ voluntatis signa & argumenta appareant: utputà quòd tabulas inciderit, & legerit testamentũ, ac rursus suo sigillo obsignaverit: vel quòd aliquid interleverit, perduxerit, adjecerit, emendaverit, aut simile q d fecerit, inde nova isti' volũtas colligi possit.; Quòd si nulla volũtatis declaratio, sive facto, sive verbis facta, præcesserit: inutile & nullius momenti testamentũ erit. *l. itemq; 9 § 1. l. Tribun. 20. §. cùm aliquis 1. & l. Tit. 25. ff. de test. milit. l. conficiũtur. 8. § si miles 4. ff. de jure* 1

2 codicillor. Sed obstat *l. in fraudem.* 15. §. 2 *ff. de testam. milit* ubi habetur, militis testamentum ante militiam factum, jure militari valere, si de contraria ejus voluntate non constet. Ideoque sufficere videtur, militum non prohibuisse, ut testamentum ante militiam factum jure militari valeat, quamvis facto vel verbis illud testamentum non confirmaverit. *Etsi verò* Franciscus Hotomanus *hic enunceat.* 1 existimat: eum, qui istam legem apertè eum præallegatis legibus, & §. nostro pugnare non fassurus sit, contentionis se, quàm veritatis cupidiorem ostensurum: tamen ut odiosum contrarietatis vitium evitetur, dici poterit: testamentum *in d. l.* 15. §. 2. non à pagano, sed à milite factum esse, verùm ante ipsam expeditionem susceptam, *ut ex textu satis colligitur, ibi, factum à milite, &c.* Quod ergo testamentum sic factum est, jure militari valet, nulla etiam novæ voluntatis declaratione interveniente. At secus est, si is, qui miles non fuit, testamentum fecisset. Hoc enim absque confirmatione jure
3 militari non valet. Atque hoc de casu nos hic loquimur. *Sed & hoc*, & forsan multò rectiùs, respondetur: illa *dicta l.* 15. §. 2. verba (*si militis voluntas contraria non sit*) omnino arguere, subjectam fuisse militis voluntatem, sed eandem, aut conformem voluntati, quam ante militiam declaraverat. *Ita tradunt hic Giphanius, Borcholt. Viglius num.* 2. *Mynsinger. num.* 3 *& Heigius num.* 4. *Quanquam hanc responsionem, ceu divinatoriam, carpat Marcilius hic in fine.* Confer quoq; Timæum Fabrum, *in disputationib anniversariis ad Instit. Imperiales disput.* 18. *th.* 15. *itemq;* Justum Reisenberg *disp. juris civ. renovata.* 2. *th.* 43. *pag.* 27. *& seq.* nec non Bachovium *hic pag.* 428.

§. *Deniq;* 5.

Denique & si in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est: testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

SVMMARIA.

1 *Minima capitis deminutio militi contingens, testamento ejus ante militiam facto non nocet.*
2 *Testamentum militis nuda voluntate nititur.*
3 *Naturalia non tolluntur per civilia.*
4 *An & quare testamentum paganum arrogatione irritum fiat.*

1 HOc loco indicat Imperator: quod minima capitis deminutio militi contingens, testamento ejus ante militiam facto non noceat. *Finge*: Titius jam miles se arrogandum dedit, ante tamen arrogationem facto testamento militari quæritur, an hoc ejus testamentum arrogatione, sicque capitis deminutione fiat irritum? Et nō fieri, liquet *ex hoc* §. *& l. miles* 22. *cū l.*
2 *seq. ff. de testā. milit.* Cujus ratio perspicua est: quia testamentō militis nuda voluntate nititur. *l.* 1. *ibi. nuda voluntas l. in fraudē* 15. *ibi, nuda voluntate & l. miles.* 35. *ibi, sola perficitur voluntate. ff. eod.* Voluntatem autem facti esse & naturalem, arrogationem verò seu capitis deminutionem juris civilis, non dubium est, *l. eas obligationes.* 8 *ff. de capite minutis.* Atqui naturalia non possunt tolli per civilia. §. *ult. suprà de legitimâ agnat tutel.* Aliud est in pagani testamento: quod arrogatione sive capitis deminutione irritum efficitur. 4
§. *alio autem modo.* 4. *infrà quib. modis testament infirment.* Hujusque ratio est: quia testamentum paganum est civile, ad solennitates suas quod attinet. §. 1. *& 2. suprà tit proximo, & abundè explicatum suprà ad princip. ejusd tituli, num.* 63 *& seqq.* Vide Antōn. Matthæum *hic suis not. in pag.* 139. Bachovium *ibid. pag.* 429. *cum seq. & vol.* 2. *disput.* 10. *th.* 7. *lit d.* eosque referentem Reisenbergium *disput.* 1 *juris civil. th* 44. *pag* 28.

§. *Final.*

Sciendum tamen est, quòd cùm ad exemplum castrensis peculij, tam anteriores leges, quàm principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat, etiam in potestate degentibus, testari: nostra id constitutio latiùs extendens, permiserit omnibus in hujusmodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

SVMMARIA.

1 *Similium idem judicium.*
2 *Argumentum a comparatis, quando non procedat.*
3 *Militibus ob nimiam juris ignorantiam diligens observatio in testamentis ordinandis remissa.*
4 *Turpe viro nobili, causas agenti, jus ignorare.*
5 *Filiifamilias quatenus de quasi castrensi peculio testandi facultatem habeant.*

AD exemplum castrensis peculii, quibus quasi castrense concessura est. *l fori.* 4. *l. advocati* 14. *C. de advocat. diversor. judicior. l ult. C. de inoffic. testament.* his videri posset, eandem etiam testandi formam indultam esse: quòd similium idem sit judicium 1
l. illud quæsitum. 32 *ff. ad leg. Aquil. l. quòd si servus* 3. § *proinde* 3. *ff. de in rem vers. l. à Titio.* 108. *ff. de verbor. obligat.* Sed quia argumentum à comparatis toties elevatur, quoties diversitas inter ea, quæ conferuntur, 2
monstrari potest. *l inter stipulantem.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. d. tit. l.* 2. *C. de conditionib. insertis tam legatis, quàm fideicommiss.* Militibus
autem, propter nimiam juris imperitiam sive ignorantiam, diligens & exacta observatio in ordinandis testamentis remissa est, *per princip. hujus tit. ibiq; fusius expositum.* cùm è diverso turpe sit viro nobili, causas 3
agenti, jus, in quo versatur, ignorare. *l.* 2. §. *Servius.* 43. *ff. de origine. juris.* Ideircò licèt filiifamilias communiter aliàs testamenti faciendi jus non habeant. 4
aliàs

l. qui in potestate. 6. ff qui testam. fac. poss. & audiemus infrà initio tit. proximi. his verò, qui ex advocationibus, officiis magistratûs, professionibus publicis liberalium artium, aliquid quæsierint, testandi facultas competat, *l. 1. §. in filii. 6 ff. ad Senatusconsult. Trebell.* 5 *& similibus.* eâ tamen non aliter, quàm secundum dispositionem juris communis, id est, adhibitis solemnitatibus, quas jus civile in testamentis componendis requirit, uti possunt, *hoc §. nostro, circa finem. l. ult. Cod. qui testamenta fac. possunt. & d. l. ult. C. de inofficios. testam. Nicol. Reusner. in tract. de testam part. 2. cap. 26. num 7. & 8.*

QVIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM,

TITVLVS XII.

Principium Tituli.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeò quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex Constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantùm militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quàm Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea verò subscriptione divi Hadriani, etiam dimissis à militia, id est, veteranis concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum: pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerunt. Si verò intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus: ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus: quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neq; ipsum patrem adimere posse, neq; patris creditores vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicèt proprium ejus esse, qui id in castris acquisierit: quanquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perindè in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: Exceptis videlicèt iis, quæ ex sacris constitutionibus, & præcipuè nostris propter diversas causas non adquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamiliàs testamentum fecerit, inutile est, licèt suæ potestatis factus decesserit.

S V M M A R I A.

1 *Contrariorum eadem disciplina ac cognitio.*
2 *Cur servus testamentum facere non possit, duplex ratio.*
3 *Filiusfamilias ex omnibus causis potest obligari.*
4 *Quare filiusfamilias ne queat testari, ratio triplex.*
5 *Ille non creditur, qui obsequitur imperio patris.*
6 *Filiusfamilias nihil suum habere potest.*
7 *Filiusfamilias neq; bona, neq; jura familiæ habet.*
8 *Testamenti factio non privati, sed publici est juris.*
9 *Filiusfamilias in causis publicis pro patrefamilias habetur.*
10 *Quæ dicantur esse juris publici.*
11 *Quâ ratione testamenti factio censeatur esse juris publici.*
12 *Filiusfamilias jus quoque modo contrahendi, & alienandi habet.*
13 *Quatenus valeat argumentum à contractibus ad ultimas voluntates.*
14 *Hereditas codicillis relinqui non potest.*
15 *Filiofamilias, ne consentiente quidem patre, testari licet.*
16 *Testamenti factio non debet pendere ab alieno arbitrio.*
17 *Pactis privatorum jus publicum non mutatur.*
18 *Donatio causa mortis a filiofamilias fieri potest, permittente patre.*
19 *Quæ privati juris sunt, privatorum pacta admittunt.*
20 *Filiusfamilias de castrensi vel quasi castrensi peculio licitè testatur.*
21 *Filiifamilias intestati dece[illegible] heredem habere nequeunt.*
22 *Pater bona filii hodie non jure peculii, sed titulo hereditatis accipit.*
23 *Multiplex peculii castrensis privilegium.*
24 *Peculium castrense collationi non est obnoxium.*
25 *Peculium castrense filiorum proprium.*
26 *Testamentum à filiofamilias factum non confirmatur ex eo, quod ipse sui juris moriatur.*
27 *Quod initio vitiosum, ex postfacto non convalescit.*
28 *In testamentis duo maxime tempora sine vitio esse debent.*
29 *An de illis bonis adventitiis, quorum pater usumfructum non habet, testamentum condere filiusfamilias queat.*
30 *Sensus & consideratio l. penultim. Codic. qui testamentum facere poss.*
31 *Sententia l. ult. §. 5. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.*

Lib. 3. 32. *Ap-*

32 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
33 *Explicatio accurata Novell. 117. cap. 1. §. 1.*
34 *Bona adventitia quatenus comparentur castrensibus.*
35 *Intellectus Novell. 22. c. 26. ver. si verò non habeat, &c.*
36 *Quare filiusfamilias de rebus adventitiis testari non possit.*
37 *Cessante ratione, & jus cessare debet.*
38 *Accidentia non mutant propriam rei formam.*
39 *Filiusfamilias ad pias causas quatenus testari valeat.*
40 *Testamentum ad pias causas censetur res spiritualis.*

QVæ solennia in testamentis condendis observanda sint, hactenus satis superque explicatum est. Quia verò non omnes iis solennnibus adhibitis testari possunt: igitur Iustinianus hoc titulo de illis, quibus
1 testandi jus permissum sit, tractationem instituit. Qui autem testamentum facere possint, facilè ex contrario, id est, ex iis, qui non possint, intelligitur: quoniam contrariorum eadem ratio est, disciplina ac cognitio, *initio tit. supr. de his, qui sui vel alien. jur. sunt & initio tit. supra de tutel. Aristotel. libr. 2. Topic. cap. 11 latè Nicol. Everhard à Midelburg. in locis argumentorum legalibus loc. à contrariis num. 1. D. Mundius in Commentar. de diffamationibus cap. 4 numer. 121 pag. 129. edit. 1. ubi plures cumulat.* Porrò de novem, qui testari prohibentur, præsenti titulo agitur; videlicet filiofamiliâs, servo, impubere, furioso, prodigo, muto, surdo, cæco, & ab hoste capto. Quamvis & alii sint, quibus ius testamenti faciendi concessum non est, de quibus videbimus, volente Domino, *ad §. ultim. infr. hoc t.* Cæterùm in hoc principio proponuntur duo, qui propter alienam potestatem, cui subjecti sunt, testari
2 nequeunt: servus nimirùm, & filiusfamiliâs. De servo nulla dubitatio est: tum quòd nihil habeat proprium, de quo disponat: sed omnia, quæ acquirit, domino acquirat *§. 1. supr. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt. l. si filiusfamilias. 19. ff. qui testament. fac. poss.* tum quòd juris civilis, ex quo testamenta suam obtinent formam, communionem non habeat, *l. qui testamento. 20. §. servus 7 ff. qui testament. fac. poss. l. quod attinet. 32 ff. de reg. jur. Vultejus hic num. 6. Reusner. in tract. de testament. part. 2. cap. 29. per totum.* Sed de filiofamilias
3 dubitari potuit: cùm eum inter vivos omnia gerere, & ex omnibus causis obligari posse, constet. *l. filiusfamilias 39 ff. de obligat. & action. l. tam ex contractibus 57. ff. de judic. & similibus* Ratio autem, cur testamentum facere non possit, est triplex. I. Quia ob pa-
4 triæ potestatis nexum, in filiofamilias est libera voluntas; nec ejus persona jure civili integra. *Decius in l. 3. num. 11. Cod. qui testamenta fac. poss. Mynsinger. hic num. 2.* Velle siquidem non creditur, qui obsequitur
5 imperio patris vel domini. *l. velle 4. ff. de reg. jur.* & proprio quis jure debet testari, non pendere ab alieno arbitrio. *l. illa institutio 32. in pr. ff. de hered. instituend.* II. Quia filiusfamiliâs nihil suum habet, ut testari de eo possit, auctore Vlpiano *in fragment. Institut. t. 20. §. filiusfamilia. l. lex Cornel. 28. versic. quia non efficitur,*
6 *&c ff. de vulg. & pupill. substit.* Iure namque veteri quicquid acquirit, non sibi, sed patri acquirit. *§. 1. supr. per quas person. cuiq. acquir.* & ante Constantinum Imperat. nihil suum habere potuit. *l. placet 79. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. acquiritur. 10. in pr. ff. de acq. rer. domin. l. cùm oportet. 6 Cod. de bonis, quæ liberis, &c l. 1. Cod. qui admitti ad bonor. possess. poss l. 1. Cod. de bonis maternis. & similibus adductis per Vasquium libr. 1.* 7
de successien progressu §. 1. nu 8 III Quia cùm in testamento nō bona tantùm, sed omnia etiam familiæ jura mancipentur? filiusfamiliâs verò neque bona, neque jura familiæ ulla habeat; utpote qui non est caput familiæ, id est, paterfamiliâs, à quo fieri debet mancipatio sive venditio familiæ: ideircò nec testamentum facere ullo modo posse creditur. *d. l. 3. §. ult. & l. penult. C. qui testam fac. poss* Nam & lex duodecim tabularū testandi jus concedens, loquebatur non de filiofamilias, sed disertè de patrefamilias Patrefamilias, inquiebat (*prout eam retulit Cornificius*) uti super familiâ pecuniàque suâ legassit, ita jus esto. De quo videantur Rulandin *de testam. part. 1. rub. 2. n 1. Speculat. in tit. de instrum. edit. §. compendiosè. n 3. Philip. Franc. ad rubr. ext. de testament. vers. decimo octavo prohibetur testari filiusfamilias, &c hosq; allegans Reusner. d. part. 2. c. 23. n. 5.* Quibus addatur *Ioannes Dauth. in tract. de testament. sub rubr. qui testam. fac. poss. n. 148.*

Non obstat, quòd testamenti factio non privati, sed 8
publici juris est. *l. 3. ff. qui testament. facere poss.* Atqui filiusfamilias in his, quæ sunt publici juris, pro patre- 9
familias habetur *l. filiusfamilias. 9. ff. de his, qui sui vel alieni jur sunt. l. nam. quod. 14. in pr. ff. ad senatusconf. Trebellian.* Etenim ambiguitas sive æquivocatio latet in verbis, *juris publici.* Siquidem juris publici ple- 10
raq; dicuntur, quorum jus ad statum rei Romanæ spectat, ut magistratus, sacerdotia, & similia, *de quibus in l 1. §. huius studii. 2 ff de iustit. & iur.* In iis filiusfamilias non sequitur jus patriæ potestatis, sed loco patris familias habetur: *sicut colligitur apertè ex d. l. 9. ibi, ut magistratum gerat. &c. ff. de his, qui sui, vel alieni iur. sunt. & d. l 14. iuncto § ultim legis præcedentis. ff. ad SC. Trebellianum.* ubi traditur; filiumfamilias, in magistratu positum, etiam adversus patrem suum quippiam statuere posse. Hoc autem sensu testamenti factio non est juris publici: quia jus de testamentis constitutum non pertinet immediatè ad statum rei Romanæ, sicuti magistratus, & similia munera. Aliâ igitur rati- 11
one testamenti factio juris publici dicitur, nempe hac, quod potestas testandi non cuivis pro arbitrio suo competat; sed illi tantùm, cui jus publicum, sive lex facultatem istam concessit. *l. testandi 13 C. de testam. Iul. Pac. cent 5. ἐναντιοφανῶν. quest. 85.* Hucque referenda sunt, quæ annotavimus supr. *ad princ. tit. de testam. ordin. n. 78. & seq.*

Similiter nihil obest, quod filiusfamilias jus quoquo 12
modo contrahendi, & bona inter vivos alienandi habeat, *l. 3. §. is autem solut. 3 ff. ad SC. Maced d. l filiusfā. 39. ff. de oblig. & act. l. 1. & tot. tit. ff. de pecul. l. 1. & toto tit. ff. de in rem. verso. & tit. quod iussu.* Proindeq; multo magis testandi jus habere debeat: cum satis fuerit inhumanum, vivum quidem licentiam habere, totā suā familiam alicui donare; morienti autem hujusmodi licentiam adimere, *auctore Iustiniano. in tit. sup. de lege Fus. Canin. toll.* ubi Angelus, Porcius, & Doctores communiter tradunt, valere injure argumentum à cōtractibus ad ultimas voluntates, *per l. ult. Cod. de legatis* Nam respondetur: ita demū valere argumentū à cōtra- 13
ctibus ad ultimas volūtates, si eadē ratio subsit. *l. servū*

44 §.

44.§ eum,qui.5.& l.qua de legato 46. ff delegat. 1. l.
qui chirographum.59.ff.de legat 3. Everhard.in Topi-
cis.loc.à contractibus ad ultim. voluntates. &c. Se-
cus verò est, si non sit eadem, sed diversa ratio: aut si
major sit favor, aut majus præjudicium: quale est in
testamentis, in quibus & hereditas & familia, quam
non habet filiusfamilias, transfertur: sicut nec contra-
hendo illa dari, aut in alium transferri potest l.heredi-
tas.5.C.de pactis convent. l. ex eo instrumento.4.Cod.
de inutilib.stipulat. imò nc codicillis quidem heredi-
14 tas potest relinqui. §.penult. infr. de codicillis. Cæte-
rùm in contractibus bona privata & singularia filio-
familias transferre licet: quæ omni jure ad eum perti-
nent, vel pertinere possunt, & minoris præjudicij sunt:
eòque privatorum pactis subjacent l. 1. §.si convenit.
6.ff deposit l.contractus. 23 ff. de regul. jur. Reusner. d.
tract.de testament.part.2 c 23.n 9.& seqq.
15 Quod porrò modo explicatum est, filiumfamilias,
testamentum facere non posse: in tantum verum est,
& procedit; ut ne consentiente quidem patre rectè te-
stetur, hoc princ nostro. vers adeò quidem, &c. l qui in
potestate 6 in princip ff qui testament. fac. poss. Hu-
jusque ratio jam nota est: tum quia testamenti factio
non privati, sed publici juris est, hoc est, non à pri-
vato aliquo, sed à lege sola conceditur. dict. l 3.ff.eod.
16 tit. Tum quia testamenti factio ab arbitrio alieno, vel-
uti ex patris ceu privati hominis voluntate, contra le-
gem duodecim tabularum, pendere non debet, dict.l.
illa.institutio 32 in princip.ff. de heredibus. instituend.
17 adeòque pactis privatorum jus publicum non muta-
tur, l.jus publicum 38.ff.de pact l. nemo potest. 55 ff. de
legat. 1.l.quod bonis.15.§ 1.ff ad leg.Falcid. l. neque pi-
18 gnus.45 in fine ff. de reg.jur. Diversum tamen in do-
natione causa mortis receptum est: quæ à filiofamilias,
patre permittente, fieri potest.l.tam is.25.§ 1 ff.de mor-
tis causa donationibus. Vera differentiæ ratio hæc mi-
hi videtur: quia donatio causa mortis, non publici, sed
19 privati juris est. Quæ autem privati juris sunt, priva-
torum etiam pacta admittunt dict. l.1.§ si convenit.6.
ff. deposit.& dict.l.contract.23.ff.de reg.jur. latè Vigli-
us.hic num.7.cum seqq.Giph & Heigius nu.4.Georg.
Acac Enenkel.in tract. de privileg. parent. & liberor.
privileg.16 c.1.num.8 & c.2.num.8 & seqq. Videan-
tur quoque Ioan.Dauth. d tract.de testam.sup rubr.qui
testam fac.poss.n 190. Thadeus Piso libr. 1. var.reso-
lut.cap.6.Bachovius in notis & animadvers.ad Treut-
ler.volum.2 disput.10.de testament.th 2 lit.C.pag.526
& seq.& Petrus Gilkenius.ad l.senium.3.n. 7. & mul-
20 tis seqq C qui testam fac.possunt. Excipiuntur hoc lo-
co filiifamilias, qui peculium castrense, vel quasi ca-
strense habent. In eo siquidem cùm pro patribusfa-
milias reputentur, etiam invito patre, licitè testari pos-
sunt.l si quis 6.§. ultim.ff.de injust. rupt. irrit fact. te-
stament.l.pen.& ult.C.qui testam.fac possunt. Itaque
si filiifamilias de castrensi vel quasi castrensi peculio
testamentum fecerint: bona eorum, ut hereditas, he-
redis erunt: si verò nullis liberis vel fratribus extanti-
21 bus intestati decesserint: eorum bona patris erunt, non
tamen ut hereditas, sed ut peculiũ: quoniam filiifami-
lias intestati decedentes heredem habere non possunt.
l.e.& 2.ff.de castrensi pecul.l.3.& 4.Cod.de bonis.quæ 22
liber.Giphan.hic in v.si verò intestati.&c. Verùm ho-
die id immutatum est, constitutumque; ut pater bona
filii non jure peculii, sed titulo hereditatis accipiat No-
voll.118.c 2 Mynsinger.hic nu.8. Tametsi aliter sentire
videatur Illustris Enenkel.d.tr.de priv parent.& libr.
priv.10 n.46.circa finem. Ex illo autẽ intelligere prõ-
ptum est, quod in castris acquisierit miles, qui in pote-
state patris est, id ipsius filiifamilias proprium esse:
quanquam cæteroquin jure civili omnium, qui in po-
testate parentũ sunt, peculia in bonis parentũ compu-
tentur: exceptis iis, quæ ex sacris constitutionibus non
acquiruntur, id est, exceptis bonis adventitiis, quorum
ususfructus duntaxat ad parentes pertinet, nõ etiã pro-
prietas, ut indicat hic Imperator in v. ex hoc intelligere
&c.& §.1.sup.per quas person.cuiq; acqu. Atq; ita mul- 23
tiplex peculii castrensis privilegium hoc loci notandũ
venit. Primum enim de eo peculio licet filiofamilias
testari, ut paulò ante expositum. Deinde illud ei pater a-
dimere non potest: quod tamen in aliis peculiis potest:
cui quemadmodum peculiũ dandi seu constituendi; i-
ta & adimendi potestas est, hoc principio, v. Ex hoc in-
telligere possumus. &c.l.cùm multa.7.C de bonis, quæ
liberis, &c. Tertiò id vendi à creditoribus patris ne-
quit: cùm tamen aliud peculium ab iis vendi possit, nõ
secus atq; alia patris debitoris bona. d. v. ex hoc intelli-
gere. & l. ult. in princ. C.de jur. deliberandi. Denique id 24
collationi non est obnoxium; hoc est, filius patre mor-
tuo, hoc peculium suis fratribus in medium conferre
non cogitur: cum tamen alia bona tam profectitia, quã
adventitia liberorum conferantur, l. 1.§. nec castrense.
15 ff de collatione bonor. l filia. 4.& l.ult.C de conditi-
onib. Ratio primi quidem privilegii est: quia lege illud
filiofamilias concessum est. Reliquorũ verò hæc est ra- 25
tio: quia hoc castrense peculium filiorum est propriũ,
ut paulo ante monitum, & liquet ex hoc principio ver.
sed scilicet proprium ejus esse, &c. Porrò de effectibus
castrensis peculii latiùs disserat Dn. Enenkel. d.privil.
10.n.10.& multis seq. Testamentum igitur à filiofami- 26
lias eo, qui non habet castrense, vel quasi castrense pe-
culium, factum, inutile esse intelligitur: nec confirma-
tur ex eo, quòd ipse sui juris moriatur, per textũ hujus
principii, in fine. l. si filiusfamilias. 19. ff qui testam. fac.
poss l.1.§.1.ff.de legat 3. Ratio ejus duplex est: tũ quia
quod initio vitiosum est, ex postfacto convalescere nõ 27
potest, l.quod initio.29.& l penult ff. de reg.jur c. non
firmatur.18.eod.in 6. Tum quia in testamentis duo 28
maximè tempora spectantur, eaq; sine vitio esse debẽt,
testamenti scilicet facti, & mortis. §. in extraneis. 4.
infr de hered qualit.& different. Atqui hic vitium est
in altero tempore, purà testamenti facti. Ergò meritò
testamentum istud inutile censetur. Planè de bonis ad-
ventitiis, quorum pater usumfructum, filius proprie-
tatem tantùm habet, testamentum filii non valere inter
omnes convenit, arg. hujus princip. v. præter hos igitur.
in fine.l.senium.3.§ 1.& l. nemo. 11.C. qui testament.
fac.poss.l.ult §. ipsum autem filium. 5. vers. filiis autem
familias. C. de bonis, quæ liberis, &c. Vultejus hic
numero.10. Donell.libr 6. Commentar. de jur. civil.
cap.5.pagin.10.Reusner.d.tract.de testament. part.2.c.
21.numer.

28. num 16. & seq. Timaeus Faber in disputationib. anniversar. ad Institut. Imperialet. disp. 19 th. 1.

29 Illud autem admodum controversum est: an de his bonis adventitiis, quorum ne ususfructus quidem ad patrem spectat (*de quibus agit textus in l. penult. & glos. in Auth. idem est in his. Cod. de bonis, quae liberis, &c. & novissimè Thadeus Piso d. libr. 1. variar. resolut. c. 6 num. 7. & 8.*) testamentum condere filiusfamilias possit? Et hoc licèt nonnulli speciosis probare rationibus conentur, *Decius in d. l. nemo. 11. si vero penult. Cod. qui testam. fac. poss. Wurmbser. 1. pract. 39 observ. 16 eumq. citant Gothofredus ad d. l. 3. C. d. titul. Cravetta consil. 543 & 555. num. 2 Vaudus libr. 1. qu. 1. Treut. volum. 2 disput. 10. thes 1. lit. c. & disputat seq. thes. 2. lit. a. Hunnius lib 2. var. resolut. jur. civil. tract. 5 quaest 10. pag. 563 D Besoldus in delibat. jur. ex libr. 28. ff quaest 5. in fine pag. 106. Locamer. quaest juridic. fasc. 27. q. 9 & alii relati à Didaco Covarruv. in rubr. part. 3 numer. 9. ext. de testament.* contrarium tamen verius esse, Doctores plerique statuunt, *Iason & Alexander in d. l. penult. C. qui testam. fac. poss. Speculat titul. de instrument. edit. §. compendiosè numer. 4 Clarus libr. 3. sentent. §. testamentum qu. 18. nu. 2. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. T. num. 24. Petr. Gregor. libr. 42. Petr Gregor. lib. 42. syntagmat. jur. univers. cap. 8. num. 4 Viglius hic num. 16. Vultejus numer. 11. Hegius num. 9. VVesenbec. numer 3. Mynsinger. num. 6. & Anton. Matthaeus add. versic praeter hos igitur. Donel. d. lib. 6. Comment. cap. 28 in fin. Vasquius de success. creat. § 22. numer. 10. D. Bocer. in tract. de bell. libr. 1. cap. 20. numer. 10. & in tract. at. de investitura feud. c. 3. num. 45. & seq. item ad princip tit. supr. de testament. ordinand. numer. 64. cum seqq. pag 271. Bachovius hic nu. 7 pag. 436 & in not. ad Treutler. d. vol. 2. disput. 10. th. 2. lit. C. vers. de iis, in quibus pag. 518. & in tract. de actionibus. disput. 8. Corollar 2. pag 144 cum seqq. Bronchorst. cent. 3. ἐναντιοφανῶν assert. 21. edit. 2. Cujacius in Novell. 117. cap. 1. Balduinus in Iustiniano suo pag. 136. Duaren. in Comment. ad tit. ff quibus non est permiss. fac. testament. pag. mihi 421. Fachin. libr 5. controvers. jur. cap. 25 §. Et licet quoad test amenti factionem, &c. nem cap. 94. Arumaeus Exercit. Iustin 7. thes. 6. Tessanrus decis. Pedemont. 150. numer. 11. Schegk. in delibat. jur disput. 9. thes. 43. Forster. lib. 2. disputat. 12. thes. 13. Hoenon. disput. 7. controvers. 13. Andr. Gerhard. decad. 7. Exercit. Iustin. qu. 7. VVegner. disp. 7. thes 4. ad lit. E. Riemer. decad. 6. qu. illustr. 2. Vngepaur. exercit. Iustin. 8. qu 5 pagin. 325. cum seq. edit. poster. Barter. decad. 3. q. 4. Setser. disputat. 13. ad Institut. thes 7. Paul Berens disput. 6. ad Institut. them. 2 qu 6 Dauth. in tractat. de testament. subrubr. qui testam fac poss numer. 154. ubi plures allegat.* Hujusque communis & verae sententiae

30 fundamentum solidum habetur *in dict. l. penult. Cod. qui testam fac poss.* ubi Iustinianus Imper. disertè expressit, per illam legem (*putà l. cùm oportet. 6. §. non autem. 2. versic. sin autem. C. de bon. quae liber.* vel certè *dict. l. ultim §. ipsum autem filium. 5. vers. filiis autem. familias. C. eod.* ut putat Dauth. *dict. loco numer. 155.*) qua inductum est, ut certis in casibus filiofamilias plena proprietas acquiratur, testandi facultatem ei minimè concessam esse. Cùm ergò per hunc clarissimum textum omnis dubitatio tolli videatur: aliis rationibus (quas novissimè, *contra Hunnium praedicto loco dissentientem*, ingeniose defendit D. Vngepaur *dict. exercit 8 quaest. 5*) quibus eadem sententia confirmari posset, omissis; ad nonnulla dissentientium argumenta breviter respondebimus. 31

Primùm itaque non obstat textus *in d. ult. §. 5. vers. filiis autem familias. C. de bon. quae liberis, &c.* in quâ lege quia dicitur, filiumfamilias in istis duntaxat bonis in quibus pater usumfructum habet, testari non posse: à contrario sensu illi colligunt, in aliis bonis adventitiis, quae in solidum ad filium pertinent, testamenti factionem ei non esse ademptam. *Argumentum* etenim à 32 contrario sensu semper est validum, nisi ex eo aliqua oriatur absurditas, aut nisi lex manifesta ei resistat, ut hoc casu *d. l. penult. Cod. qui testament fac. poss. Everhard. à Midelburg. in loc suis legalibus. loc. à contrar. sens. num. 4. praeclarè Bachovius d. disput. 8. corollar. 2. p 146. & seq.*

Secundò non refragatur *Novell. 117 c. 1. §. 1.* ubi Iu- 33 stinianus ait, filiofamilias de eo, cujus patri non quaeritur ususfructus, licere disponere, quomodò velit. Disponendi autem verbum ad jus testamenti pertinere, vix dubitatur. *Nam* Imperator ibi non loquitur de dispositione testamentariâ, sive ultimae voluntatis; sed de dispositione administratoriâ, seu domesticâ inter vivos; ut Graecus textus arguit, in quo non est διατίθεσθαι, id est, testari; sed διοικεῖν, quod administrare significat *Marcilius hic, & Viglius & Vultej. locis praeallegatis. Iustus Schütz. exercitation jur disp. 8. th. 14 pag. 121. & seq.* Et quòd textus iste de dispositione inter vivos; quae fit per contractus, necessariò accipiendus sit, etiam hac ratione ostenditur: Libera facultas illa disponendi, de quâ textus agit, conceditur filiisfamilias, *si perfectae sint aetatis*, id est, 25. annorum, *ut Gothofred & Cujac. ibidem notant.* Si verò aetate minores sint, tutorum vel curatorum potestati gubernatio permittitur. Constat autem, tutores vel curatores de bonis pupilli vel minoris testandi jus non habere: eumque, qui perfectae aetatis non est modò nō sit impubes, sibi ipsi testamentum facere posse. *l. à qua aetate. 5. ff. qui testam. fac poss. Gerhard. d. quaest. 7 ad finem.* Nec rectè à dissentientibus regeritur de dispositione inter vivos nullam penitus fuisse dubitandi rationem, *propter l. in re mandata. 21. C mādatum.* nec verisimile esse, Iustinianum tractare casum indubitabilem. *Nam* respondetur: à Iustiniano circa hoc induci jus novum, ut cuicunque facultas sit ita aliquid relinquere & concedere filiofamilias, ut habeat plenam proprietatem, quam consequitur jus liberum administrandi, non etiam testamentum faciendi, ut tradit Bachovius *d. tract. de actionibus. disp. 8 coroll. 2. pag. 152.* & latiùs explicat Vngepaur *d. exercit. Iustin. 8. quaest. 5. pag. 325.* Hucque referantur, quae annotavi *ad §. 1. sup. de donationib. n. 31. & seq.*

Tertiò non obloquitur *l. Imperator. 50. ff. ad SC. Trebellian.* ubi bona adventitia, quorum ususfructus 34 patri non quaeritur, peculio castrensi, de quo filiumfamilias

milias testari posse, ex hoc principio clarescit, comparantur. *Siquidem* bona adventitia comparantur castrensibus, quantum ad hoc, quòd filio actio competat. Sic enim textus *in dict. l. 50. vers. post decreti, &c.* habet: *post decreti autem auctoritatem, in ea hereditate filio militi comparari debuit, si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret.* Non ergo, si in aliquibus militi in his bonis filiusfamilias comparatur à lege, in omnibus omnino à nobis comparandus erit. *Fachin. d. lib. 5. quest. 94. v. tertium arg. &c. Danth. prædicto loco, n. 157.*

35 Quartò nihil urget *Novell. 22. cap. 26. vers. si verò non habeat, &c.* ubi filiusfamilias de iis rebus, quas ex secundo patris matrimonio lucrifecit, testari posse dicitur. *Loquitur* namque de filiis, qui quasi sui juris nec subjecti potestati matris adhuc superstitis, testamento extraneum sibi heredem instituere possunt. Etenim patre superstite, in cujus sunt potestate, non possunt, ne de iis quidem bonis, quæ patri non acquiruntur, facere testamentum. *dict. l. pen. Cod. qui testam. fac. poss. Cujac. in d. Nov. 22. Anton. Matt. hic in vers. præter hos igitur. in fine.*

36 Postremò minimè adversatur, quòd filiusfamilias de rebus adventitiis ideò testari non possit, quòd eo etiam mortuo, earum rerum ususfructus patri, quàdiu vixerit, incolumis conservetur *l. ult. C. de usufruct.*

37 *Novell. 118. cap. 1. vers. licet enim defunctus. &c.* Id autem in proposito casu longè diversum sit: ac proinde cessante isthac ratione, & jus cessare debeat, *argum. l. adigere 6. § quamvis 2. ff. de jur. patron. c. cùm cessante 60. ext. de appellat.* Quamvis enim ususfructus nostro in casu patri non quæratur: nihilominus tamen pecu-

38 lium adventitium manet: quia accidentia non mutare propriam rei formam, plusquàm manifestum est, *arg. l. generaliter. 24 § proinde. 15 ff. fideicommissar. libertatib. Menoch. cons. 35. num. 19 lib 1.* Quin & testamentum non solum est dispositio de bonis, sed etiam de jure familiæ, quod deest filio; cùm ipse sit in familiâ patris. *l. pronunciatio 195 § familiæ 2. ff. de verborum*

39 *significat. Arumæus dict. Exercit. Iust. 7. sub thes. 6.* Enimverò ad pias causas de bonis adventitiis, quorum ususfructus ad patrem non pertinet, filiumfamilias, permittente patre, testari posse, communem Doctorum esse opinionem, testantur *Wesenbec. hic n. 7. & Schneidewinus num. 11 in fine.* Et latissimè utramque in partem eâ de re disputat Tiraquellus *in tractat. de privilegiis piæ caus. privileg. 78.* ubi circa finem hanc opinionem & communiorem & æquio-

40 rem esse pronunciat. Ejusque hæc assignari solet ratio: quia testamentum ad pias causas est res spiritualis, quæ juris civilis dispositioni non subjacet *c. relatum. 11. ibi, non secundùm leges. ext. de testament. &c. licet 4. de sepulturis. in 6.* quâ constitutione derogatur juri civili: quia permittit judicare, id est testari pro anima, si pater consentiat, ut glossa ibidem *in verb. judicare,* indicat: *& arguit cap. 1. in princ. de prohib. feud. alienat. per Frider. lib. 2 tit. 55 feud.* Idque fusiùs declarat Iacobus Cramerus *disceptat. 11. posit. 14.* Eâdem de re vide Polydorum Ripam *in Commentar. de Actis in mortis articulo. cap. 20. pagina. 130. & seq.* itemque Acacium Antonium de Ripoll. *variar. jur. resolut. c. 13. nu. 202. fol. 434.*

§. Præterea. 1.

Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi: quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes, postea pubes: aut furiosus, postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est: jure testati esse videntur, certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum rectè factum, neque ullum aliud negocium rectè gestum, postea furor interveniens perimit.

SVMMARIA.

1 *Impuberibus testamentum facere non licet: & quare.*
2 *Dies cœptus hic pro completo habetur.*
3 *In testamentis plenior facienda interpretatio.*
4 *Cur fœminæ citiùs, quàm masculi, ad testamenti factionem admittantur.*
5 *Furiosi testamentum facere non possunt: & cur.*
6 *Testamentum initio vitiosum, postea non confirmatur.*
7 *Tria de furioso tempora observanda.*
8 *In furioso nulla voluntas.*
9 *In testatore non corporis sanitas, sed mentis integritas exigenda.*
10 *An testamentum ante furorem ritè factum, furore postea superveniente infirmetur.*
11 *Furor interveniens nullum negocium rectè gestum perimit.*
12 *Quæ facti sunt, non infirmant ea, quæ sunt juris.*
13 *Quilibet sanæ mentis esse præsumitur.*
14 *Quatenus moribundus validè testetur.*
15 *Sententia l. hac consultissima. 8. vers. at cum humana fragilitas Cod. qui testam. facere possunt.*
16 *Morti proximus de animæ corporisq́; salute est solicitus.*

AIt Iustinianus Impér. impuberibus testamentum facere non licere. Cujus ratio obvia est: quia testamentum est testatio mentis: hoc est, supremum sive ultimum mentis judicium, *per princip. tit. supr. de testament. ordin. l. mater. 19 ibi, licèt quasi furiosa judicium ff. de inoffic. testam. l. vel negare. 5. ff. testamenta quemadmod. aperiant. l. unic. in princ. ibi, suprema judicia. ff. de bonor. possess. ex testam. milit. l. 2. & l. si frater. 4. C. qui testam. fac. poss.* At impuberes nullum animi judicium habeant, *hoc §. nostro.* Nimirum tale, quale requiritur in eo, qui super bonis suis universis in perpetuum vult disponere, cōstans & solidum; quem stabilē mentem vocat Iustinianus *in l. ult. C. de testam. milit.* Aliàs isthæc verba possint esse obnoxia cavillationi: cùm impuberes pubertati proximi sint doli capaces. *l. impuberem. 23 ff. de furtis. l. pupillum. 111. ff. de reg. iur. Idq; latius explicat Bachovius hic pag. 418. &* idem dicitur in *l. à qua ætate. 5. ff. qui testam. fac. poss.* ubi

ubi Vlpianus respondit: in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in fœminis verò duodecimum completum. Ex quibus verbis apparet: mares non ampliùs hic dici impuberes, qui diem supre-
2 mum anni 14. agunt. Ejusque ratio est: quia dies cœptus pro completo hoc loci habetur, contrà quàm in multis aliis causis, *initio tit. supr. de curatoribus. l. 3.*
3 *§. minorem. 3 ff de minoribus. 25. ann.* Atque illud procul dubio receptum est favore testamenti, in quo plenior plerunque interpretatio admittitur, ut potiùs valeat testamentum, quàm pereat: quippe quo nihil est in jure favorab. lius. *l. in testamentis 12. ff de reg. jur. l. 1. Cod. de sacrosanct. Eccles.* Cæterùm fœminæ, ex *dict. l 5. ff qui testam. facere possunt.* sententiâ, ante annum duodecimum completum testari nequeunt. Hujus ratio assignari hæc poterit: quia quò citiùs fœminæ, quàm viri, testandi jus nanciscuntur, eò etiam arctiùs temporis metâ concluduntur, ut ex Fornerio *in l. anniculus. 134. ff. de verb. signif.* notavit Borcholt.
4 *hic num. 4.* Ratio autem diversitatis, cur fœminæ citiùs, quàm masculi (cùm tamen hi duodecim annorum, eodem prædití videantur judicio, quo fœminæ ejus ætatis) ad testamenti factionem admittantur, hæc probabiliter afferri potest: quoniam fœminæ citiùs pubescunt, citiùsque perfectionem ætatis & judicii, quàm masculi, assequuntur: adeòque regulariter citiùs vitæ suæ periodum absolvunt: *quod fusius explicatum est suprà ad principium tit. de nupt. numer. 3. & seq.* Cùm igitur fœminæ anno 12. morti sint propinquiores, quàm masculi: rectè jus testamenti faciendi illis concessum est; his verò, licet ejusdem sint ætatis, denegatum: quia hi plus, quàm illæ, temporis adhuc ad finem vitæ usque habent, quo de rebus suis disponere possunt. *Sed ea de re disserat uberiùs N. Reusner. in tract. de testament. part. 2. cap. 5 num. 7. & seqq.* Iure porrò renovato Wirtembergico nemo testamenti factionem habet, nisi decimum sextum ætatis suæ annum completum agat, vel major 14 annis, testandi jus à principe decenter impetret. *part. 3. tit. 2. §. als aufangs. fol 327.*
5 Præterea furiosis & mente captis testamentum facere non licet, *hoc §. nost. vers. item furiosi. l. in adversa 17. ff. qui testam. fac. poss l. furiosum. 9. Cod eod. l. 2. ff de inoffic. testament. Viglius & Heigius hic num. 2* Ratio non obscura est: quia testamentum dicitur testatio mentis, *per d. princip tit. supr. de testamentis. ordinand.* sive voluntatis nostræ sententia. *l. 1. ff. qui testam fac. poss* Furiosi autem vel dementes mente carent, *hoc §. vers. item furiosi, &c.* & in illis nulla voluntas est. *l. furiosi 40. ff. de reg. jur.* Idque adeò verum est: ut, licèt furiosus, qui testamentum in furore fecit, mentis compos postea factus fuerit, & decesserit; nihilominus tamen testamentum nullius sit ponderis, *per hunc tex-*
6 *tum nostrum. vers. nec ad rem pertinet, &c.* Et ratio est eadem, quæ de filiosfamiliâs *suprà ad principium hujus tit. numer. 26.* exposita est: tum quia testamentum initio vitiosum postea non confirmatur, *argum. l. quod initio. 29. & l penult ff. de reg. jur.* tum quia utrumque tempus, testamenti facti, & mortis, vitio carere debet, *§. in extraneis. 4. infr. de hered. qualit. &*

different. Tria porrò de furioso hic observanda sunt tempora: tempus scilicet furoris, induciarum, & ante 7
furorem. Tempore furoris testamentum factum non valet, *per rationem jam suprà allatam*: quia nimirum testamentum est voluntatis seu mentis nostræ sententia. *d. l. 1. ff. qui testam fac. possunt.* Atqui in furioso nul- 8
la est mens, nulla voluntas. *d l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* Tempore induciarum (plerunque enim furiosi inducias seu dilucida intervalla habent, quibus sapiunt) testamentum conditum subsistit, *hoc § nostr. vers. furiosi autem, & c. d. l furiosum. 9. C. qui testament facere poss. Paul. lib 3. sentent. tit 4. § furiosus. Cajus. lib. 2. Instit. tit. 2. in fine. Angel à Camboll de testament. glos. 3. nu. 1. Paulus Zacchias lib 2. quæst medico-legalium. tit. 1. quæst. 16. n. 23. & seq. pag. 142.* Ejusque ratio in promptu est: quia sanitas mentis tempore intermissi furio- 9
ris adest. In testatore autem non corporis sanitas, sed mentis integritas tempore testamenti exigenda est, *juxta Labeonem in l. 2. ff. qui testam facere possunt.* Deinque ante furorem testamentum factum, etiam sine dubio est validum. Sed quæritur de testamento, 10
ante furorem ritè facto, an id furore postea supervenien te infirmetur? Et sanè cùm in testamentis, *ut ante monitum*, duo tempora, videlicet testamenti facti & mortis spectentur: videri primâ facie poterat, infirmari. Verùm, eo non obstante, constituit hic Imperator, testamentum illud nequaquam infirmari. *l. ultim ff. de injusto, rupt. irrit. fact. testam. l. 1. § si quis autem. 9 ff. de bonor. poss secund. tab.* Rationem hanc adjungit: 11
quia furor interveniens neque testamentum antea rectè factum, neque ullum aliud negocium rectè gestum, tollit aut perimit. *l. patre furioso. 8. ff. de his, qui sui, vel al. jur. sunt. l. oratione. 16. in fin ff. de rit. nupt. l. si à reo. 70. §. si à furioso 4 ff de fidejussoribus l. justo. 44. § eum, qui. 6. ff. de usurpat. & usucap. ionibus. l. nec mandante. 8. §. 1 ff de tutoribus. & curatorib. datis ab his, &c.* Ratio rationis est: quia furor, ut & bona fides, & sanitas mentis, est facti. *l. bona fidei. 48. § 1. vers. hoc enim ad ius. ff. de acquir. rer. domin.* At quæ sunt fa- 12
cti, non infirmant ea, quæ sunt juris, ut est testamentum, *arg. d. l. patre furioso. 8. ff de his, qui sui, vel al. jur. sunt. §. ultim. supr. de legit. agnat tut. & docet Giphanius hic in vers certè et: & seq. nec non Rittershusius pag. 241.* Cæterùm is, qui testamentum, propter furorem 13
alicujus, nullum esse dicit, testatorem tum furore percitum fuisse, cùm testamentum faceret, probare debet: siquidem regulariter quilibet sanæ mentis esse præsumitur, donec contrarium demonstretur *leg nec codicillos. 5. ibiq. gloss Bartol. Paul. de castr. & Bald. Cod. de codicill. latè Mascard de probationibus volum. 2. conclus. 824. numer. 5. & seq. item Ioannes Dauth. in tract. de testament. sub tit. qui testament fac. poss. num. 218.* Et videatur Hilkenius *ad d. leg. furiosum. 9. Cod. qui testam fac. poss numer. 10. & seqq. ubi utramq; in partem plures Auctores refert, & distinctione, post alios, litem componi posse autumat.* Idem, post alios, affirmat Hunnius *in resolut. ad Treutler. volum. poster. disput. 10. de testament. quæst. 18 pag 987.* Is quoque 14
qui moribundus, aut in ipso mortis articulo constitutus testatur, sanæ mentis esse creditur: adeòque ejus

jus testamentum jure subsistit: si modò articulatè loquatur, ut intelligi possit l. *Seja.* 42. *in fin ibi, non tam mortis causa, quàm morientem donare. ff. de mort. caus. donat.* l. *quoniam indignum.* 15. *vers. sed quibuslibet confecta sententiis, &c.* l. *jubemus* 29. *vers. si enim talis testator. ibique Cynus & Bald Cod. de testament. Ioan. Andr. in addit. ad Speculat. tit. de testament.* §. 1. *v. quid si is, &c.*

15 Nec obstat l. *hac consultissima.* 8. *vers. aut cùm humana fragilitas. Cod. qui testament. fac. poss.* ubi cùm dicatur, quòd humana fragilitas mortis cogitatione perturbata, minus memoriâ res plures consequi possit: inde Paulus de Castro & alii nonnulli colligunt; eum, qui in extremo vitæ articulo hæret, mente captum præsumi, propter mortis instantis periculum, quo perturbatur: ac propterea testamentum ejus minimè valere. *Nam respondetur:* ex d. l. 8. probari quidem, morti proximi animum cogitatione mortis esse turbatum, & de animæ corporisque salute solicitum: sed non ideò effici, insanum & furiosum illum esse: cùm experientia testetur, plurimos homines, quantumvis mortalitatis cogitatione perturbatos; in extremis tamen vitæ constitutos ratione & animi judicio valere. Adhæc ex prædictis constat: non aliter moribundi valere debere testamentum, nisi quatenus de mentis integritate, ejusque voluntate certâ liqueat. *d. l. quoniam indignum.* 15. *vers. nec enim interest. ibi, si modò per eam liquebit voluntatis intentio. C. de testament. Reusner. d. tract. de testamen. part 2. cap.* 16 *num* 8. *& seqq. nec non novissimè Thadeus Pisolib.* 1. *var. resolut. cap* 5. *nu.* 24. *& seq.*

16

§. *Item prodigus*, 2.

Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod antè fecerit, quàm interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.

SVMMARIA.

1 *Prodigus quis, & quare testamenti condendi facultatem non habeat.*
2 *Prodigus quate[illegible]paratur pupillo & furioso.*
3 *Testament[illegible]rodigi, ante interdictionem bonorum factum, valet.*
4 *Testamen[illegible]m, utpote juris, tollitur per ea, quæ sunt juris.*

1 PRodigus (hoc est, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dissipando & dilapidando profudit. l. 1 *ff. de curatorib. furios. & alius extra minor. dand.*) testamenti condendi facultatem non habet, *hoc* §. & l. *is, cui.* 18 *ff. qui testam fac possunt.* Ejusq; ratio est: tum quia prodigo interdictum est commercium, id est, rerum suarum administratio, *teste Vlpiano in fragment Institut. tit.* 20 *de testamen.*
2 §. *mutus* 12. Tum quia in jure prodigus, quoad administrationem, comparatur pupillo. l. *certi condictio.* 9. §. *sed &* *si.* 7. *ff. de rebus credit. si cert. pet.* & furioso. *leg. his, qui.* 12. *de tutoribus & curatoribus datis &c.* l. *Fulcinus.* 7 §. *idemque in prodigo.* 12. *ff. quibus ex causis in possess. eat.* Nam ut furiosus desipit animo: ita prodigus desipit moribus. Idque fusiùs explicant Francisc. de Caldas *ad l. si curatorem.* 3. *verb. cùm non absimilis. Cod. de in integr. restitut. minor. num.* 6. *& Reusner. in tractat. de testament. part,* 2. *cap.* 11. *numer.* 20 *& seqq.* Enimverò testamentum prodigi, quod fecit, antequam ipsi interdictio bonorum fieret, ratum est, *per hunc* §. *& dict. l. is, cui.* 18 *ff qui testam fac. possunt. & monuimus in* §. *testes.* 6. *num.* 27. *supr. de testament. ordinandis.* Ratio hujus est eadem, quæ de furore explicata est. *suprà* §. *proximo, numero decimo & sequent.* Notandum enim; vitia testamenti quædam esse juris, quædam facti. Iuris sunt; capitis deminutio, servitus, captivitas, &c. Facti sunt: furor, prodigalitas, mutitas, surditas, cæcitas, &c. Et illorum vitiorum superventu testamentum legitimè antea factum vitiatur: horum non item. Ratio differentiæ est jam nota; quia testamentum, quod est juris, tollitur per ea, quæ sunt juris; non autem per ea, quæ sunt facti, *argum. l. patre furioso.* 8 *ff. de his, qui sui, vel alieni iuris sunt. & dictum in* §. *præcedente, numero duodecimo.* De prodigo plura, observatu perdigna, adferunt Bachovius & Hunnius *in not. & resolut. ad Treutler. volum poster. disputat.* 10. *de testament. ad th.* 3. *lit. D. illo pag.* 531. *cum seq. hic verò pag.* 987. *& seq.* 3 4

§. *Item surdus*. 3.

Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Vtique autem de eo surdo loquimur, qui omninò non exaudit; non qui tardè exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest; non qui tardè loquitur. Sæpè enim etiam literati & eruditi homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Vnde nostra constitutio etiam his subvenit: ut certis casibus & modis secundùm normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit: ratum nihilominus manet ejus testamentum.

SVMMARIA.

1 *An & quatenus surdus & mutus testamenta facere possint.*
2 *Testator necesse habet & testes rogare, & exaudire.*
3 *Vtrum Principis permissu mutus & surdus simul testari queat.*
4 *Princeps naturalem defectum supplere non potest.*
5 *Fideicommissum etiam mutu relinquitur.*
6 *Mens & intellectus l. si mutus 7. ff. qui testament. fac. poss.*
7 *Instantia diluitur.*
8 *Mutus & surdus qui hic intelligantur.*
9 *Elegans jocus de tribus surdastris: actore, reo, & judice.*

EX præcedentibus locis cognovimus, quosdam à testamenti factione repelli, quia sint alieno juri subjecti; quosdam, qui animi judicio careant. Nunc de his exponit Imperator, quibus ob vitium alicujus necessarii sensûs testari non est licitum, nisi præscriptâ observatione damnum naturæ sarciant: ut sunt surdi, muti & cæci: atque de illis quidem hoc §. agitur: de his verò §. sequente dicetur. Surdus itaque & mutus jure veteri Pandectarum testamenta facere non poterant. *l. qui in potestate. 6. §. 1. ff qui testamenta fac. poss.*
1 *l. penultim. §. 1 ff. unde cognati.* Ratio prohibitionis hæc erat: quia mutus verba nuncupationis eloqui, & testes accire atque rogare; surdus autem testes, sibi testimonium perhibentes, exaudire non posset. *Vlpian.*
2 *in fragment. Institut. tit. 20. de testament* § 22. quorũ tamen utrumque, ut & testes roget, & exaudiat, in testatoris personâ necessarium est *l heredes palàm. 21. § penultim. ff. qui testam. fac poss.* *Paul lib. 3. sentent. tit. 4. de testament. §. caecus. 3 Berchold. hic. numer* 1. Excipiebantur duo casus I. Si à Principe illud impetrasset, *leg si mutus 7 ff qui testam. fac. poss.* II. Si essent milites, poterant testari jure militari. *l jure militari 4. ff de testament. milit & explicatum supr. ad § a. de militari testament.* Hodie ex novâ Iustiniani constitutione, *id est, ex l discretis. 10. Cod. qui testam fac poss.* ita distinguendum est: vel est mutus & surdus simul, vel non. Et illâ specie, si est mutus & surdus simul naturâ, non potest facere testamentum: si casu sive ex accidenti, & literas sciat, rectè testatur. Hac specie surdus quidem sive naturâ, sive casu testari potest: mutus verò sive naturâ, sive casu, non potest: nisi literas noverit. Et propterea Iustinianus hoc loco ait: mutum non semper testamentum facere posse. Sanè si quis testamentum fecerit, priusquam surdus aut mutus fieret, ratum id erit, *hoc §. nostro, circa finem. d. l. qui in potestate. 6. in fin. ff qui testam fac. poss. l. conficiuntur. 8. §. si post factum. 3. ff. de jure codicill.* quemadmodum & furiosi & prodigi testamentum, ante furorem vel interdictionem bonorum, ratum est, *ut in duobus §§. proximè præcedentibus dictum.* Illud hic obiter admonendum: quod Bachovius hic Tribonianum sive potiùs Divum Iustinianum, ridiculum & facetum commentorem esse, insolenter pronunciat, quod *in d. l. discretis. 10 C. qui testam. facere poss.* in hæc verba scripserit: *Si enim vox articulata ei (scilicet surdo) à naturâ concessa est: nihil prohibet, eum omnia, quæ voluerit, facere: quia scimus quosdam Iurisperitos & hoc subtiliùs cogitasse, & nullum (scil surdum) esse exposuisse, qui penitus non exaudiat, si quis suprà cerebrum illius loquatur, &c.* Quæ verba num fictitia ac falsa sint, uti ridiculè opinatur Bachovius: cuivis cordato & leges Iustinianeas religiosè observanti Iurisconsulto dijudicandum relinquo.

3 Sed utrùm summi Principis permissu & beneficio, utroque isto vitio laborans testari possit, quæri solet? Et quamvis vulgò id affirment, *Accursius hic in verb. certis. & in d. l. discretis. 10. in verb. permittimus. Cod. qui testam. fac. poss. ibiq; Alexand. num. 4. Cynus & Salicetus numer. 1. & Decius num. 5.* contraria tamen sententia magis probanda est. Tum quia Princeps naturalem defectum supplere, aut id, quod natura denegavit, concedere non potest. *argum. l. a in fin. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt. & §. sed naturalia. 11. supr. de jur. nat. gent. & civ.* Tum quia Principi preces suas exponere nequit, qui voluntatis suæ nulla valet depromere signa, *argum. l. adoptio. 16 ff. de adoptionib. l. filio. 23. in princ. ff. de liber. & posthum. leg. in bello. 32 § facti 2. ff. de captiv. & postlim. reversf. Heigius hic num. 2.* 4

Huic opinioni non obstat, quòd Paulus respondit: 5
fideicommissum etiam nutu relinqui posse. *l. nutu. 21. in princ ff. de legat. 3.* Nam in ista lege non de muto, sed apertè de eo agitur, qui loqui potest. Malè autem colligitur: qui potest loqui, nutu fideicommissum jure relinquit: ergo & mutus. Ratio enim differentiæ hanc argumentationem respuit. Nutus siquidem mutorum sive illorum, qui fari nequeunt, longè sunt incertiores, quàm eorum, qui loqui possunt.

Similiter non adversatur *dict. l. si mutus. 7. ff. qui testam fac. poss.* ubi cùm legitur, si mutus aut surdus licentiam testamenti faciendi à Principe impetraverit, valere ejus testamentum: inde dicendum videtur, quòd Princeps testandi facultatem ejusmodi personis indulgere possit *Etenim* Princeps potest quidem muto vel surdo testandi facultatem concedere, ut ex illâ lege evincitur; sed tum demum, si mutus literarum peritus sit, & scribere valeat, vel surdus loquendi habeat facultatem: de quo casu textus iste omninò est accipiendus: ne manifestæ juris rationi refragetur, quæ voluntatem ipsius testatoris exigit. *l. 1. & a. ff. qui testam. fac. poss* Nec hanc responsionem infringit, quod mutus & surdus, si voluntatem suam possint explicare, ipso jure testari queant, nec Principis concessu indigeant: ac proinde textus prædictus de ejusmodi exaudiendus sit personis, quæ animi sensa depromere non potuerint. *Quandoquidem* tempore Æmilii Marci, qui auctor fuit dictæ *l. si mutus 7 ff. qui testam. fac poss.* is etiam mutus, qui scribendi artem noverat, & is etiam surdus, qui loqui poterat, à testamenti factione repellebatur: quod postea demum per Imper. Iustinianum immutatum & correctum est, *d. l. discretis. 10. C. eod. t.* Quare dictam l. 7. de muto, qui scribere potuit, esse intelligendam, intrepide statuendum est. *Atq; ita sentiunt Viglius hic num. 3. Cornæus, & Iason. in d. l. discretis. ubi videatur etiam Ottenius num. 3 & seqq. Paul. de Castro & Raph. Cumanus in d l. qui in potestate 6. § fin. ff qui testament. fac poss. Reusner. in tract. de testament. part. 2. c. 18. num. 20 Dauth in tract. de testament. t. qui testament. fac. poss. num. 197.* Porrò 7
ut mutus hic intelligitur non is, qui difficulter, & impeditè sive tardè loquitur: sed qui omni plane vocis usu destituitur: ita & surdus censetur, non qui difficulter & tardiùs exaudit, quem Latini surdastrum appellant: sed qui omninò non exaudit, *hoc §. nostro, & §. mutum. 7. infr de inutilib. stipulat. l. 1 § ultim ff. de obligat. & actionib l. mutum 9. ff. de ædilit. edict.* Extat 9
autem de surdastris tribus, actore, reo, & judice, elegans jocus *in Epigrammat. Græcis lib. 2. Anthologicon.* quẽ Ioachimus Camerarius (prout eum refert Rittershu-

sius

sius ad dict. §. mutum. 7. infrà de inutilib. stipulat.
pag. 445.) sic vertit

Surdastro litem surdaster moverat alter:
Huic adérat Iudex surdus utroq; magis.
Iussit hic: ædicula quintum mihi pensio mensem
Debetur. Traxi noctu, ait ille, molam.
Aspicit hos iudex; & quid contenditis? inquit:
Est genitrix vobis: præstet uterq; cibum.

§. *Cæcus. 4.*

Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex divi Iustini, Patris nostri, introduxit.

SVMMARIA.

1 *Cæcus quatenus testari possit.*
2 *Prima solennitas in cæci testamento observanda, est sola nuncupatio.*
3 *Secunda solennitas, est septem testium & Notarii adhibitio.*
4 *Tertia solennitas est, quod heredis institutio omnibus testamenti capitulis præponi debeat.*
5 *Isthæc solennitas rejicitur.*
6 *Omissio levis alicujus solennitatis dispositionem non vitiat.*
7 *Transpositio verborum regulariter non labefactat testamentum.*
8 *Quarta solennitas, est nominis heredis, dignitatis ejusdem, &c. specialis expressio.*
9 *Quinta solennitas, est perspicua portionis relinquendæ determinatio.*
10 *Sexta solennitas, est Notarij annotatio.*
11 *Septima solennitas, est singulorum testium subscriptio & consignatio.*
12 *Vltima solennitas, est octavi testis præsentia, si Notarius haberi nequeat.*
13 *Cæcus sine prædictis solennitatibus testari potest inter liberos, & ad pias causas.*
14 *Cæci, qui ex animi sui sententiâ, neglectis solennibus testatur, dispositio concidit secundùm opinionem communem.*
15 *Hujus opinionis refutatio.*
16 *Intellectus l. an inutilis, 8. in princ. ff. de acceptilat.*
17 *Testator non præsumitur eam elegisse testandi viam, quâ testamentum suum evertitur.*
18 *Mens & sententia l. non solùm. 31 ff. de obligat. & actionib.*

1 HOc loco de cæteris, qui utroq; lumine capti sunt,
Imp. Iustinianus explicationem subjiciens, ostendit: eos non aliter testari posse, nisi iis observatis peculiaribus solennitatibus; quas Iustinus Imp. (qui Iustiniani avunculus fuit, & pater adoptivus, *ut indicatum suprà in prolegomen. harum Institut. num. 2.*) ob justissimum falsitatis metum, quem aliàs oculorum præcaver intentio, præscripsit. *l. hac consultissima. 8. C. qui testament facere possunt.* Prima autem solennitas
2 est, quòd licèt cuique liberum sit, ut ultimum suum elogium in scriptis, vel per nuncupationem promulget. §. *fin suprà de testament. ordinand. l. hac consultissima. 21. C. de testament.* hic tamen sola nuncupatio admittatur. Cujus rei ratio est perspicua: tum quòd cùm testator testamento in scriptis se subscribere, signare, & nomen heredis propriâ manu exprimere debeat. *l. jubemus 29. C. eod.* hoc cæcus facere non possit. Tum quòd in testamento in scriptis omnia possint esse secreta. *d. l. hac consultissima. 21. C. d. tit.* quod sanè in præsenti casu, ubi cæcus facilè decipi, & aliud pro alio scribi, vel alia scheda subjici potest, admitti non debet. *Sichard. in d. l. hac consultissima. 8. num. 2. ibiq; Gilkenius num. 3. C. qui testament facere possunt.* Secunda solennitas est: quòd cæcus necesse 3
habet septem testes, & unà cum his tabellionem, aut loco ejus alium quempiam literarum peritum, sibi advocare, & coram iis, quàm ob causam eos convocatit, palàm edicere, hoc est, testificari, se velle sine scriptis, cùm literas videre nequeat, saltem per nuncupationem ultimum elogium condere. *d. l. 8. circa princip. C. eo.* Tametsi hoc nonnulli Iustiniani constitutione, tanquam posteriore, sublatum esse censeant *l. in testamentis 26. C. de testam. Viglius hic num. 3. & Heigius num. 2. Salicetus & Gilkenius num. 4 in d. l. hac consultissima. 8. qui testament. facere possunt.* Alij verò, quamvis istam correctionem adhunc specialem casum non producant; testamentum tamen propter solennitatem tam levem omissam non concidere aut vitiari, existimant *argum. l. 1 §. ult. ff de ventre inspiciend. Alexand. Castrens. Iason. Decius & Sichardus num. 2. & 3. in d. l. hac consultissima. 8. C. qui testament. facere possunt.* Tertia solennitas est: quòd omnibus 4
testamenti capitulis putâ legatis & fideicommissis, heredis institutio, quæ caput & fundamentum est ipsius testamenti; præponi debeat. *argum. d. l 8. ibi, quibus omnibus ex ordine peroratis, &c. item circa finem. ibi, in prædictum modum ordinantibus, &c. C. d. tit. ibiq; Bartol. num. 1. Cynus num 5. Fulgos. num. 5. Decius num. 8. Alciatus in rubr de verbor. obligationib. num 22. & in suis Paradox cap. 16. lib. 5. nu. 4. & Angel. Aret. in. hic num. 2.*

Cæterùm non desunt, qui autumant, testamentum 5
cæci ex eo non infirmari, quòd institutio heredis post legata & fideicommissa sit facta: idque sequentibus
rationibus. Tum quia omissio levis alicujus solen- 6
nitatis, dispositionem vitiare non solet. *d. l. 1. § fin. ff. de ventr. inspiciend.* Tum quia formæ istius subtilitas ideo introducta & excogitata est, ne aliquid falsi committatur. Atqui sive legata ante heredis institutionem, sive postea scribantur, nihil interesse videtur,
ad hanc rationem quod attinet. Tum quia transpo- 7
sitionem verborum regulariter testamentum minimè labefactare, certum est. *l. Gallus 29. §. 1 ff. de liber. & posthum. heredib. institut. l. cùm in testamento 37. § 1. ff de heredib. instituend. l moribus 2. §. sed si quis 5. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Tum etiam quia quoties de interpretatione verborum est aliqua repugnantia, is sermo excipiendus est, qui actum in tuto collocat. *l. quotiens 12 ff. de reb. dubiis l. quotiens in stipulation. 80. ff. de verb. obligat.* Tum denique per expressum textum *in l ambiguitates. 24. Cod. de testament.* quâ scrupulosa hujus rei observatio sublata videtur. *Atq; ita sentiunt Viglius & Mynsinger. hic num. 3. Heigius num 5 Baldus in d l. hac consultissima. 8. C. qui testament. facere possunt. num. 10. cum seq. Castrensis ibidem num. 5. Philip. Corn num. 3. Ludovic. Roman. num. 9. Alexand num. 10. Iason. num. 1. vers. contrarium latè, &c. Sichard. & Gilken. nu 9. & seqq. Hunnius in resol. ad Treutler. vol. poster. disput. 27. quæst. 22.*

8 *Pag.989.& seq.* Quarta solennitas est: quòd non mo-
dò heredis nomen, sed etiam vitæ genus & dignitatem;
aliasque notas & indicia, ex quibus ille cognosci pos-
sit, specialiter cæcus exprimere teoetur: ne ulla am-
biguitas aut dubitatio in persona heredis relinquatur.
*d.l.hac consultissima.8.ibi, ne sola nimium commemo-
ratio, &c. C.d.tit.* Si tamen solius nominis expres-
sio omni careret dubitatiooe; ea sola sufficeret; ut *post
gloss in d l.8 in verb.indicia.* notant *Bartolus num.2.
Baldus num.3.Castrens.num.6 Alexand.num.4.Sali-
cetus num.4. Romanus num.6. Simon.de Prat.de in-
terpretat,ult.volunt.lib.3. interpret.2.dub.4 solut 1.
num.1.Mantic.de conject ult.volunt.lib.4.tit.3 nu.9.*
9 *cum seqq.& Mynsinger.hic num 3.in fine.* Quinta so-
lennitas est: ut palàm enunciet cæcus, quid & quan-
tum cuique tum heredi, tum legatario, si plures sint,
relinquere velit. *dict.l.hac consultissima.8. ibi, & ex*
10 *quanta parte, &c. C.qui testament.facere poss.* Sexta
solennitas est: ut singula tabellio sive notarius uno
eodemque loco ac tempor, in omnium conspectu ac
præsentiâ, adeòque uno contextu (*ut vulgò dicitur*)
perscribat, *sæpè allegata l 8. ibi, uno eodemq; loco &*
11 *tempore, &c. C.eod.* Septima solennitas est; ut testes
singuli propriâ manu subscribant, & unà cum tabula-
rio tabulis coosignent. *d l 8. ibi, & eorundem testium
manu subscriptu, &c.* Quod aliàs in testamento nun-
cupativo, ut & in contractu, fieri necessum non est,
*l.heredes palam.21 ff.qui testam.facere poss. l. contra-
hitur.4.ff.de pignorib & hypothec. & explicatum su-
prà ad § fin.de testament.ordinand.* Octava & ultima
12 solennitas est: ut, si notarius haberi non possit, o-
ctavus testis, qui vicem ejus suppleat, adhibeatur: &
testamentum uni ex testibus custodiendum detur,
eâ scilicet lege, ut id, quoties opus sit, exhibeat. *d. l.
hac consultissima 8. vers.sed quia tabulariorum co-
pia, &c.C qui testament fac.poss.* Et de istis solennita-
tibus, *post Philippum Francum ad rubr.ext.de testa-
ment.& ultimis volunt.in 6.* latiùs disserunt *Ioannes
Danth. in tract.de testament.sub titul.qui testament.
fac.poss.nu.231.cum seqq & Nicol Reusner.in tract. de*
13 *testament.part.2.cap 19.num.5.& seqq.* Porrò com-
muniter recepta sententia est: circa prædicta solennia
posse cæcum & inter liberos (nihil obstante contrariâ
Castrensis sententiâ *cons.362.*) testari, & ad pias causas.
In liberis quippe cessat falsitatis suspicio; cùm ipsi a-
lioqui parenti suo, naturâ duce, sint successuri ab inte-
stato, *prædictâ l.hac consultissima.21.§.ex imperfecto.1.
C.de testament.l scripto.7.in fin. ff.unde liberi. Iulius
Clarus lib.3.senteut.§ testamentum.quæst.17. num.2.
Dominic. Cardinal Tuschus tom.8 conclus.120.nu.7.*
In causæ verò pietate solum jus gentium attenditur:
quo jure duos testes ad actum aliquem adhiberi suf-
ficit, *cap relatum.11.ext.de testament.* Hucque perti-
nent, quæ pleniùs exposita sunt supra *ad §. sed cùm
paulatim 3.de testamentis ordinandis.num.48 & ali-
quot seqq.*
14 Cæterùm quòd dictum est, cæcum sine solennitate
d.l.hac consultissima 8.C qui testam fac.poss adeòque
coram duobus saltem testib⁹ inter liberos testari pos-
se: limitatur à quibusdam, ut non procedat, ubi-
cunque non tantùm solennitatis, sed & voluntatis de-
fectus in testamento cæci parentis inter liberos confe-
cti subest. *Exempli gratiâ.* cæcus vult testari inter li-
beros sine solennitate: Notarius illum pluries monet,
dispositionem ita ordinatam nil valituram. Testator
autem refractarius, nihil se juris solennitates curare
dicit; & ex animi sui sententiâ testatur. Nam is voluisse
videtur, ut testamentum non valeret. *argum. l.an inu-
tilis 4.in princ.ff.de acceptilat.& l non solùm.31.ff de
obligat & action.Lud.Roman.cons.179.nu.21. Decius
in l.2.nu.6.vers.l.quandocunq; venientes ab intestato.
C.de bonor.possess.secund.tab. Simon.de Prat. de inter-
pretat ult.volunt lib.2.interpret.1.dub.1.solut.4.num.
99 Dominic de Magdal. de num.testium. in testam.
requisito.part.1.cap.5.nu.6.cap.6 nu.13. hosq; referens
Ioan. Danth.loco præcitato.num.239 pag.206 & seq.*
Verùm hisce non attentis, contrarium ego conclu- 15
dendum teor: tale nimirum testamentum subsistere.
Quamvis enim huiusmodi adhortatio tabellionis cer-
tiorem reddat testatorem, quòd testamentum patris
cæci inter liberos secundùm juris communis regulas,
omissis solennitatibus, nihil valeat: attamen ex
eo non rectè colligitur, quòd testator, idemque pa-
rens cæcus non habuerit voluntatem testamentum
validum inter liberos condendi. Namque ex eo, quòd
dixerit post admonitionem Notarii, se non curare
juris solennitates, minimè elicitur: quòd noluerit,
testamentum suum jure privilegiato inter liberos te-
standi valere.

Huic conclusioni non adversatur *d l. an inutil.8.in* 16
princ.ff.de acceptilat. Quia loquitur de creditore, qui
acceptilatiooem debitori suo facere pro se quidem fe-
rebat: interim tamen sciebat: istum modum accepti-
landi, propter omissionem solennitatis necessariæ, in-
utilem esse. Ex qua scientia colligit ibi Vlpianus IC.
creditorem nullum liberandi debitoris animum ha-
buisse, atque adeò ne paciscendo quidem liberare vo-
luisse. Ast io proposito casu non ostenditur, vel appa-
ret: testatorem actum testationis omni jure inutilem
gerere voluisse. Ergo nihil hic causæ subest. cur præsu-
matur; testatorem noluisse, suum testamentum jure
privilegiato valere. Imò cùm Notarium admonentem;
ut secundum juris communis & ordinarii normam
testetur, audire noluerit: sed ex animi sui sententiâ te-
stamentum fecerit: ex eo plusquàm manifestum est, 17
quòd testamentum tale condendo, privilegio suo uti,
& secundùm illud validè testari voluerit, *arg.l si miles.
3. ff. de testam. militis.* ubi traditur, testatorem nun-
quam præsumi eam elegisse testandi viam, quâ testa-
mentum suum subvertatur.

Non etiam obstat textus *in d l.non solùm.31 ff. de* 18
obligationib. & actionib. Nam in specie illius legis
promissor impossibilem conditionem adjiciendo de-
claravit, se habuisse animum nihil gerendi, nec velle se
ullo modo obligare. Diversum est, si cæcus inter li-
beros suos sine solennitatibus testaturus admoneatur
à Notario, testamentum tale jure communi & ordi-
nario non valiturum. Tunc n. etiamsi is posthabitâ tali
monitione, ꝑ animi sui sententiâ testari pergat: non ta-
men dicendũ est, nihil cũ agere voluisse; sed poti⁹ existi-
mandus

mandus est propterea omisisse juris solennitates: quòd sciverit, testamentū tale inter liberos valere, *arg. d. l. 3. ff. de testament. milit.* Ex his itaque vera resultat, manetque conclusio: testamentum patris caeci, inter liberos sine solennitatibus juris conditum, subsistere: usque adeò, ut etsi à Notario admonitus, ut secundùm juris communis solennitates testetur, refractarius pro animi sui sententiâ, omissis solennibus, testari pergat. nihilominus tamen tale testamentum inter liberos, vires suas obtineat.

§. *Ejus, qui. 5. & ult.*

Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit: sed quod, dum in civitate fuerat, fecit: sive redierit, valet jure postliminii: sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

SVMMARIA.

1 *Captus ab hostibus testamentum facere nequit: & hujus ratio.*
2 *Servus cur testamentum facere non possit.*
3 *De captivis dispiciendum; utrùm ante captivitatem fecerit testamentum, an in captivitate.*
4 *Obses quis, & an is testamentum condere queat.*
5 *Capti a latronibus, ut & legati, testandi jus non amittunt. deportati verò, ut & excommunicati, amittunt.*
6 *De statu suo incerti quatenus testari possint: eorumq́ quatuor genera.*
7 *Quis de statu suo dubitare dicatur.*
8 *Quis in suo statu erret.*
9 *Suum statum quis ignoret.*
10 *Cujus status in suspenso esse censeatur.*
11 *An & quatenus capitali crimine damnatus testamentum facere valeat.*
12 *Nunquid capitali supplicio addicti hodie testari possint.*
13 *Nemo jure novissimo, propter delictum aliquod, pœna servus efficitur.*
14 *Objectio removetur.*
15 *Cives Romani qui existimentur.*
16 *Sublato antecedente, & consequens sublatum intelligitur.*
17 *Alia objectio refellitur.*
18 *Num damnatus ad perpetuos carceres queat testari.*
19 *Jure civili nemo ad perpetuos carceres damnandus.*
20 *Haereticis, & his credentibus, testandi facultas adempta.*
21 *Ut & apostatis.*
22 *Quatenus manifestus usurarius testari possit. & num. 36.*
23 *Ecquid mercator, qui merces cariùs vendit, si solutio differatur, quàm si in praesenti pecuniâ numeretur, pro manifesto usurario habeatur.*
24 *Respubl. interest, ut testamenta suum sortiantur effectum.*
25 *Contractus ex consuetudine judicatur honestus.*
26 *Utrùm Judaeus testamentum facere possit.*
27 *Ad objectionem respondetur.*
28 *Judaeus a testimonii dictione testamentaria pellitur.*
29 *Perjurus testamentum facere potest. & num. 36.*
30 *Intellectus verus l. ult. C. de Judaeis.*
31 *Eunuchi an testari valeant.*
32 *Num iste, qui manus amisit, testamenti factionem habeat.*
33 *Infamem testamentum facere posse, multiplici ratione probatur.*
34 *Relegatus testamenti faciendi jus retinet.*
35 *Auctores carminum & libellorum famosorum intestabiles sunt, & aliis pœnis coercentur.*
36 *Objectio quaedam refutatur.*
37 *De rebus alienis nemo potest testari.*
38 *Res communis quatenus mea esse intelligatur.*
39 *An testamentum illius, qui metu ultimi supplicii sibi mortem conscivit, subsistat.*
40 *Interfector sui ipsius pro confesso & condemnato habetur.*
41 *Ejus, qui manus violentas sibi intulit, bona omnia fisco vindicantur.*
42 *Pœna sui interfectorum tum apud veteres, tum nostris moribus.*
43 *Ne militis quidem qui metu pœna sibi necem conscivit, testamentum valet.*
44 *Diversum obtinet in eo, qui taedio vitae, vel impatientiâ doloris, similive causa semetipsum occidit.*
45 *Aliud item in eo, qui jactationis causa, vel vanâ quadam gloriâ sibi manus intulit.*
46 *Exempla eorum, qui se ipsos trucidarunt.*
47 *Si quis post testamentum factum sibi mortem conscivit, nec constat utrùm conscientia criminis & metu supplicii, an alia ex causa semetipsum peremerit: num hoc casu fisco, an heredibus institutis probatio incumbat.*
48 *Is onere probandi praegravandus, qui praesumptionem juris contra se habet.*
49 *Mevè potiùs, quàm grave delictum praesumitur.*
50 *Ex duobus malis minus eligendum.*
51 *Intellectus verus l. 2. C. qui testamenta fac. poss.*
52 *Per distinctionem dicta lex 2. conciliatur cum l. ult. §. ult. ff. de bonis eor. qui ant. sententiam, &c.*
53 *Probatio contraria admittitur, quamvis tempore elapso qui ex statuto civitatis pro confesso habeatur.*
54 *Utrùm ad inducendam praesumptionem pro fisco sufficiat, interfectorem sui ipsius atrox aliquod delictum, ultimo supplicio dignum, ante sui ipsius occasionem perpetrasse.*
55 *Sententia & explicatio l. ult. ff. de bon. eor. qui ante sent. mort. sibi consciv.*
56 *An testamentū ejus, qui sola criminis perpetrati conscientia, absq́ ulla metu futuri supplicii seipsum occidit, irritum fiat.*
57 *Plus est, occidere se propter metum pœnæ, quàm ob conscientiam criminis.* (scribitur.
58 *Omnium criminum accusatio & punitio regulariter viceunio praescribitur.*
59 *Remissio criminis à Principe impetrari potest.*
60 *Resolutio quaestionis propositae.*
61 *Quae sit natura copulae.*
62 *Lex una suppleri & explicari debet ex alia: & inclusio unius non est exclusio alterius, quoties in alio loco alterum includitur.*
63 *Utrùm testamentum illius evertatur, qui post crimen admissum manus violentas, se occidere volens, sibi ipsi intulit: sed ab alio prohibitus & liberatus fuit.*
64 *Qui sibi non pepercit, multò minùs parcet aliis.*
65 *Jure civili conatus aquè, ac ipse effectus, punitur.*
66 *Occidens se ipsum, graviùs delinquit, quàm qui alium occidit.*
67 *Leges civiles, quibus conatus alium occidendi ultimo supplicio coercetur, consuetudine generali sunt abrogatae.*
68 *Idq́ verum est, quoad pœnam ultimi supplicii: non verò quoad pœnam irriti testamenti.*
69 *Consuetudo stricti est juris: nec proprios facti & usus ipsius terminos excedit.*
70 *Si quis laqueo suspensus, vel in puteo, aut alibi mortuus reperiatur, nec constat, utrùm sibi ipsi mortem intulerit: num eo casu praesumptio sit contra illum, quòd sibi ipsi causam mortis sponte praebuerit.*
71 *In dubio unusquisq́ sibi, vitaq́ suae prospicere praesumitur.*
72 *Jure naturali & gentium vim atq́ injuriam propulsare licet.*
73 *Quatenus in dubio quilibet bonus & innocens praesumatur.*
74 *An & quatenus crimina cum ipsa morte extinguuntur.*

AIt Imper. Justinianus: captum ab hostibus testamentum facere non posse. Idem ait Cajus. *in l. ejus qui. 8. in princ. ff. qui test. fac. poss.* & Jul. Paulus *lib. 3 sent. tit. 4. de test. §. qui ab hostib.* 1. Ratio non est incognita: quia captus ab hostib. fit servus hostium. *§. servi a. 4 supr. de jur. person. § si ab hostib. 5. supr. quib mod. jus patr. pot. solvit. §. it. ea, qua ex hostib. 17. supr. de rer. divi-*

divisìon. & acquir. ipſ. dem. Servum autem testamentum facere non poſſe, conſtat *ex l. filiusfamilias. 16. in princip. & l. ſi filiusfamilias 19 ff. qui teſtament. facere poſſunt. & dictum ſuprà ad princip. hujus tit. num.* 2. Cur ita? quia teſtamentum, quoad formam & ſolennitatem, juris civilis eſſe, demonſtravimus ſuprà *ad princip. tit. de teſtament. ordinand. num.* 62. *& ſeq* cujus juris ſervus non eſt particeps. *l.* 1. *ff. de jure delibor l quod attinet.* 32. *ff. de reg. jur.* Porrò de captivis, ſi teſtati ſunt, videndum: num ante captivitatem fecerint teſtamentum, an in captivitate. Et hoc quidem caſu nullum eſt teſtamentum ab initio, eâ ratione quoniam captivus jure teſtandi caret, nec poſtliminio convaleſcit. Illo verò caſu licèt teſtamentum propter captivitatem irritum fiat: tamen convaleſcit aut fictione poſtliminii, aut fictione legis Corneliæ. Fictione poſtliminii, ſi redierit in Orbem Romanum; quia poſtliminium fingit eum, qui captus eſt, ſemper in civitate fuiſſe: fictione legis Corneliæ, ſi apud hoſtes deceſſerit; quia hæc lex fingit, captivum ante captivitatem deceſſiſſe, & nunquam in hoſtium poteſtatem veniſſe, *hoc §. noſtro l. in omnib.* 18. *ff. de captiv. & poſtlim. reverſ. l.* 1. *C. de poſtliminio reverſ. l. lege Cornelia.* 12. *ubi Cujac. ff qui teſtam. fac. poſſ.* Cæterùm, quâ ratione captivus, eâdem obſes quoq; facere
4 teſtamentum prohibetur, h. e. is, qui quaſi pignoris loco ad fidem ſervandam datur hoſti, eâ conditione, ut ſi dator à fide recedat, hoſti recipienti ſit poteſtas in vitã & corpus illius ſæviendi. *l. obſides* 11. *ff. eod. t.* Nam & is captivo, & per hoc ſervo comparatur: & quia civis non eſt; ideo nec heredem; imò nec bona, de quibus teſtetur, habere poteſt: quippe quæ in fiſcum coguntur. *l. Divus* 31 *ff de jure fiſci. Gregor Lopez. lib. ſingul animadverſ juris civil cap.* 18. *num.* 8. *& ſeqq.* Quod tamen ſecus ſe habet: ſi populus Romanus, vel Princeps obſidi aut teſtandi poteſtatem fecerit. *d. l. obſides* 11. *in fin. ff. qui teſtament. facere poſſunt.* aut uſum togæ Romanæ permiſerit. *l ſed ſi accepto* 32 *ff. de jur. fiſc. latè Dauth. in tract. de teſtament. tit. qui teſtament. facere poſſunt. num.* 199. *& Reuſner. in tract. de jure teſtamentor. part.* 2. *cap.* 36. *per totum.* Togæ enim jus non habent peregrini, non ſocii, & amici populi Romani, ſed tantùm cives Romani. Et propterea uſus togæ, videtur quaſi uſucapio quædam Civi-
5 tatis Romanæ *D Obrecht. diſput.* 20. *de inſtitutione heredit. th.* 46. *& ſeq. pag.* 428. Sanè à latronibus capti, cùm liberi maneant; ut & Legati, quamvis apud hoſtes agant; quia tamen inviolabiles habentur, & jure gentium omnia ipſis ſalva manent; teſtandi jus non amittunt. *l. qui à latronib.* 13. *in princip. & §.* 1. *ff. qui teſtament. facere poſſunt. Mynſinger. hic num* 3. *Gregor. Lopez. d. lib ſing. animadverſ. jur civ. cap.* 18. *num.* 3. *&* 4. Porrò captivis annumerati quoque poterunt deportati, quales ſunt hodie proſcripti ſive banniti; ſo in die Reichs Acht erklärt. Qui cùm jus civitatis, amiſerint. *§ minor.* 2. *ſuprà de capit. deminut.* donec à Principe reſtituti fuerint, teſtamenti faciendi jus non habent. *l ejus, qui.* 8. *§.* 1. *ff. qui teſtament. facere poſſunt l. ſi quis.* 6. *§. quatenus* 12. *ff. de injuſt. rupt. irr. fact. teſtam. Vide I. Clar. in lib* 3. *rec. ſentent. §. teſtamentum quæſt.* 19. 20. *&* 22. *ubi & ego in meis additionib.* Fürſtl. Würtenb. erneuwert Landrecht. *part.* 3. *tit.* 2. *pag* 329. §. Item die jenigen/ *&c. & explicatius dictum ſuprà ad princip. tit. de teſtam. ordin. num.* 80. *cum ſeqq.* Sed & à Romano Pontifice vel Epiſcopo excommunicati propter delictum aliquod, teſtandi facultate deſtituuntur, *per textum in cap. decernimus* 8. *ibiq. gloſſ. in verb. & teſtificando. de ſentent. excommunicat. in* 6 *can ſicut.* 16. *can. qui communicaverit.* 19. *can. ad menſam.* 24. *§. aliquando enim. can. omnis Chriſtianus.* 32 *& can. nihil* 33 *cauſ.* 11 *quæſt.* 3. Quibus ex locis ſatis apertè evincitur: excommunicatum nullam cum fidelibus communionem habere poſſe. jam verò ſi excommunicatus teſtamentum faceret: communionem cum aliis haberet, quod tamen ipſi prohibitum eſt, *locis modo allegatis.* Ratio conſequentiæ eſt perſpicua: Quiſque enim teſtamentum facit, eum oportet hanc ultimam ſuam voluntatem coram teſtibus, quos ad illum actum rogat, conficere: ut pluribus confirmatum ſuprà, *ad §. ſed cùm paulatim.* 3. *num.* 18 *& ſeqq. tit. de teſtam. ordin.* Hoc autem negocium eſt cum ipſis communicare, vel communionem habere. Hanc verò cùm excommunicatus cùm aliis nullam habere queat: conſectarium eſt, eum teſtari minimè poſſe. Cæterùm an & quatenus excommunicatus teſtari valeat; diverſimode explicant *Iulius Clarus d. lib* 3. *receptar. ſentent. §. teſtamentum. quæſt.* 24. *Graſſus lib.* 1 *recept. ſentent. §. teſtament. quæſt.* 24. *Vaſq. de ſucceſſion. progreſſ lib.* 1. *§.* 1. *num.* 120. *Covarruv in rubr. de teſtament. part.* 2. *num.* 18. *Hunnius in reſolut. ad Treutler. volum poſter. diſput.* 10. *de teſtament. quæſt.* 15 *&* 16. *pag.* 984. *ibique Bachovius in ſuis notis. pag.* 529. *Thadæus Piſo libr.* 1. *variar. reſolut. cap.* 12. *num.* 9 *aliique plures, ab hoc relati,* 6

Præter hactenus enumeratos, ſunt & alii, qui ad teſtamenti confectionem non admittuntur. Primùm enim eos, qui de ſtatu ſuo incerti ſunt, teſtari non poſſe, conſtat *ex l qui in teſtamento.* 14 *& l. ſeq. ff. qui teſtament facere poſſunt.* Horum autem quatuor perlibentur genera. Nam aut dubitat quis de ſtatu ſuo, aut errat: aut planè ignorat: aut ſaltem pendet, *ſecundùm Gloſſ. & Cujacium, & Dd. in d. l.* 14. *ff. eod.* 7
De ſuo ſtatu dubitat is, qui incertus eſt; hoſtes, an latrones ſint hi, à quibus captus eſt. Namque, *ut ante expoſitum*, ſi quidem ab hoſtibus eſt captus; tunc ſervus ſit capientium: ſin à latronibus, non item. *l. hoſtes ſunt.* 24. *ff. de captiv. & poſtlim. reverſ.* Quod ſi tamen incertus ſit captivus, an à latrunculis ſit obſeſſus: quia de ſtatu ſuo dubitat; ſervus, an liber; civis, an peregrinus ſit; & quia potiùs ſervi aliquam ſpeciem habet: eo caſu teſtari nequit. *l.* 1. *in princip. ff de legat.* 3. In ſuo ſtatu errat is, qui ſe per errorem, quia 8 à latronibus captus eſt, ſervum eſſe hoſtium exiſtimat; vel legatus, qui nihil ſe à captivo differre putat: adeò, ut nec fideicommittere eum poſſe, multoque minùs teſtari, reſpondetit Vlpianus *in d. l.* 1. *in princ. verſ ſed & ſi juris ff. d. tit.* Quia (*ut ibidem ſubjicit*) nec teſtari poteſt, qui, an liceat ſibi teſtari, dubitat. Sed & in ſuo ſtatu errare dicitur relegatus, qui ſe capite

mi-

minutum ; adeoque inhabilem ad testandum, veluti depoitarum, opinatur : ut quamvis aliàs relegatus testamenti factionem habeat *l.ejus,qui* 8.§ *sed relegati.* 3.*ff.qui testam.fac.possunt.* isto iamest casu testamenmentum facere prohibeatur, *l.de statu.*15 *ff.eod.* Suum
9 statum ignorat servus, qui se ex testamento domini liberum factum nescit. *d.l.qui in testamento* 14.*ff.d.tit.* Sic suum statum ignorat filius, qui patre peregrè mortuo, nescit, se sui juris esse : quo exemplo utitur Vlpianus *in fragment.Instit tit.*20.*de testament.*§.*qui de*
10 *statu.*11. Denique in suspenso ejus status esse dicitur, cujus pater captus est ab hostibus, propter spem postliminii: aut si alioquin emancipatio ex tacita quadam cõditione suspẽditur *l.*2.§.*si quis decesserit* 3*ff.unde legitimè.* Sive igitur quis dubitet, sive erret, sive ignoret, sive pendeat : testamentũ facere non potest: quia certi & integri status hominem certo judicio testari oportet. *d.l.qui in testamento.*14.*ibiq. Cujac.ff qui testam. fac.poss Reusner.d.part.*2 *cap.*37.*per totum.*

11 Deinde capitali crimine damnatos testamentum condere non posse, liquet ex *l.ejus,qui.*8 §.1.2. *& ult. ff.d.tit. l.si quis filio.*6. §.*sed & si quis.*6.*ff.de injust. rupt.irr.fact. testam. l ex judicior.*20. *ff.de accusat.l. qui ult.*29 *ff de pœnis.* nisi appellatum à condemnatione sit, & pendente appellatione testamentũ fiat, morsque sequatur. *d.l.qui à latronib.*13.*in fin.ff qui testam. fac.poss.* Integri enim status decedunt, quum textu obeunt, crimenque mortalitate extinguitur. *l.ult.ff.ad l. Iul.majest.l.*2.*C si reus vel accusat.mort.fuerit.* Ratio autem istius prohibitionis sita est partim in publicatione bonorũ, partim in eo, quòd damnati ad mortem statim amittebant civitatem & libertatem, adeoque pœnæ, id est, supplicii sui, cui in perpetuam erant addicti, confestim servi efficiebantur *l.quod ad statum* 12.*& d.leg qui ult* 29.*ff de pœn.*§.1.*supr.de cap.deminut.* Vnde etiam propter hanc ipsam causam testamentum ante ritè factum irritum fieri dicitur, *in d.l. si quis filio.*6.§.6 *ff.de injust rupt.irr.fact.testam. Andr. Gailius lib.*1.*de pace publ.cap.*19 *num.*8. *D.Besoldus*
12 *vol* 4.*cons.*179 *num.*8.*cum seqq.fol* 195. Atque hoc quidem jure Digestorum obtinere, inter omnes constat : sed an idem de jure Novellarum adhuc verum sit, multi dubitant? Et idem etiamnum hodie verum esse, affirmant *Vasq.lib.*3. *controvers.illustr. cap.*96 *num.*2.*&* 3. *Bartol.& Cujac.in d.l ejus,qui.*8.*in fin. ibiq. Ferret.num.*10.*ff qui testam.fac poss Marcilius, Antonius, Peregrin lib* 3.*de jur.fisc.tit.*2 *num* 4. *Thadeus Pisolib.*1. *var.resolut.cap.*3.*nu.*2.*cum seqq Gailius d.libr.*1 *de pace publ.cap.*19.*num.*8 *Donell.libr.*6. *Commentar.de jure civ cap.*16. *ibiq. Hilliger. in suis notis ad lit.L. Dauth.in tract.de testament.tit.qui testam.fac possunt.nu.*209. *Covarruv. extr de testam. part.*3.*rubr.num.*27.*&* 43. *Anton.Faber.error pragm. decad.*73. *D.Bocer.lib* 1.*de bello cap.*20.*num* 21. *& ad princip.tit supr.de testam.ordin.num.*77.*pag.*273. *Arum.Exercit.just.*7.*th.*7 *& disput.ff.*17.*th* 5. *Camer. discept.*11.*th.*17. *Barter.decad.*6.*quæst.*9. *Treutler. vol.*2.*disput.*10.*th.*2. *ad lit.b Schröt.diatrib.domesticar.decad.*5. *quæst.*3 *Wegner.disput.*7.*thes.*4 *ad lit.I. Berlich part* 3 *conclusion.practicab. conclus.*8.*num* 3. *& seqq. Hunnius in resolut.ad Treutler. d.vol.*2.*disput.*31.*th.*6.*quæst.*58.*pag.*457.*& vol poster.disput.*10 *de testament.quæst.*14.*pag* 981.*& seqq. & alij nonnulli, ab iis relati.* At contrarium sententiam, quòd videlicet hodie capitali supplicio addicti testari possint tanquam probabiliorem & benigniorem amplectitur, *Viglius in*§.*sed hactenus num.*9.*suprà de milit.testam. Heigius in præsenti* §. *num.*5. *& seqq. Salicet.in authent.sed hodie num.*2.*C.de donat.inter viror.& uxor. Ioannes Igneus in l.*1.§.*qui sibi.num.*108.*ff.de SC. Silanian.Wesenbecius in paratit.ff.qui testament facere possunt num.*13.*Matth.Colerus.decis*34.*num.*3.*& seq. Kubach.centur.*3 *quæstion.illustr. politico-juridic. decur.*10,*quæst.*4 *pag.*920.*cum seq.Petr.Greger.lib.*42. *syntagmat.cap.*8.*num.*11.*Forster.lib.*2. *disput.*12.*thes.* 14. *Hackelman.disput.*16.*thes.*4 *liter.S. Nebel disput.* 19.*th.*2.*liter.b. Scheck.in delibat.jur. disput.*9.*thes.* 47. *Matth.Stephani.centur.*2.*quæst.*54.*liter.a.Iulius Clarus libr.*3..*sentent.*§.*testamentum,quæst.*21. *nu.*1. *vers. bene verum est, &c. ibique ego in meis additionib. num.*2.*cum seq. Althusius lib.*1.*dicæolog.cap.* 45.*num.*14.*vers.prohibentur etiam,&c. pag.*164.*& alii.* Cùm enim novissimo jure nemo propter deli- 13
ctum, quantumvis atrox, pœnæ servus efficiatur. *d. Authent.sed hodie C. de donationib.inter viror.& uxor. Novellar.*22. *cap.*8.*& plurib. ostensum ad* §.1, *num.*6 *& seqq.suprà de cap deminut.* & damnatum propter aliquot crimen publicatio bonorum non committetur, excepto maiestatis crimine. *Authent.bona. damnatorum. C. de bonis proscriptor. seu damnator. Novell.*134.*cap.ult.circa finem.* mutatâ & cessante ratione juris veteris, quæ damnatis ad mortem testamenti factionem adimebat ; non malè asseritur, ita damnatos hodie testamentum facere posse, *argum. cap cùm cessante.*60.*ext.de appellat.cap.fin.ext.de vita & honestate clericor.l.si chorus* 79.§.*penult. & §. ult.ff de legat.*3.*& similium.*

Non obstat, quòd licèt damnatus ad ultimum sup- 14
plicium jure novissimo servus pœnæ ampliùs non fiat, atque adeò liber maneat : nihilominus tamen civitatem perdat, & civis Romanus esse desinat. *d.*§ 1. *suprà de cap deminut.* Quisquis autem civis Romanus non est, facultate testandi destituitur, *argum l.*1.*ff. ad leg.Falcid.* Non, *inquam*, illud obstat. *Etenim* damnatum ad ultimum supplicium jure quidem veteri, unà cum amissione libertatis, civitatem quoque amittebat : verùm non principaliter, & per se, sed in consequentiam servitutis, in quam propter damnationem redigebatur, Cùm enim damnatus efficeretur pœnæ servus : ex eo secundùm jus civile pro mortuo & nullo habebatur. *l. quod attinet.*32 *ff.de reg.jur.* & propter servitutem pœnæ, jus etiam civitatis in consequentiam amittebat. Vnde convenienter concluditur : cùm Iustinianus Imperator servitutem pœnæ à damnatis ad mortem sustulerit, eum amissionem quoque civitatis, in consequentiam sustulisse : ac proinde damnatum ad ultimum supplicium non tantùm libertatem, sed & civitatem hodie retinere : cùm omnes liberi homines, in Orbe Romano degentes, ci- 15
ves Romani existimentur, *l. in Orbe.*17.*ff.de stat.homin.*

min. Cùm igitur ad ultimum supplicium damnatus libertatem & civitatem hodie retineat: nihil amplius in illo invenitur, ob quod à testamenti factione repelli queat. Tritissima quippe & certissima juris est do-
16 ctrina: quòd sublato antecedente, intelligatur etiam sublatum esse, quod illud necessariò sequitur: & quòd destructo fundamento, corruant omnia, quæ ex eo derivantur. *argum. l. 1. §. 1. ff. si usufruct. petit. l. 3. §. qui habet. 3. ff. de servitutib. prædior. rusticor. l. si superatus. 3. & l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypothec. l. 2. ff. de administrat. & pericul. tutor. l. nam & si. 5. ff. de injustit. rupt. irr. fact. testament. l. si fundus. 81. §. qui fundum. 3. ff. de legat. 1. l. Antæus 14. in fin. cum l. seq. ff. de acquir. & aqua pluv. arcend. l. illud. 77. ff. de acquirend. vel omittend. heredit. l. quacunque. 11. & l. obligationes. 27. ff. de obligationib. & actionib. l. egi. 26. ff. de except. rei judic. l. nam origo. 8. ff. quod vi aut clam. l. Labeo. 17. ff. quemadm. servitut. amitt. can. miramur. 4. distinct. 61. can. principatus 25. & can. cùm Paulus 26. caus. 1. quæst. 11. Cravett. cons. 941. num. 11. & 22.*

17 Nec item adversatur, quòd dissentientes autumant, ne quidem hodierno jure hac in parte aliquid immutandum: quia cessante bonorum publicatione, ipso jure ad ascendentes vel descendentes, id est, parentes vel liberos, bona damnatorum transferantur: sicque iis adimantur. *Nam* libertatem, & consequenter etiam civitatem condemnatis salvam & integram manere, satis patescit *ex modo traditis, & dict. Authent. sed hodie. C. de donat. inter viror. & uxor. & dict. Novellar 22. cap. 8. junct. dict. §. 1 suprà de cap. deminut. & iis, quæ ibi notavimus.* Et quod ad liberos, vel parentes, bona devolvi dicuntur: non impedit, quò minùs condemnati, facto testamento, aliam bonorum suorum divisionem faciant, relictâ tamen parentibus & liberis legitimâ. Siquidem dispositionem istam tantùm ab intestato obtinere: & uti benigniorem, non solùm in liberorum, sed & condemnatorum commiserationem proditam esse, colligi videtur *ex dict. Novellar. 22. cap. 8.* & docet Heigius *hic num. 8.* ubi addit, hanc opinionem constitutione Electorali 6. *part.* 3. esse approbatam. Idem testatur Ioachimus à Beust. *in l. admonendi. 31. nu. 494 ff. de jurejurand.* & Daniel Mollerus *in Commentar. ad institut. Saxon. part. 3. constitut. 6. num. 1. & seq.* Adde D. Besoldum *in delibat. jur. ex lib. 28. ff. quæst. 2. pag. 102.*

18 Vnde dependet decisio quæstionis: num damnatus ad perpetuos carceres testamentum facere possit? Et posse, communiter receptum est: tum quòd servus pœnæ non efficiatur *dict. Authent. sed hodie. C. de donat. inter viror. & uxor.* tum quòd bona sua non amittat. *dict. Authent. bona damnatorum C. de bon. pro script. seu damnat.* tum quòd jus civitatis retineat; cùm in libertate genuinâ maneat *dict. l. in orbe. 17. ff. de stat. homin.* tum etiam quòd jure civili nemo ad
19 perpetuum carcerem damnari possit: adeòque hujusmodi sententia condemnatoria, utpote contra jus manifestissimum prolata, ipso jure nulla sit: & consequenter nullum effectum producere queat, *l. aut damnum. 8. §. solent. 9. ff. de pœnis. l. incredibile. 6. C. d. tit. Iulius Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quæstion. 23. Covarruv. ad rubric. de testament. part. 3. num. 27 Marant. in l. si petest. 18. ff. de acquir. vel amitt. heredit. num. 112.* Sanè si quis ob ejusmodi crimen perpetuo carceri sit mancipatus, ex quo publicatio fit bonorum, & quis instabilis redditur: tunc nullo modo eum testari posse, verius esse censetur: cùm nec bona is habeat, de quibus testetur: ut, *post Philippum Francum in rubric. de testament. vers. duodecimò quæritur. &c. & Simon. de Prætis. libr. 2. de interpretat. ult. volunt. dub. 1. fol 4. num. 84.* tradit Nicolaus Reusner. *dict. tract. de jur. testament. part. 2. cap. 40. num. 4.* & Petrus Gregorius *dict. libr. 42. syntagmat. cap. 8. num. 12.* Plures pro utraque opinione citat Petrus Gilkenius *ad l. 2. numer. 11. Cod. qui testament. facere possunt.*

Præterea hæreticis, & his credentibus testandi facultas adempta est. *l. Matthæus. 4. §. ergò. 5. & Authent. credentes. C. de hæreticis & Manichæis.* Hujusque præcipua ratio est; tum criminis ipsius atrocitas, cujus injuria ad omnes pertinet: unde & publicum crimen dicitur. *dict. l. 4. §. 1 C eodem.* tum omnium bonorum publicatio. *dict. l. 4. §. 1. C. dict. tit. latè, post alios, Dauthius in tractat. de testament. tit. qui testament. facere possunt. num. 242. & seqq.* Illisque non immerito ab hominibus sua bona auferuntur, qui Majestati divini honorem debitum detrahere non reformidârunt. *Authent. Gazaros. C. de hæreticis, &c.* Si tamen pater hæreticus inter liberos orthodoxos testamentum fecerit, id sustinetur, *per textum expressum in Novellar. 115. cap. 3. §. si quis de prædictis. 14 vers. generalem autem providentiam &c. & Novellar. 144. cap. 1. Reusnerus dict. part. 2. cap. 46. num. 20. & seq.* Quemadmodum autem hæreticis, ita & apostatis lege adempta est testamenti factio, tam passiva, quàm activa, *uti loquuntur:* adeò, ut non modò ipsi testamentum facere nequeant (Nam nec bona habent, de quibus testari possint: quippe quæ ipso jure confiscata intelliguntur. *cap. cùm secundùm. 19. extr. de hæretic. in 6.*) sed & nemini in hereditate succedant: ac insuper à testimoniis dicendis repellantur. *l. hi, qui sanctam. 3. & l. seq. C. de apostatis. Bonifac. de Vitalib. in tract. de maleficiis. sub rubric. de apostatis num. 2.*

Manifestum insuper usurarium seu fœneratorem testari non posse, nisi cautione de restituendis usuris priùs præstitâ, apparet *ex cap. quanquam. 2. circa finem. ubi Ioan. Andrea & Canonistæ ext. de usur. in 6. & ad hanc rubric. latissimè Philipp. Franc. vers. decimoseptimò prohibetur. &c. Iulius Clarus dict. §. testamentum. quæstione. 26. Vasquius de success. progress. lib. 1 §. 1. num. 178. Covarruv. ad rubric. de testament. part. 3. num. 11. & lib 3. variar. resolut. cap. 13. num. 9. Ioannes Dauthius in tractat. de testament. num. 249. aliique plurimi per eum congesti.* Ratio ejus est usuræ ipsius fœditas & labes maxima: quæ sanè tanta est; ut, *secundùm canone 1,* reo istius criminis non tantùm sepultura Ecclesiastica denegetur: sed & præ-

prætereà is excommunicetur, adeòque planè intesta-
bilis reddatur, *d. cap. 2. in princip. d. tit. Clement. 1. de se-
pult. Portius in hoc tit. num. 22. & Panormitan. cons.
1. lib. 2. eiq; citans Reusner. d. part. 2. de testam. cap. 47*
23 *num. 2.* De eo non immeritò dubitatur: an mercator
qui merces cariùs vendit, si solutio differatur, quàm si
in præsenti pecunia numeretur, pro manifesto usura-
rio haberi debeat; ita ut in crimen pravitatis usurariæ,
adeòque in pœnam *d. cap. 2. de usur.* quo testamen-
tum usurarii irritum esse statuitur, incidat? Et illum
incidere, sicque tanquam manifestum usurarium te-
stari non posse, volunt *Panormitan. cons. 22. lib. 1. &
Andreas Siculus cons. 67. col. 5. lib. 2.* Sed contrarium,
saltem consuetudine ita dictante, verius propterea es-
se videtur: tum quòd pœna isthæc odiosa sit, & aufe-
rat hominibus testandi libertatem, quæ omni jure
concessa est. *l. 1. C. de SS Eccles. & similib.* tùm quòd
Reipubl. maximè intersit, ut testamenta suum sortian-
tur effectum, *leg. vel negare. 5. ff. de testament. quem-*
24 *admodum aperiant.* Sicuti & aliàs celebrans contra-
ctum, qui communiter pro licito habetur, quamvis
alioquin iste contractus usurariam sapiat pravitatem,
non idcircò tamen usurarius manifestus dicitur, *ar-
gum. l. quis sit fugitivus. 17. §. apud Labeonem. 12 ff.
de ædilit. edict. Decius in l 1. num. 17. vers. sed certè ista
conclusio, &c. & in leg. procurator. 7. num. 7. C. de*
25 *edend.* Siquidem contractus ex consuetudine judi-
catur licitus & permissus, *argum. l. quid ergò. 3 §. 1. ibi,
vel his, quæ in regione observantur ff de contrar &
util. act. tutel. l. tutor, qui repertorium. 7. §. quæ au-
tem sunt. 10. vers. ex cæteris causis secundùm morem
provinciæ. ff. de administrat. & pericul. tutor. leg. cùm
servus. 39. §. apud Iulianum. 1 vers. in usurarum autem
quantitate mos regionis erit sequendus. ff. de legat. 1.
l. 1. in princip. ibi, ex more regionis & l. & in contra-
ria. 37. ibi, quæ in regione frequentantur. ff. de usur.
Roland. à Valle cons 75. num. 45. libr. 1. & cons 96.
num 16. libr. 2.*

26 At quid de Iudæo statuendum; num & is legiti-
mum facere testamentum poterit? At sanè Iudæum
testamenti factione jure nostro haud repelli, non o-
mninò ineptè quispiam dixerit. Nulla enim lex est,
nullaque constitutio, quæ Iudæum à testamenti con-
dendi facultate exclusum esse, pronunciat. Atqui ex-
ploratum est, & tralatitium: regulariter omnes ad te-
standum idoneos censeri, quibus testamenti factio le-
gibus prohibita non reperitur. *argum. l. mutus. 43. § 1.
ff. de procuratorib. l. cum quæritur. 12. §. 1. ff. de judic.*
Accedit, quòd ex *l. jussio. 1 C. de judæis & cœlicol. l.
spadonem. 15 §. jam autem, 6. ff. de excusationib. tutor.
& similib.* evincitur: Iudæos juris civilis in omni-
bus capaces esse. Ex quo non obscurè colligitur:
quòd illi etiam testamenti factione utantur. Quan-
doquidem testamenti factio aut juris gentium est, aut
juris civilis. Si juris gentium est: proculdubio Iu-
dæis competit, utpote qui omnium, quæ juris sunt
gentium, capaces censentur. Si verò juri civili testa-
menti factio adscribitur: utique etiam Iudæi, qui se-
cundùm jura modò allegata, fruuntur jure civili, testa-
menti condendi facultatem habebunt. *Cæterùm te-
stamentum, cujus juris sit, abundè explicatum est ad
princip. tit. supr. de testam. ordinand. num. 62. & mul-
tis subsegq.*

Illi sententiæ non adversatur, quòd usurarius mani- 27
festus facultate testandi sit destitutus. *dict. cap. quan-
quam. 2. ext. de usur. in 6. & expositum. supr. num. 22.*
Iudæos autem plerosque usurarios esse, & usurariam
pravitatem exercere, quotidiana testetur, confirmetq;
experientia. *Nam respondetur:* in Iudæis usurariam
pravitatem non esse culpabilem: cùm notoria totius
Germaniæ consuetudine receptum sit: Iudæis usuras
exercere non interdictum, sed potiùs permissum esse.
Videatur, *post alios,* Reusn. *d. part. 2, de jure testamen-
tor. cap 47 num. 16.*

Non item obstat, quòd Iudæus à testimonii dictio- 28
ne testamentaria repellatur. *l. quoniam 21. C. de hæreti-
cis. can. non potest. 23. caus. 2. quæst 7* ac proinde multò
magis testamenti factio ei adempta censeatur. Plus si-
quidem esse videtur, testamentum conficere, quàm te-
stem in testamento adhiberi. *Non,* inquam, *hoc obstat.*
Haud enim sequitur: hic vel ille non potest esse testis in 29
testamento, ergo etiam testamentum facere non po-
test. Videmus namque, quòd periurus, tanquam per-
sona infamis, non possit testis in testamento adhiberi;
& tamen testandi facultate, minimè privetur, *ut osten-
dimus infr. num. 36.* Sic generaliter infames à testimo-
niis, etiam testamentariis, arcentur: & tamen testa-
mentum condere non prohibentur, *ut fusiùs declara-
vimus infr. nu. 33. & seqq.*

Pariter nihil movet textus *in l ult C. de Iudæis.* ubi 30
cùm omnis omnino administratio Iudæo interdicta
sit: inde colligi posse videtur, à testamenti factione Iu-
dæum exclusum esse; quoniam qui testamentum fa-
cit, bonorum suorum administrationem gerit. *Etenim*
responsio parata est ex ipso textu, qui perspicuè loqui-
tur de administratione, ratione publici officii alicui
competente: & sic vult ille textus, Iudæum nullam
administrationem, publici officii ratione, habere pos-
se. Quemadmodum enim Iudæus, propter infamiam,
à publicis removetur arceturq; officiis, sic ab admini-
stratione, quæ à publico officio dependet, excluditur.
Verùm quemadmodum Iudæus bonorum suorum
administrationem privatam habet: ita etiam de bonis
suis pro libitu testari potest: quippe cùm testamentū
facere, bonorum administrationem concernat, *arg. l.
is, cui. 18. ff qui testam. fac. poss. junctâ l. is, cui. 6 ff. de
verb. obligat.*

Porrò cùm impuberes testari nequeant, *ut suprà* 31
§. 1 hoc tit intellectum est: idem quoque de eunuchis
dicendum videbatur: propterea quòd isti non pu-
bescant: imò quòd, *teste Lampridio,* Alexander Se-
verus illos neque puberibus, neque impuberibus ad-
scriberet; sed tertium quoddam genus hominum
diceret. Verùm hac dubitandi ratione non obstante,
Constantinus Imperator illis etiam testandi prærroga-
tivam indulsit, *leg. eunuchis. 5. C. qui testam. facere poss.*
Idque eâ decidendi ratione: quòd in eo, qui testatur,
integritas mentis, non sanitas corporis exigenda sit: &
corporis debilitas ea, quæ animi judicio peraguntur,
impedire non debeat *l. 2. ff. d. tit. l. 2. §. quem ita. 7.*

vers. corporis debilitas. ff. de vacat. & excusat. munerum. Duaren. ad d. tit. ff qui testam fac. possunt. sub rubr. de his, qui testam. fac. poss. vers superius diximus. &c. fol. mihi 424. Tametsi Cujac. *lib. 17 observ. cap. 24.* textum *in d. l. eunuchis 5. C. d. tit.* ad cubicularios Principis referentem existimet: cui expositioni textûs generalitatem parùm favere, rectè monet Joannes Dauthus *d. tract. de testament. sub tit qui testam. fac possunt num 263.*

32 Quod autem eunucho modò dictum est, cum testamentum facere posse: idem statuendum esse de eo, qui manus vel in rixa & conflictu, vel supplicii causa amisit, Paulus respondit *l. qui manus. 10. ibique Bartolus & Baldus. ff. qui testam. facere poss.* Quanquam enim nomen heredis testatoris manu scribendum est: ut sit manifestum, secundùm testatoris voluntatem esse transmissam hereditatem: hoc tamen ita demùm verum est, si literarum is peritus sit, & vires ad scribendum habeat. *l. jubemus 29. in princ. C. de testam.* Quòd si verò vel ex morbi acerbitate, vel literarum imperitia hoc facere minimè possit, sufficiat eo casu, nomen heredis à testatore nuncupatum saltem, vel testium, vel cujuslibet alterius manu inscribi, *d. leg. jubemus 29. cum Auth. seq. C. eod. Reusner. d. part. 2. de jure testam. cap. 20. num. 3.*

33 Quæritur de infami, an testamentum facere possit? Et posse, Inter omnes convenit, *Bartol. Baldus & Castrens. in leg. is, cui. 18. §. si quis ob carmen 1. ff. qui testamenta fac possunt Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quæst. 25. Grassus in §. testamentum. quæst. 32. Emanuel. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. I. nu. 59. Matthias Stephani cent 2. quæst 54 ad lit b. Duaren. sub d. rubr. de his qui testament. fac. possunt. vers nunc videndum est de iis, &c fol mihi. 425. Panormitan. in rubr. de testament. num. 8. Dauth d. tit. qui testamentum fac possunt. num. 265.* Hujusque communis sententiæ multiplex affertur ratio. Tum quia nulla lex reperitur, quæ specialiter prohibeat infamem testari. Ergo ei permissam esse testamenti factionem, affirmandum est. *argum. l. 1. §. 1. ff. de testib. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procuratorib. l. cùm prætor. 12. ff. de judic. l. qui accusare 8. ff. de accusationib.* Tum quia in confesso est: infamem neque civitatem, neque libertatem, propter infamiam amittere, nullamque capitis diminutionem pati. Atqui regulariter omnes, qui cives Romani sunt, testandi facultatem habere, constat *ex d. l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Cives autem Romani esse intelliguntur. quicunque in orbe Romano sunt. *d. l. in orbe. 17 ff. de stat. homin.* Tum quia IC. Cajus *in prædicta leg. eius. qui. 8 ff testament. facere possunt.* anxiè & scrupulosè docet, variis exemplis in medium productis, qui ob pœnam & crimen, vel conditionem amittant testamenti factionem: & tamen non meminit eorum, quibus infamiæ nota inuritur. Tum quia relegati existimatio apud omnes diminuta est. *l. cognitionum. 5. §. minuitur. 2 ff. de variis. & extraord. cognitionibus.* & tamen relegatus testamenti faciendi jus retinet. *d. l. eius. qui. 8. §. sed relegati. 5. ff. qui testament facere possunt. & indicatum suprà num. 8.* Tum

34 quia *in l. 1. C. de secund. nupt.* ab Impp. Gratiano, Valentiniano & Theodosio rescriptum est: mulierem, quæ intra annum luctûs secundo nupsit, infamem fieri; & præterea hac pœnâ plecti, ut ultra tertiam partem bonorum suorum, non possit marito secundo testamento relinquere? Quibus verbis manifestè ostenditur, eam posse testamentum facere, modò tertiam partem bonorum suorum legando non excedat. Tum postremò, quia à militia ex causa ignominiosa dimissus, infamis est; & privilegium militare amittit. *l. 1. & 2. ff. de his, qui notant. infam.* & tamen jure communi testari non prohibetur. *l. testamenta. 26. ff. de testamento. militis.*

Isti verissimæ sententiæ, quâ asseritur, infamem de bonis suis testandi facultatem habere, non obstat. *d. l. is. cui 18. §. 1. ff. qui testament. facere possunt.* ubi cùm damnatus ob carmen famosum, à se compositum testari prohibeatur: inde concludendum videtur, infamem nullo modo testamentum condere posse. *Etsi* enim ob carmen famosum damnatus proculdubio infamiâ notatus est: testamenti tamen factio ei non interdicitur propter infamiam, quâ laborat; sed propter odium ipsius criminis, per se considerati: ac propterea interdictio facultatis testandi non est pœna infamiæ, sed pœna libelli famosi. Fuit etenim crimen istud in Republica Romanâ admodum grave & exosum, variisque pœnis punitum, uti videre licet *ex l. ob carmen. 21. in princip ff de testib. l. lex Cornelia. 5. §. si quis librum 9. cum l. seq ff. de injur. l. unic. C. de famos. libell & novâ constitutione criminali Imperatoris Caroli V. artic 110.* Ex quibus locis patet, auctores carminum & libellorum famosorum non modò intestabiles esse; sed etiam pœna talionis, aliisque gravibus suppliciis coerceri. Certum itaque est; contrariam argumentationem, *ex d. l. is, cui. 18. §. 1 ff. qui testament. fac. possunt.* desumptam, laborare fallaciâ secundùm non causam, ut causam: dum prohibitio testandi ascribitur infamiæ conficientis carmen famosum: cùm tamen illa magis ex ipso delicto, quàm ex infamia proficiscatur. 35

Similiter non adversatur, quòd manifestus usurarius, qui & ipse infamis est, à testamenti factione arcetur, *cap. 2. ext. de usuris in 6. & annotatum supr. nu. 22. & 27.* Nam hæc objectio eodem, quo præcedens, tollitur modo. Quòd enim usurarius est instabilis, non contigit propter infamiam, quâ gravatus est; sed propter criminis pravitatem & odium: ita ut pœna instabilitatis non tam infamiæ, quàm usurariæ pravitati irrogetur. Atque hinc infertur: perjurum, licèt infamis sit. *l. si quis major 41. C de transactionib. can. infames. 17. & can. quicunq. 18. caus. quæst. 1. cap querelam. 10 ibiq. gl. super verbo. prajuri ext. de jurejurand* tamen testamentum facere posse: quandoquidem nulla lege constitutum est, quòd infamis ex hoc ipso, quod infamis est, à testamenti factione repellatur. Pari ratione furti & injuriarum damnatus, non obstante infamiâ, rectè testabitur, *per notata Ioannis Andreæ in cap. quod semel. 21. num. 9. de reg. jur. in 6. & Reusneri d. part. 2. de jure testament. cap. 49. num 4.* 36

Etsi porrò de rebus alienis nemo testari possit. *L. Scitum-* 37

ficiuntur. 8. §. *si post factum.* 3. *ibi,* & *de alienis quodam*
modo rebus testatur. ff. de jure codicill. l. cùm pater. 77.
§. *mando.* 24. *ff. de legat.* 2. *l. verbis,* 120. *ibi, legasset sua*
rei. ff. de verb. signif. Auth. ingressi. Cod. de sacrosanct.
Eccles. & res communis mea non sit. *leg. in tantum.* 6.
§. 1. *ff. de divis. rer. leg. sed si hac* 10. §. *qui manumittitur*
4. *ff. de in jus vocand. l. per fundum.* 11. *ff. de servit. prad.*
rustic. nihilominus tamen jure cautum extat, quòd
societas sive communio omnium bonorum nihil im-
pediat quò minùs alter de re communi testamentum
38 facere possit. *l.* 1. *Cod. qui testamenta fac. poss.* Estque
ratio satis aperta: quoniam res communis mea esse
intelligitur, quoad dispositionem meæ partis. *l.* 1. & 2.
ff. commun. divid. l. servi electione. 5. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l.*
duo fratres. 78. *ff. de acquirend. vel omitt. heredit.* latè
Dauth. *d. tract. de testament. sub rubr. qui testam. fac.*
poss. num. 260. & Gilkenius *ad dict. l.* 1. *Cod. qui testam.*
fac. poss. numero. 2. & *seqq.* ubi ad contraria respon
det.
39 Adhæc in quæstionem vocari solet: utrùm testa-
mentum illius, qui metu ultimi supplicii ob aliquod
admissum flagitium sibi mortem conscivit, subsistat?
Et testamentũ istud minimè subsistere, sed irritum fie-
ri, multis legibus expressum atque decisum est. *l. si quis*
filio. 6. §. *ejus, qui.* 7. *vers. quòd si quis. ff. de injust. rupt.*
irr. fact. testament. l. in fraudem 45. §. 2. *ff. de jure fisci.*
l. bovem. 43. *mortis.* 4. *ff. de adilic. edict. l.* 3. *vel ultim. ff.*
de bon. eor. qui ant. sent. mort. sibi consciv. l. 1. & 2. *C. e-*
40 *od. l.* 2. *C. qui testam. fac. poss.* & *similibus.* Cujus sanè
rei non obscura ratio est: tum quia seipsum interficien-
do ante sententiam condemnatoriam quispiam non
solùm pro confesso & convicto criminis, sed planè et-
iam pro condemnato habetur. *dict. l. ultim. in princ. v.*
sed conscientia metu. ff. de bon. eor. qui ant. sent. mort. si-
bi consc. Cynus, Decius, Iason, Alexand. & *communiter*
Dd. in d. l. 2. *C. qui testam. fac. poss.* Didac. *Covarruv.*
41 2. *variar. resolut. cap.* 1. *num. ult. ad finem.* Tum quia
is, qui manus violentas sibi intulit, nulla ampliùs ha-
bet bona, de quibus testari possit: cùm ejus bona o-
mnia fisco vindicentur. *dict. l. ultim. in fine principii.* &
§. 1. & 3. *ff. de bon. eor. qui ant. sent.* &c. Tum etiam,
quia hoc casu scelus scelere, flagitiumque flagitio cu-
mulari videtur. Prius enim testator iste facinus ulti-
mo supplicio dignum admisit: quo facto, graviore se
scelere inquinavit, dum sibi ipsi mortem intulit. Eaque
42 de causa veteres sui interfectoribus neque parentabant,
neque justa faciebant: quinimo carnificis loco ii ha-
bebantur, & in crucem tollebantur: & perpetua in-
famia notabantur; adeò, ut ne à conjuge quidem su-
perstite lugeri possent. *l. liberorum.* 11. §. *non solent.* 3. *ff.*
de his, qui notant. infam. Vnde etiam nostris moribus
receptum est: ut sepultura non humana, nedum eccle-
siasticâ, sed caninâ vel asininâ afficiantur, qui sibi ipsis
voluntariè, aut per ferrum, aut per venenum, aut per
præcipitium, aut per suspendium, vel quolibet modo
mortem inferunt. *can. placuit.* 11. *caus.* 23. *q.* 5. *Menoch.*
lib. 2. *de arbitr. jud. cent.* 3. *cas.* 384. *num.* 39. *Iodoc.* Dam-
houder. in prax. rer. crim. c. 88. *num.* 5. *Sichard. in d. l.* 2.
num. 2. *C. qui testam. fac. poss. Carrer. in tractat. crim.*
in 13. *tract. de homicid.* & *assassin.* §. *modo hic numer.* 5.
Prosper Farinac. in prax. crim. quæst. 128. *de homicid.*
titulo decimo quarto. part. prim. numero. 16. *ubi plu-*
res citat. In tantum autem testamentum ejus, qui 43
metu pœnæ aut supplicii sibi conscivit mortem, non
valet: ut ne quidem militis, si ob conscientiam delicti
militaris mori magis, quàm damnari maluit, ratum sit
testamentum. *dict. l. si quis filio.* 6. §. *ejus, qui.* 7. *vers.*
nam eorum & *vers. quam distinctionem. ff. de injust.*
rupt. irr. fact. testam. l. ejus militis. 34. *in pr. ff. de test.*
milit. Cæterùm decisio isthæc, quâ dicitur, testamen- 44
tum illius, qui se ipsum vita privavit, irritum ac nullius
momenti esse, haud procedit in eo, qui post testamen-
tum factum non metu pœnæ, aut conscientiâ criminis
sed tædio aut fastidio vitæ, aut pudore æris alieni, vel
valetudinis adversæ impatientiâ, aut furoris rabie qua-
dam, & impotentiâ mentis mortem sibi conscivit. Hic
etenim in ea causa est, ut testamentum, quod antea fe-
cit, firmum maneat. *d. l. si quis filio* 6. §. *ejus, qui* 7. *vers.*
quòd si quis tadio. cum vers. seq. ff. de injust. rupt. irr.
fact. testam. d. l. ultim. §. *si quis autem tadio.* 4. & §§.
seqq. ff. de bon. eor. qui ant. sent. mort. sibi consciv. dict. l.
1. & 2. *C. d. t. d. l. in fraudem.* 45. §. 2. *ff. de jure fisc. l.* 1. §.
si quis 23. *ff. de SC. Silanian. dict. l.* 2. *C. qui testam. fac.*
poss. l. factum 12. *C. de accusat. Paul. lib.* 5. *sent. recept. in*
pr. Farinac. d. q. 128. *de homicid. t.* 14. *num.* 71. *Peregr.*
lib. 4. *de jure fisc. t.* 4. *num.* 1. & *seq.* Quò pertinet et-
iam novella constitutio criminalis Imp. Carol. V. *art.*
135 cujus hæc verba sunt: Wann jemand beklagt/ vnd
in Recht erfordert oder bracht würde von sachen we-
gen/ so er/ der vberwunden sein Leib vnd Gut verwir-
ket hette vnd auß Forcht solcher verschuldter Straff
sich selbs ertödt/ deß Erben sollen in diesem Fall/ sei-
nes Guts nit fähig oder empfänglich/ sondern solch
Erb vnd Güter der Oberkeit/ der die peinlichen
Straff/ Buß vnd Fälle zustehen/ heimgefallen seyn.
Wo sich aber ein Person außerhalb obgemelter of-
fenbahren Vrsachen auch in Fällen/ da er sein Leib
allein verwircket/ oder sonst auß kranckheit deß leibs/
Melancholey/ Gebrechlichkeit jhrer Sinn/ oder an-
der dergleichen Blödigkeiten sich selbs ertödtet/ dersel-
ben Erben sollen deßhalben an jhrer Erbschafft nit
verhindert werden/ &c.
Sed & illud non ignorandum: testamentum ejus, 45
qui jactationis causa, vel vanâ gloriâ contemptûs vitæ
sibi necem conscivit, haud infirmari, sed ratum nihilo-
minùs esse. *d. l. si quis filio.* 6. §. *ejus, qui* 7. *vers. quòd si*
quis tadio ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. dict. l. ultim.
§. *si quis autem.* 4. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. mort. sibi*
consciv. Idque ex Philosophis quosdam fecisse legi-
mus: ut Empedoclem, Cleanthem, Chrisippum, Zeno-
nem, Democritum, Catonem Vticensem, Cleombro- 46
tum, Ambrachiotem, Calanum, & plures alios, de qui-
bus videantur *Cicero lib.* 1. & 5. *Tuscul. q. Tiraquell. in*
tract. de nobilit. cap. 31. *num.* 312. *Alciat. libr.* 4. *parerg.*
jur. cap. 4. *Petrus Placa. libr.* 1. *Epitom. delict. c.* 23. *Me-*
noch. d. lib. 2. *de arbitr. jud. cent.* 3. *cas.* 284. *num.* 2. *cum*
seqq. Dionys. *Gothofred. ad d. l. ult.* §. *si quis autem tadio*
4. *super verb. vel alio modo ff. de bonis eorum, qui ante*
sententiam, &c. Quin & in sacris literis extat exemplũ
Raziæ cujusdam seipsum occidentis, & ob id appro-

Lll 3 batio-

bationem hominum , applausumqve non exiguum
merentis.*libr 2. Machab.cap.14.ver.37. & seqq.* Vbi
bene Andreas Osiander, ex patre suo Luca Osiandro,
seqventia verba *ad vers.42.* annotavit: *Etsi autem hoc
Razia factum videtur habere speciem fortitudinis,
quod vitam ipse sibi abrumpere , quàm impiorum
militum ludibrium, fieri maluerit; & exitus è vita
videtur pius fuisse; tamen factum ipsum haudqua-
quam laudari potest. Repugnat enim mandato divi-
no:*Non occides *Et hominis desperantis magis, quam
fortis est. seipsum perimere. Alia tamen est ratio homi-
num, qui ex melancholia & errore mentis tale quid
faciunt.*

47 Verùm magna est, & satis impedita controversia: si
qvis post testamentum factum sibi ipsi cruentas ma-
nus intulit, nec constat; vtrùm conscientiâ criminis &
metu vltimi supplicii , an alia ex causa, ob qvam te-
stamentum non infirmatur, semetipsum interfecerit:
num hoc casu fisco , bona illius tanqvam commissa
vindicanti, an verò heredibus institutis probatio in-
cumbat, qvòd non conscientiâ criminis , nec metu
pœnæ, sed ex impatientia doloris, aut tœdio vitæ, vel
jactantiâ qvadam & contemptu vitæ semetipsum tru-
cidaverit? Et qvicqvid nonnulli dicant: verior est sen-
tentia existimantium, probationem fisco incumbere
affirmanti, interfectum mala conscientiâ criminis, &
metu vltimi supplicii sibi ipsi manus intulisse, *per tex
tum in d.l.3.(vel ultim.)§ fin.ff de bon.eor. qui ant.
sent mortem sibi consciv.* vbi Marcianus ait: nec pri-
ùs bona in fiscum cogenda esse, qvàm si de crimine fu-
erit probatum item *per textum in dict.l. in fraudem.
48 45.§.2 ff de jure fisci.* vbi Paulus ita respondit: *ejus
bona, qui sibi mortem conscivit, non ante ad fiscum
coguntur, quam priùs constiterit, cuius criminis gra-
tia manus sibi intulerit* Hisce vtriqve verbis onus pro-
bandi in fiscum non obscure conjectum esse videtur.
Præterea qvandocunqve inter duos controvertitur:
vtri ex illis probationis onus incumbat; regula juris
dictat, eum onere probationis prægravandum esse, qvi
præsumptionem juris contra se habet. *l. generaliter.
24.§ sed & si ita 8 ff.de fideicommiss.libertat. l. ultim.
in princ ff quod met. caus.l. nuptura. 57. in fine. ff de
iure dot.l si chirographum.24.& l.cùm de indebito.25.
in princip.ff de probationibus. l.si ve possidetis. 16. C.e-
od.c.ex insinuatione 3.in fin. glos.super verb. probare.
ext. de procuratorib.* etiamsi illa præsumptio non esset
legis, sed hominis tantùm *per tradita Menochii libr.1.
præsumption. quæst.33 in fin.* Atqvi in præsenti specie,
vbi videlicet testator post testamentum conditum se-
49 metipsum jugulavit, magis est præsumptio contrà fi-
scum; qvod nullius sceleris conscientiâ , nec metu vlti-
mi supplicii , sed potiùs impatientiâ doloris, vel tæ-
dio vitæ , similive causa id testator fecerit. Nam
qvandocunqve illicite factum ita comparatum est, vt
vel graviori, vel leviori noxâ perpetrari potuerit: præ-
sumitur potiùs leviori delicto; qvàm graviore factum
50 fuisse: qvoniam ex duobus malis , minus eligendum
est.*can.duo mala.1.Distinct.13.can. David. 5. & can.si
aliquid.6.caus.22 quæst.4.* Iam verò dubium non est
ullum, qvin gravius sit delictum; conscientia alicu-
jus criminis & metu vltimi supplicii, semetipsum usu-
râ hujus lucis privare, qvàm impatientiâ doloris , vel
tædio vitæ id ipsum facere. Conseqvens igitur est: con-
tra fiscum stare præsumptionem, qvòd interfector sui
ipsius, potiùs impatientia doloris, aut tædio vitæ, vel
simili causa, qvàm conscientia criminis & metu pœnæ
istud fecerit. Ideoqve fisco potiùs, qvàm scripto he-
redi, onus probandi contrarium incumbit.

Neqve adversatur textus *in d.l.2. C.qui testamenta* 51
fac.poss ex qvo ostendi posse videtur, qvod isthæc pro-
batio ab instituto herede exigatur, dum hæc verba
infert: *ejusq. innocentia liquidis probationibus com-
mendari potest à te.* Etenim Accursii ibidem, Cyni ,
Philippi Decii, Alexandri, Alberici de Rosate, alio-
rumqve qvorundam responsionibus repudiatis, illa
mihi arridet: qvòd textus *dicta l.2.* qvatenus here-
dem institutum gravat onere probandi innocentiam
testatoris , qvi semetipsum interemit, accipiendus sit
de tali specie, vbi contra interfectorem sui ipsius. præ-
sumptiones qvædam criminis perpetrati militabant:
veluti, qvòd criminis jam accusatus, post accusationem
institutam manus lethales sibi intulerit. Qvo sanè ca-
su propter præsumptionem, ex accusatione redun-
dantem, innocentiæ probatio heredi scripto incumbit:
fiscus autem ab onere probandi relevatur. Qvemad-
modum enim præsumptio pro aliqvo existens, libe-
rat illum ab onere probandi: sic vice versa præsum-
ptio alicui resistens, eum probandi onere gravat, *arg l.
omnimodo.30 ubi Dd. communiter. C.de inofficios.te-
stam l.ultim Cod.ad leg Iul.repetundar. & jurium si-
milium adductarum suprà numer.48.* Totum igitur 52
negocium hac distinctione commodè explicari potest:
Aut enim nulla contra occisorem sui ipsius aderat cri-
minis alicujus patrati præsumptio: & hoc casu proba-
tio fisco, bona illius vindicanti, non autem heredi in-
stituto, incumbit. *dict l. ultim.§ fin.ff. de bon. eor. qui
ant sentent. mort. sibi consciv. dict. l. in fraudem. 45.
§.2 ff de jure fisci.* Aut contra interfectorem sui ipsius
emergunt sceleris admissi præsumptiones: & tunc lo-
cum habet decisio *dictæ.l.2. C. qui testament. fac poss.*
qvòd videlicet heres, testamento ab ejusmodi interfe-
ctore institutus, probationis onere gravandus sit: ita
ut probare teneatur, testatorem non criminis alicujus
conscientia, nec metu pœnæ fata sua accelerasse, sed
innocentem fuisse: & potiùs melancholia commo-
rum, vel gravitate doloris ex morbo contracti impul-
sum, vel tædio vitæ, similiqve causa adductum manus
sibi ipsi intulisse. Hac autem probatione factâ, præ-
sumptio criminis, qvæ contra sui interfectorem urge-
bat. excluditur: atqve adeò testamentum ejus, remo-
to fisco , stabilitur. Vnde communis Doctorum est
conclusio: qvòd si statuto civitatis vel lege municipa- 53
li cautum sit, qvòd is, qvi citatus definito tempore non
comparuit, pro confesso & convicto habeatur; tamen
probatio contraria sit admittenda, per qvam confessio
ficta elidatur, *argum. dict.l.2. C. qui testam.fac.poss.
dict.l.ultim.§.ultim.ff.de bon.rer.qui ante sent.mort.si-
bi consciv.l.divus.3.ff.de custod.& exhibit. reor.l.uni-
us.18 § cogniturum.9 ff.de quæstionibus.l.raptores.* 54
*C.de Episcop.& cleric.& l.defensionis.7. C. de jure fi-
sci,*

sci. Atque ita concludunt *Angelus, Cynus, Franciscus, Aretin. Cormeus, Iason, Fulgosius, Alexander, Salicetus Decius, & Gilkenius numero 16. C. qui testamen. fac. poss. Bald. in l ita demum. 13 numero 6. C. de procuratoribus Panormitan. Felinus. & cæteri in c afferte 2. de præsumptionibus Alciat. in tractat præsumpt. regul. 3. præsumpt. 21. numero 7. Andreas Gail. de pace publicâ libr. 2. cap. 8. numero tertio. pluresque alii, per eum relati.*

54 Qvoniam itaqve secundùm suprà tradita, fiscus co in casu, qvo præsumptionem aliqvam pro se habet, relavatur onere probandi, qvòd interfector sui ipsius ob conscientiam alicujus criminis & metum pœnæ, tale facinus in se ipsum admiserit: inde haud inconvenienter qværitur: vt ùm ad inducendam talem præsumptionem pro fisco sufficiat, qvòd constet, interfectionem sui ipsius atrox aliqvod delictum, ultimo supplicio dignum, ante sui ipsius interfectionem commisisse: & virum ex tali delicto, qvod præcessit internecionem, hæc præsumptio pro fisco insurgat, qvòd interfector iste ob conscientiam delicti sui, & timorem imminentis supplicii, sibi mortem consciverit? Atqve negativa sententia, ceu veritati omninò consentanea, mihi placet: qvòd nimiùm nullum delictum, qvantumvis grave & ultimo supplicio dignum contra delinqventem, qvi postea semetipsum occidit, præsumptionem pro fisco faciat: qvod occisor iste ob conscientiam criminis, obqve metum futuræ pœnæ seipsum interfecerit: nisi aliæ circumstantiæ
55 concurrentes id suadeant. Hancqve sententiam probat textus elegans *in dict. l. 3. sive ultim. ff. de bon. eor. qui ante sententiam mort. sibi consciver.* vbi Marcianus respondit hisce verbis: *Qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi, metu criminis imminentis mortem sibi constituerunt, heredem non habent. Papinianus tamen libro sexto decimo responsorum ita rescripsit: ut, qui rei criminis non postulati, manus sibi intulerint: bona eorum fisco non vindicentur. Non enim facti sceleritatem esse obnoxiâ, sed conscientia metum in reo velut confesso teneri, placuit. Ergo aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi: ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur.* Ecce tam Papinianus, qvàm Marcianus, Iurecconsulti ad hoc, ut reus criminis, qui post crimen admissum seipsum interfecit, bona ad heredes suos devolvere ac transmittere non possit, duo requirunt. Primum est, ut ille scelus contraxerit, & seipsum postmodum interfecerit: alterum, ut istius sceleris causa, qvod antea perpetraverat, accusatus vel postulatus, aut certè in ipso crimine deprehensus fuerit. Non ergò sufficit ad præsumptionem pro fisco inducendam, qvòd aliqvis flagitium admiserit, & postea manus mortiferas sibi intulerit: sed insuper etiam reqviritur, qvòd post scelus patratum accusatus vel postulatus, aut ad minimum in scelere deprehensus fuerit. Vide Donellum, eumqve laudantem Gilkenium *ad dict. l. 2. C. qui testament. fac. poss. numero 17. & seqq.* itemqve Prosperum Farinacium *in praxi criminal. quæst. 128. de homicid. tit. 14. num. 60. & seqq.*

56 De eo qvoqve qværi poterit: num testamentum illius, qvi solà criminis à se commissi conscientiâ, absqve ullo metu subituræ pœnæ, seipsum interfecit, irritum fiat? Nec benè qvispiam dixerit: hanc qvæstionem penitùs otiosam, imò Domitianam videri: propterea qvòd nemo conscientiâ criminis obstrictus semetipsum trucidare possit, qvin metus futuræ pœnæ simul intercesserit. Nam respondetur: hæc duo inter se differre: qvoniam fieri potest, qvòd qvis post crimen occultè commissum, & non accusatus, nec timens illud detegi, solà desperatione motus, ne dicam pœnitentia, qvod illud commiserit crimen, se ipsum occiderit: non autem alicujus imminentis condemnationis, seu pœnæ formidine id fecerit, *per tradita* 57
Ignei in l. 1. § si sibi manus 21 ff. ad SC Silanian. vbi ait, plus esse, occidere se propter metum pœnæ, qvàm propter conscientiam criminis: & idcirco *ibidem numero 61.* infert: qvòd ad effectum testamenti infringendi & confiscationis bonorum, non sufficiat, qvem se occidisse ex conscientia criminis, nisi etiam se occiderit metu futuræ sententiæ & pœnæ. Idem sentit Decianus *in tract. crimin. libr. 9. cap 2. numero 6. & seq.* eumqve referens Farinacius *dict. quæstion. 128 de homicid. tit. 14. numer. 53.* Illius exemplum pe- 58
ti potest *ex l. querela. 12. C. ad leg. Cornel. de fals.* ex qvà constat, qvòd omnium criminum accusatio & punitio regulariter viginti annorum spacio præscribatur & tollatur. Hancqve receptissimam esse & verissimam sententiam, testantur Nicolaus Boerius, *decis 26. numero 6. cum seqq* Iulius Clarus *libr. 5 sentent. §. fin. quæst. 51. numer. 1.* Farinac. *libr. 1. de inquisit. tit. 1. quæstion. 10 num 1.* aliiqve per eos citati. Et huc referantur, qvæ dicta sunt suprà *ad principium tit. de usucapionibus. numer. 114.* Pone ergo: qvòd aliqvis perpetrato gravi qvodam crimine, post vicennium ex die admissi criminis elapsum, semetipsum interfecerit: cùm tamen sciret, huic crimini tanto temporis spacio præscriptum esse: adeòqve se ampliùs à nullo Iudice vel Magistratu puniri posse. Iam utiqve certum est, qvòd homo iste non metu pœnæ vel ultimi supplicii, sed ob solam criminis conscientiam sibi fata maturaverit, seqve ipsum occiderit Sic etiam si qvis gratiam à 59
Principe & remissionem criminis impetraverit, *juxta l. 1. C. de sentent. pass. & restitut. l ult. C. de generali abolit. & l 1. § de qua. 10. ff de postulando.* postea verò semetipsum interemerit: itidem certum est, qvòd non metu pœnæ & vltimi supplicii manus violentas ille sibi ingesserit. Non igitur dubitandum est. qvin contingere possit: qvod qvis post flagitium admissum, nullo metu futuræ pœnæ, sed solâ desperatione vel pœnitentiâ sibi ipsi vitam auferat: & conseqventer *suprà nu. 56.* proposita qvæstio minimè otiosa vel inutilis existat. Itaqve ad qvæstionem istam respondendum arbitror: 60
qvod testamentum ejus, qvi solâ criminis designati cõscientiâ, absq; ullo metu futuri supplicii, sibi ipsi mortem consciverit, non subvertatur: nec bona heredibus auferantur, fiscoqve vindicentur. *per textum in l. 1. C. de bonis eorum, qui mort. sibi consciv.* ubi Imp. Antoninus clarissimis verbis rescripsit: *eorum demum bona fisco vindicari, qui conscientiâ admissi criminis, metuque futuræ sententiæ, manus sibi intulerunt.*

Ex quo textu probè notandum: quòd Imperator conscientiam criminis & metum futuræ sententiæ, per dictionem copulativam *que* sive *Et* conjungit; atque adeò ad hoc, ut testamentum illius, qui sibi ipsi manus atroces ingessit, evertatur, bonaq; publicentur, duo copulativè requirit: quòd videlicet conscientiâ criminis, & metu futuræ sententiæ id factum fuerit.

61 Copulæ autem natura illa est: ut utrumque copulatorum intervenire debeat, nec unum sufficiat. *l. si heredi. 5 ff. de condicionibus institution. l. quidam testamento. 30. ibiq; Bartol. & Dd. ff. de vulgari & pupill substit.* quia copula stat ampliativè seu augmentativè. *l. ea tamen adjectio. 46. ff. de legat. 3. Cravett. consil 9. numer. 25. Peregrinus. consil. 7 numer. 12. Surd. decis. 319. num. 6 & 7.* Præterea confirmat hanc sententiam textus *in suprà allegata l 2. ibi, quòd si futura pœna metu. C. qui testam fac. poss. & in suprà citata constitutione novellâ criminali Caroli. V. art. 135. ibi,* vnd auß Forcht solcher verschuldter Straff sich selbst ertödt, &c. Quibus ex locis perspicuè evincitur: quòd sola conscientia criminis ad infringendum testamentum ejus, qui se ipsum interfecit, non sufficiat: sed simul metus pœnæ futuræ seu imminentis supplicii requiratur.

62 Nec movet in contrarium; quòd in uno & altero juris nostri loco, solummodo conscientiæ criminis fiat mentio. *l. cum hic status. 32 § si maritus. 7. ibi, ob sceleris conscientiam. ff. de donation. inter vir. & uxor. & prædicta. l. 3. circa principium. ibi. sed conscientia metum. & § ultim. ibi, si de crimine fuerit probatum ff. de bonis eorum. qui ante sententiam mort. sibi consciv.* Cum enim in aliis legibus, paulò ante adductis, metus pœnæ cum criminis conscientiâ conjungatur: oportet sanè illas leges per has suppleri. Generaliter quippe verum est; quòd una lex ex alia suppl. ri atque explicari debeat, *argum l. non est novum. 26. cum duab. seqq ff. de legibus. &c.* ac proinde inclusio unius non est exclusio alterius, quotiens in alia lege alterum includitur, *per notata Cravetta consil. 776. nu. 19.*

63 Succedit nunc alia non contemnenda quæstio: si quis post crimen admissum manus violentas, se occidere volens, sibi ipsi injecit: putà si se ipsum laqueo suspendit, sed alio interveniente & laqueum rescindente, morte liberatus fuit, utrùm testamentum ejus antea factum, publicatis bonis, evertatur? Et hunc, si propter metum ultimi supplicii seipsum occidere voluit, eoque animo se suspendit, vel vulneravit, non tamen alio prohibente perfecit, perinde puniendum esse, ac si mortem sibi intulisset, rectè statuitur, *per textum apertum in dict. l. 3 § sic autem. 6 ff de bonis. eor. qui ante sentent. mort. sibi consciv.* ubi Marcianus ostendit eum, qui metu pœnæ sibi manus intulit, quamvis non perpetraverit, omnimodò puniendum

64 esse. Qui enim sibi non pepercit, multò minùs alii parcet. Accedit, quòd considerato jure civili Romano,

65 ille, qui alium animo occidendi vulneravit, pœna legis Corneliæ tenetur, etiamsi mors subsecuta non fuerit. *§ item lex Cornelia de sicar. 5 infr. de publicis judic. l 1. §. Divus 3 ff. ad leg. Corneliam de sicar. & l. ii, qui*

66 *cum telo. 7. C. eod.* Iam verò qui se ipsum [illegible] occidit, longè gravius delinquit, quàm qui alium [illegible] ccidit, ex hac ratione: quia qui alium interficit, corpus ipsius tantùm è medio tollit: animam autem ejus, quantum in ipso est, neutiquam occidere potest. Qui verò seipsum interimit: is et & corpus & animam propriam nefarie perdit: idque explicatius persequitur Iodocus Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap. 88. numer. 1. cumseqq* & Prosper Farinacius. *d prax. crim. quæstion. 128. de homicid. tit. 14. part. 1. numer. 1.* Si ergò gravius delinquit, qui se ipsum, quàm qui alium occidit: consequens est, illum quoque, qui seipsum occidere conatus fuit, gravius committere crimen, quàm si alium interficere tentasset. Iure igitur civili inspecto, qui seipsum suspendio occidere voluit, & ab alio prohibitus & liberatus est, ultimo supplicio plectendus venit. Multò ergò magis testamentum, quod antea fecit, annihilatur: ut bona heredibus auferantur, & in fiscum redigantur. Ita sentiunt Cynus *in d. l. 2. C. qui testament. fac. poss.* Grammat *decis. 44. numer. 4. Placa in epit. delict. lib 1. cap. 23. numer. 8. Decian. in tract. crim. libr 9. c 3. nu. 4.*

Verùm cùm hodie notoriâ totius Romani Imperii consuetudine leges civiles, quibus conatus alium occidendi ultimo supplicio coercetur, abrogatæ & sublatæ sint, *ut patet ex Ordinatione crimin. Caroli V. art 178. Iulio Claro lib. 5. sent. § fin. quæst. 92 Berlichio part. 4. conclusion. practicabil. conclus. 10 num. 18. pag. 249. edit. 2. & pluribus aliis. quos laudavimus infr. ad d. § item lex Cornelia de sicar. 5. de public. judic. num. 263.* 67 dubia quæstio est: utrùm hodierno tempore, qui seipsum vulneravit vel suspendit animo occidendi, prædictis pœnis subjectus sit, etiamsi effectus non fuerit subsecutus: Et breviter respondendum: ad pœnam ultimi supplicii quod attinet, eam hodie locum 68 non habere, consvetudine generali omnium locorum hoc ipsum docente. Sed ad testamentum quantum pertinet; verius putaverim, illud propter nefarium istud facinus, irritum constitutum esse. Quamvis enim generali totius Imperii consvetudine ille, qui alium occidere conatus est, ordinaria legis Corneliæ pœnâ, sicque ultimo supplicio liberetur: tamen consvetudo isthæc non extenditur ad pœnam, quâ testamentum ejus irritum fi ri debet: neque exemplo ullo demonstrari potest, ejusmodi testamentum executioni mandatum fuisse. Atqui verò consvetudo stricti juris 69 esse dicitur; nec proprios facti & usus ipsius terminos excedit: adeoque si de aliquo non disponit, de eo nec nos disponere debemus, *argum. l. 3. §. hæc verba. 6. ubi Dd. communiter. ff de negoc gest. l. si vero 64. §. de viro. 9 ff solut. matrimon. l. si. quando. 35. in princ. C. de inofficioso testam. c. in nostra. 8. ext. de iniuris. c. 1. & 2. de filiis presbyterorum. in 6. Bartol. in l. 1. §. hoc interdicto. 2 ff. de itin. actuq; privat. Panormitan in c. quod translationem. 4. num 5. ext. de officio legati. Curt. sen. consil. 15. num. 2. Alexand. cons. 196. num. 14. libr. 2. Cravett. consil 30. num. 5. consil. 96. num. 4. cum seq. cons. 118 n. 6. & consil. 197. numero. 12. Treutler. consil. 88. numero 27. Reusnerus libro tertio. consil. 11. numero 52. & num. 142*

Ostensum est hactenus: testamentum ejus, qui post perpetratum crimen, metu ultimi supplicii sibi ipsi cæ- 70

dem

dem intulit, infirmari, & bona ejusdem scriptis heredibus adempta ad fiscum devolvi. Atque hæc quidem certa sunt, quando constat, quòd seipsum ille interfecerit. Sed controversum videtur; si quis in flumine publico, vel in puteo, vel in mari submersus & suffocatus, vel laqueo suspensus, vel in lecto, aut alibi mortuus reperiatur, nec appareat, utrùm semetipsum in undas sive puteum conjecerit & præcipitaverit, vel aliter mortem sibi ipsi intulerit: num hoc casu præsumptio sit contra illum, quòd sibi ipsi causam mortis sponte attulerit: an vero, quòd istud ipse non fecerit, sed ab alio quodam in aquas conjectus & præcipitatus, vel suspensus atque interfectus fuerit? Et veriorem receptioremque puto illorum esse sententiam, qui asserunt; præsumptionem esse pro mortuo, qui in flumine publico, vel mari, aut puteo, aliove in loco inventus fuit: quòd ex se ipso haud se præcipitem dederit, aliamve mortis suæ causam sponte præbuerit: eò quod in dubio sibi, suæque vitæ unusquisque prospicere,
71 neque seipsum facilè occidere præsumatur. Omni quippe animantium generi à natura tributum est: ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura videntur, teste M. Cicerone *libr. 1. officior.* Sicut & jure ipso naturali & gentium hoc evenit; ut vim atque injuriam quisque propulset, & ob tutelam corporis
72 sui, vitæque conservationem, quodlibet suspiciat. *l. ut vim. 3. ff. de just. & jur. l. itaq. 4. & l. scientiam. 45. §. qui, cum aliter. 4. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. cùm arietes. 11. ff. si quadrup. paup. fec. dic. l. 2. & 3. C. ad leg. Cornel. de sicar.*
73 Huic assertioni non obstat, quòd in dubio quilibet bonus & innocens; nemoque delinquere præsumatur, *argum. l. meritò. 51. ff. pro socio.* ac proinde non videatur in dubio præsumptio capienda contra alium, quòd ipse mortuum in aliquo loco repertum occiderit. *Nam* doctrina illa, quæ habet, neminem præsumi facinorosum, eo demum casu procedit, quando de certo homine quæstio movetur. Exempli gratiâ: si de Titio vel Sempronio dubitetur & quæratur: an bonus, vel malus sit? tunc potius bonus, quam malus præsumitur. Secus est, si non de certo aliquo homine, an bonus vel malus sit, quæstio instituatur: sed in genere ambigatur; utrùm qui mortuus reperitur, præsumatur sibi ipsi mortem intulisse, an vero ab alio quodam, quicunque ille fuerit, occisus fuisse. Hoc sanè casu præsumitur, delictum istud potiùs ab alio quodam, quàm ab ipso mortuo, commissum fuisse. Atq; ita tradunt & sentiunt Decius *in d. l. 2. C. qui testam. fac. poss. & consil. 438 numer. 4. lib. 3. Bolvis. in practic. lib. 3 cap 18. rubr. de his, qui sibi mort. consciv. num. 14. & seqq. Plot. consil crim. diversor. 130. numero. 82. lib. 1. Royz. decis. Lituan. 1. in fin. Blanc. consil. 20. num. 2. lib. 3 Vulpell. consil. 1. num. 21. & seqq. Decian d. tract. crimin. lib. 9. cap. 3. num. 10 Bajard. in addit. ad Iul. Clar. quæst. 68. num. 116. Socinus Iun consil. 51. vel 1.* & alii, quos refert & sequitur Prosper. Farinac. *d. q. 128. tit 14. n. 41. & seqq.*

Tandem quod jam sæpe dictum & inculcatum est, 74 bona illius, qui metu futuræ pœnæ ob aliquod patratum flagitium sibi mortem conscivit, institutis heredibus auferri, & fisco applicari; ei non resistit, quod regulariter cum ipsa morte (quæ omnia solvit. *Novell. 22. c 20. in princip.*) crimen extingui soleat. *l. 1 in princ. ff. de privat. delict. l 3. l. defuncto. 6. ff. de public. delict. l. ex judiciorum. 20 ff. de accusationib. l. si pœn. 20. ff. de pœnis. l. 1. in princ. vers quamvis pendente ff. si pendente appellat. mors interven. l. 1. & 2. & tot. tit. C. si reus vel accusator mortuus fuer.* Regula namque isthæc procedit, locumque habet, si mors naturalis intervenerit; non autem ea, quam quis sibi ipsi, propter commissum aliquod delictum, maturavit: cùm alioqui sceleratissimus quisque se hac ratione publicæ animadversioni atque dedecori subtrahere, & aliis idem imitandi, & per consequens in ultimam salutis æternæ perniciem tuendi, exemplum præbere possit, tradente Petro Gilken. *in multoties alleg. l 2. n. 20. C. qui test. fac. poss.*

DE EXHEREDITATIONE LIBERORUM.

TITULUS XIII.

Principium Tit.

Non tamen ut omninò valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam suprà exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem, ut si vivo patre, filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si nō fuerant scripti heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve: testamentum quidem non infirmabatur; jus tamen adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nomi-

nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur, Titius filius meus exheres esto: sive ita, Filius meus exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

SVMMARIA.

1 *Quilibet testator liberos suos, quos in potestate habet, vel heredes instituere, vel exheredare tenetur.*
2 *Instituere heredem quid sit.*
3 *Exheredare quid.*
4 *Præterire quid.*
5 *Cur filiifamilias vel instituendi sint, vel exheredandi.*
6 *Duo unius rei domini vel possessores in solidum esse non possunt.*
7 *Ius exheredationis totum pendet ex patriâ potestate.*
8 *Neque pater filium emancipatum, neque mater liberos instituere vel exheredare necesse habet.*
9 *Testamentum, in quo filiusfamilias est præteritus, ipso jure nullum licet filius ante patrem moriatur.*
10 *Quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit.*
11 *Duæ inter filium ac filiam, &c. differentia.*
12 *Ratio utriusque differentiæ.*
13 *Hodie differentia inter filium & filiam, cæterosque liberos sublata.*
14 *Liberi quomodo nominatim exheredentur.*
15 *Quomodo inter cæteros exheredari dicantur.*

QVoniam dictum est de solennitatibus extrinsecis, in testamentis adhibendis, & de his, qui testari possint: ordo nunc postulat, ut videamus, quæ ad testamentorum formam sive substantiam, præter extrinsecas solennitates, velut intrinseca quædam solennia,
1 desiderentur. Præcipuum autem est liberorum, quos in potestate habemus, institutio vel exheredatio. A quovis enim, qui testamentum facturus est, exigitur: ut liberos, quos in potestate habet, heredes instituat, vel nominatim exheredet: alioqui si eos silentio præterierit, inutiliter testabitur, *hoc initio. l. 1. ff. de injust. rupt. irr. fact. test. l. 3 §. ultim. l si filius. 7. & l. inter cætera 30. ff. de liber. & posthum heredib. instituend. l. ult.*
2 *circa fin. C. de liber. præterit.* Instituere heredem, est suo loco alium ponere dominium. Instituere siquidem est ponere sive collocare, ut instituere arbores, aut vites, *quemadmodum ex Varrone docet Giphanius hic in vers. alioqui, &c.* Vel instituere heredem, est designare, quem aliquis se mortuo in jure sibi velit esse successorem. *l. 1. §. 1. & tot. titul ff. de heredibus insti-*
3 *tuend. D. Obrecht. disput. 20. thes. 6* Cui contrarium est exheredare, hoc est, eum, qui lege heres fit, exheredem facere, seu succedendi jure privare; hereditatem adimere, vel (*ut paulus loquitur*) abscindere. *l si quis posthumes. 9. § si filium. 2. vers. diversumq. ff. de liber. & posthum. hered. instit. Althus lib. 1 dicæolog. cap. 50. numer. 1. pag. 178.* Præterire verò, est silentio vel taci-
4 turnitate omittere, id est, neque instituere, neque exheredare, *§. eadem hac. 12. infr. de hereditatibus.*
5 *quæ ab intest. deferunt.* Ratio porrò, cur filiifamilias sive liberi in potestate constituti, aut instituendi sint, aut exheredandi, adeòque præteriri non possint, hæc est: quia ipsi suo quodam jure hereditatem parentum sibi vindicant; ita quidem, ut alio, quàm heredem titulo honestius appellari nequeant. Existimantur enim, vivo adhuc patre, quodammodo heri, id est, domini rerum paternarum; & patre defuncto dominium in eos de novo non transfertur, sed continuatur. *l. in suis. 11. ff. de liber. & posth. heredibus institut. Heigius hic numero 3.* Proinde lex voluit, ut pater istam dominii continuationem exheredatione interrumperet, illudque filiofamilias antè nominatim auferret, quàm alteri per institutionem tribueret: propterea, 6
quòd duo unius rei domini vel possessores in solidum esse non possent. *l si, ut certo. 5. § si duobus 15 ff. commodati.* quod alias hic contingeret. Nam & filius esset rerum paternarum dominus, auctoritate legis. *d l in suis. 11. ff. de liber & posthum hered. instit §. sui autem 2. vers. sed sui quidem. infr. de hered. qualit. & diff* & item extraneus à patre institutus, *tradentib. Nonio hic num. 1. Wesenbecio numer. 3. Mynsingero nu. 4 & Vulteio num. 15.* Ast objiciat aliquis: si filius jam vivente patre est rerum paternarum quasi dominus: cur ergo potest exheredari? Respondet ipse Paulus: ideo illum posse exheredari: quia etiam poterat occidi. *d. l. 11. in fine. ff. de liber. & posthum. heredib instit. l. ultim. Cod. de patria potest* Ex quâ ratione nemo non 7
perspicit: jus exheredationis totum pendere ex patria potestate. Quare ea potestate sublatâ, jus quoque ex- 8
heredandi sublatum intelligitur. Non igitur filium emancipatum pater, nec liberos mater instituere vel exheredare necesse habet, sed eos silentio præterire potest *§. emancipatos. 3. & §. mater. 7. infr. hoc tit. ubi eâ de re fortassis opportunior dabitur dicendi locus.*

Cæterùm adeò testamentum, in quo filiusfamilias 9
neque institutus, neque nominatim exheredatus, sed præteritus est, inutile sive nullum reputatur: ut etiamsi alii heredes sint instituti, & filium ante patrem mori contingat; tamen testamentum non convalescat, & nemo heres ex eo testamento existere queat, *per hoc principium. vers. adeò quidem, &c. dict. l. si filius. 7. ff. de liber. & posthum. hered. institut.* Idque propter tri- 10
tam regulam, quâ dicitur: quod ab initio non valet, seu vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere. *l. quod initio 29. & l. quæ ab initio. 210. ff. de reg. jur. l. 1. ff. de regula Catoniana. D. Besold. in delibat. iur. ex lib. 5 Pand. tit. 2. num. 20. pag. 447. & seq. Tametsi aliter sentiat Locamer. quæstion. jurid fasc. 28. quæst.*
Erant autem olim duæ differentiæ inter filium & fi- 11
liam, ac nepotes sive neptes & pronepotes, &c. ex filio. I. Quòd si filium pater præterierat, testamentum ipso jure concidebat: filiâ verò, vel nepote seu nepte ex filio (siquidem nepotes, &c. ex filia, cùm in potestate non sint, præteriri possunt, *de quibus in §. ult. infr. hoc tit.*) cæterisque descendentibus præteritis, testamentum valebat, *per hoc princip. vers sed non ita de filiabus, &c. Vlpian. in fragm. Institut. tit. 22 §. ex suis heredibus. §. filius. & § nepotes, &c. l. ult. Cod de liber. præterit.* II. Quòd filius non nisi nominatim exheredari possit: filia, nepotes, &c. etiam non nominatim, id est, inter cæteros exheredari poterant. *d. l. ult. Cod eod. Vlpian. dict. tit. 22. locis præallegatis & hic in vers. sed nec nominatim.*

tim,&c.§.1.verſ.ſed fœminini.& §.emanipatos.3. infr.
12 *hoc tit.* Ratio utriusque differentiæ hæc redditur: quia filius magis cenſetur idem eum patre, quàm vel filia, quæ exit è familiâ, vel nepos, qui longiùs abeſt: & proinde olim etiam in emancipatione erat inter filium ac filiam nepotemque differentia: quòd filius ut arctiſſimo vinculo patri conjunctus, & velut unus cum eo, nonniſi trinâ emancipatione liberari poterat patriâ poteſtate: cùm filia ac nepos liberarentur unâ duntaxat. *l.verum eſt.* 8. *in fine. ff. de injuſt. rupt.irr. fact.teſtam.Giphan. hic in verſ ſed non ita de filiabus, &c.* Sanè propter jus accreſcendi (ideò jus accreſcendi vocabatur: quia numerus heredum augebatur) filia & reliqui liberi præteriti certam portionem, id eſt, virilem ſive æqualem, ſi inſtituti eſſent ſui heredes; vel ſemiſſem, id, dimidiam hereditatis partem, ſi extranei ſcripti eſſent, accipiebant. *Theophil. hic,Cajus lib.2.Inſtit. tit. 3. in pr. Iul Paul.lib.3.ſent. t. 5.§ filio.*
13 *Hotom.hic enunciat.3.* Verùm hodie ex conſtitutione Iuſtiniani eodem jure ſunt filiæ, cæterique liberi, quo filii primi gradûs: adeòque omnes omnino liberi, ſi non inſtituantur heredes, nominatim exheredari jubentur. *d.l.ult.Cod.de lib.prat. §. ſed hac quidem vetuſtas. 5. infr.hoc t.Cujac.ad l. 1.ff. de liber. & poſth.*
14 *hered.inſtit.* Porrò duplex illa exheredationis formula circa finem hujus principii notanda venit: una eſt, quæ fit nominatim: altera, quæ inter cæteros. Nominatim exheredantur liberi; ſi expreſſo vel ipſorum nomine, cognomine, prænominevε, vel ſigno aliquo aut demonſtratione certâ, quæ ſit nominis loco, ab hereditate removeantur: ut filius meus luſcus, filius claudus, medicus, miles, gladiator, latro, ex Seja natus, &c. exheres eſto. *l.1.2 3.& paſſim.ff.dict.t.* Nam demonſtratio vice nominis fungitur. *§.ſiquidem in nomine.29. cum ſeq infr. de legat. l nominatim. 34. ff.de conditionibus.& demonſtr. Connan.libr.10.Comment.*
15 *juris civ.c.2.num.2.* Inter cæteros exheredari dicuntur, qui generaliter ſive indefinitè, id eſt, verbis ejuſmodi, quibus continentur non ſolùm liberi, ſed & alii, putà parentes, conſanguinei, agnati, cognati, affines, &c. ab hereditate ſummoventur: ut ſi teſtator dicat; Titius filius meus heres eſto: cæteri exheredes ſunto. *l Lucius.53.ff.de heredib.inſtituend. Dn. Collega Bocer.claſſ 3.diſputa 3 theſ.28. edit.2* Adde Timæum Fabrum *diſput.19.ad Inſtitut.Imperial.th.20.* ubi rationibus haud contemnendis oſtendit: quòd liberis præteritis etiam hodie pater inutiliter teſtetur.

§. *Poſthumi 1.*

Poſthumi quoque liberi, vel heredes inſtitui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium condicio eſt: quòd, & filio poſthumo, & quolibet ex cæteris liberis, ſive fœminini ſexus, ſive maſculi, præterito: valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſthumi ſive poſthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideòq; ſi mulier, ex qua poſthumus aut poſthuma ſperabatur abortum fecerit: nihil impedimento eſt ſcriptis heredibus, ad hereditatem adeundam. Sed fœminini quidem ſexus perſonæ, vel nominatim, vel inter cæteros exhæredari ſolebant: dum tamen, ſi inter cæteros exheredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ eſſe per oblivionē. Maſculos verò poſthumos, id eſt, filios, & deinceps, placuit non aliter rectè exheredari, niſi nominatim exheredarētur, hoc ſcilicet modo: Quicunq; mihi filius fuerit, exheres eſto.

SVMMARIA.

1 *Poſthumus unde ſic dicatur.*
2 *Cur poſthumus heres inſtitui poſſit.*
3 *Cur poſthumus vel inſtitui, vel exheredari debeat.*
4 *Prima differentia inter poſthumos, & jam natos.*
5 *Quare poſthumi præteritione teſtamentum non ſit inutile.*
6 *Secunda differentia.*
7 *Tertia differentia.*
8 *An ut olim, ita & hodie poſthumi exheredari poſſint.*
9 *Nulla exheredatio ſine probatione cauſa ingratitudinis procedat.*
10 *Ingratitudo in poſthumum non cadit.*
11 *Olim quatenus poſthumus potuerat exheredari.*
12 *Privatio habitum præſupponit.*
13 *Quatenus id, quod contra legis prohibitionem fit, ipſo jure nullum cēſeatur.*
14 *Clauſula codicillaris non impedit, quo minus teſtamentum poſthumi agnatione rumpatur.*

IN hoc §. Imp. Iuſtinianus oſtendit: poſthumos, id 1
eſt, eos, qui poſt humatum (Rectiùs enim à *poſt & humo* poſthumus dicitur: ut *poſt Weſenbecium hic nu.1. & alios* tradunt *Pyrrh.Peret.Cornuc p.654.n 52. Robert.lib.2.animad.c.1.& 2.Gœdd. ad l. nomen. 164.in princ.ff.de verb.ſignif.hosq; citans Eraſmus Vngepaur. Exercit.Iuſtin.12.quæſt.1.edit.2.* quàm vel à poſtremo quòd poſtremus ſit natus, *ut putavit Ceſellius Vindex reprehenſus ab Apollinari Sulpitio, quem refert Aulus Gellius lib.2.Noct. Attic.c.16.* vel à poſteriore ſive poſt & umo, *ut vult Cujacius lib 3.obſervat.c. 4. eumque laudans D. Bocerus hic num.25.& ſeq.p.326.* Sed hanc rem pleniſſimè excuſſimus *ad § cum autem. 4.ſupr.de tutel.nu.6 & ſeqq.*) ſive ſepultum patrem naſcuntur, vel heredes eſſe inſtituendos, vel exheredandos. *l.poſthumi.3.ff de injuſt.rupt.irr fact.teſtam.l.2. & 3.C de poſthum heredib.inſtit.* Videri tamen poterat, poſthumos inſtitui non poſſe: propterea quòd teſtamentum eſt certa voluntas & judicium defuncti. *l 1.& l.qui in teſtamento.14 ff.qui teſtament.fac.poſſ.* At poſthu- 2
mus videtur perſona eſſe incerta; proindeq; non rectè inſtitui poſſe. Sed ratio decidendi; cur poſthumus inſtitui poſſit, hæc eſt: quia in jure poſthumus, ſive is qui in utero eſt, pro jam nato habetur in iis, quæ ad ipſius commodum pertinent. *l qui in utero.7.& 26.ff.de ſtatu homi[illegible].l.cùm quidam.30.§ 1.v. quoniam mortis. ff.de acquir.vel omitt hered.l.quod dicimus. 231.ff.de verbor.ſignif.* Ratio autē, cur poſthum' inſtitui, vel exheredari debeat, eadē eſt, quæ in jā nato: putà quia here-

ditas patris ad liberos, qui sunt in potestate, spectet. & quasi ipsorum sit propria; dominiumque in eos continuetur, nisi illo per exheredationem priventur. *l. in suis 11 ff. de liber. & posth. heredib. instituend. l. 1. §. lar-*
4 *gius 12. ff. de successor. edict.* Cæterum inter posthumos & jam natos triplex observanda est differentia. I. est: quòd filio nato prætento, testamentum statum ab initio est inutile & nullius momenti; nepote verò aut filiâ præteritis, non item, *per principium hujus tit. & l 1 ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* ac posthumo, tam filio, quàm filiâ ac nepote præteritis, valet quidem testamentum; sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, *hoc §. vers. & in eo par o mnium conditio est, &c.* Ratio, cur posthumi prætentione testamentum non fit inutile, hæc esse putatur: quòd incertum sit, an posthumus nascatur. Fieri quippe potest, ut non nascatur, sed mulier faciat abortum: quod si fiat, testamentum firmum manet. *l. 2. C. de posthum. heredib. instit. l. qui mortui. 129. ff.*
5 *de verb. sig.* Quare rectiùs videbatur, ut testator certum, quem vellet, heredem scriberet; idque testamentum ita maneret, donec casus ille incertus existeret. *Wesenbec. hic num. 2 & Nonius n. 5.* Ratio insuper, cur hic in posthumis non differat nepos à filio, cùm in jam natis differat, sumenda est ex eâ ratione de filio jam nato. Nam quæ ratio est in filio; quòd scilicet sit quasi dominus vivo patre, & ei conjunctissimus, *dict. l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. hered. inst.* ea non habet locum in posthumo, sive filio, sive nepote; quia nondum sint, *ut bene explicat Giphanius hic in vers.*
6 *quòd & filio posthumo, &c.* II. differentia: quòd si posthumæ (sive filiæ, sive neptes) exheredebantur inter cæteros: cogebatur testator illis aliquid legare: sed filiæ jam natæ, aut nepti ex filio nihil legare tenebatur, *ut hic in v. sed fœmini quidē, &c* ubi Iustinian. ipse hanc rationē addit: *ne viderentur præterita esse per oblivionē:* id est, ut legato relicto testatos indicaret, se de
7 posthumâ nasciturâ cogitasse: cujus, ut nondū natæ & incognitæ oblivio aliàs facilis est. *Wesenb. hic nu. 9.* III. differentia est; quòd posthumi, non tantū filii, sed etiam nepotes, ac reliqui masculi, aut pronepotes, erant nominatim exheredandi; ast in jam natis erat differentia inter filium & nepotem, *hoc §. vers masculos verò, &c.* Cujus differentiæ eadem videtur esse ratio, quæ secundæ de legato relicto Siquidem & in hac tertia poterant olim etiam inter cæteros exheredari nepotes ac pronepotes cum adjectione legati: quamvis tutius & usitatius fuerit, eos nominatim exheredari, *auctore Vlpiano in fragment. Institut. tit. 22. §. nepotes & pronepotes, &c.*
8 Porro an quemadmodum olim, ita & hodie posthumi exheredari possint, quæri hic non inconvenienter solet? Et quanquam id multi egregii Iurisconsulti affirmant. *Fernandus Vasquius de success. creat lib. 2. §. 20. part. 3. requisit. 29. declarat. 3. num. 191. Cannan. lib. 9. Comment. jur. civil c. 10. Alciat. lib. 4. paradox. c. 10 Donellus in Auth. ex causa. C. de liber. præterit. & lib. 6. Commentar. de jur. civ. c. 13 ibiq. Hilliger. in suu notat. ad lit. E. Dn. Bocer. class. 6. disput. 39 thes 32. edit. 2. & in §. tam autem. a. vers posthumi quoque. infr. de inoffic. testament. pag. 630. Kubach. cent. 3. quæstion. illust. politico-juridic. decur. 7. q 5. pag. 839. & seqq. Iul. Pacius cent. 5. è ἀντιφανῶν. quæst. 86. Andr. Gerhardi decad. 8. q. 6. Duaren. ad tit. ff. de inoffic testam. c. 6. Schickard. disputat 8. thes 1. quæst. 6. Arumaus Exercit. Iustin. 10. thes 6. Matthias Stephani cent. 2. quæst. 67. ad lit. a. Hænon. disput. 7. contrevers. 16. Treutler. volum. 2. disput. 11. th. 1. lit. f. Cramerus disceptat. 12. posit. 6. Schrôterus diatrib domesticar. decad. 5 quæst. 4. & aliis:* contrarium tamen, tanquam æquitati magis consonum, frequentiùs placuit, *Accursio & plerique Dd. in l. si quis. 33. §. legis 1. super verbo, existimari. C. de inofficioso testament. & eidem Accursio. Gothofredo, & aliis in l. ult. C. de liber. præterit. Michaeli Graffo lib. 1. recept. sent. §. testamentum. quæst. 42. num. 14. Iulio Claro lib. 3 sentent. § testamentum. quæst. 41. num. ult. Curacio ad l. placet. 4. ff. de liber. & posth. hered. instit. Petro Gregorio libr. 44. syntag jur. univers c. 3 num. 5. & 17 Lerioto in tract. de exheredatione. axiem. 7. & 8. Hackelmanno quæstion. illustr. disput. 6. thes. 4. lit. A. Schneidevvino hic num. 2. Borcholten numer. 4. Petro Heigio num. 5. Mynsingero num. 7. Viglio num. 9 Nonio num. 13. Vultejo num. 14. item Tiallingo ab Eyssingha, Theodoro Marcilio & Henrico Schilbock. in §. seq. hoc tit. Erasmo Vngepaur, exercit. Iustin. 8. quæst 6. pag. 329. edit. ultim. Alexandro Piccnardo in rubr. hujus tit. pag. 64. Hunnio lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 5 quæstion. 15 & 20. pag. 587. & seq. pluribusque aliis.* Communis autem isthæc sententia hoc nititur fundamento: quod nulla exheredatio sine elogio, id est, appositione & probatione causæ ingratitudinis procedit. *Novell. 115. cap. 3 in princip. & § ultim. versic sive igitur omnes, &c.* ubi prohibentur parentes, liberos suos quoscunque, sicque etiam posthumos (cùm & hi nomine liberorum comprehendantur *§. fin. supr. quitestamento tutores dari poss. & leg. nomen filiarum. 164. ff. de verb significat.*) sine nominatâ ingratitudinis causâ exheredes in testamento suo facere. Atqui elogium sive ingrati vitium posthumo adscribi neutiquam potest. *argum, d. l. si quis 33. §. 1. Cod. de inofficios. testament.* Si ergo posthumus de facta exheredetur: exheredatio ista, tit simpliciter contra legis formam facta, pro nullâ habetur, *arg l. non dubium. 5. Codic. de legib.* 9 10

Nec obstat, quod etiam olim posthumus potuerit exheredari, *hoc § nostro. dict. l. posthumi. 3. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. l. si posthumus. 14 in princ. ff. de liber. & posthum. &c.* ubi tamen non minus opus fuit causæ expressione, quàm hodie. *l. cùm ratio. 7. in princ. ibi, nisi meritis de causis. ff. de bonis damnator.* Nam respondetur: olim quidem sine causa exheredationem fieri non potuisse: verùm hodie hoc amplius dispositum esse, ut non quælibet causa ad exheredationem sufficiat, sed causa justa ac determinata & specialiter testamento inserta, eaque ab herede probara esse debeat: cùm olim non ita, quemadmodum hodie, causæ determinatæ fuerint. *dict. Novell. 115 cap. 3.* ubi duntaxat 14 referuntur ingratitudinis causæ: ex quibus cùm nulla posthumo adscribi queat: consequens est, illum hodie exheredari nequaquam posse. 11

Similiter non obstat, quod Iustinianus Imperator

in

in d. Novell. 115. cap. 3. circa finem ait: testamentum propter exheredationem liberorum injustè factum evacuari & rescindi; *ibi, testamento evacuato, item ibi, tanquam in hoc non rescissum. &c.* Quòd si ad posthumos etiam pertinet: sequitur, ob posthumorum quoque exheredationem testamentum rescindendum esse, & sic ipso jure consistere. Quod enim nullum est, rescindi aut evacuari non potest, *argum. leg. nam & si sub conditione 5 ff. de injust. rupt. irr. fact.*
12 *testam. & l. nihil interest. 4. C. de solutionib.* Privatio quippe habitum præsupponit. *l. 3. in fin. ff. de capite minut. l. decem. 116. ff. de verbor. obligat.* Hoc, inquam, non obstat. Quia primò respondeti poterit: testamentum rescindi posse impropriè, quatenus scilicet de facto processit: cùm & aliàs id, quod nullum est, rescindi sive infirmari dicatur. *l. 1. §. 1. ff. de feriis l. 1 ff. quæ sententia sine appellatione rescindatur. §. conditiones. 6 infrà, de verbor. obligationib.* Deinde respondendum est, quòd *in d. Novell. 115 cap. 3.* dicitur, testamentum contra observationem istius constitutionis factum rescindi debere: id necessariò referendum esse ad testamentum, quod jure subsistit, quamvis in eo filius, qui potuit committere ingratitudinis crimen, non ritè & legitimè, sed iniquè & injustè, purâ injustâ ingratitudinis causâ adjectâ, exheredatus fuerit. Cùm autem in posthumum, utpote nondum natum, planè non cadat ulla causa ingratitudinis; adeoque nullâ exprimi, aut adjici in testamento possit: ideirco ob illius exheredationem testamentum ipso jure concidit. Neque hanc responsionem enervat: quòd non solùm respectu posthumi; sed & eo casu, ubi filius, in quem ingratitudinis causa cadit injustè &
13 immeritò exheredatus est, testamentum ipso jure nullum censeatur: eò quòd quicquid contra legis prohibitionem fit, id ipso jure nullum sit. *d l. non dubium. 5. C. de legib.* Illud namque verum quidem esse concedimus, quoties lege aliquid fieri simpliciter prohibetur: veluti *in d. Novell. 115. cap 3. circa princip.* exheredatio posthumi (qui omni prorsus ingratitudinis vitio caret) simpliciter prohiberi videtur. dum illic requiritur, ut nominatim ingratitudinis causa adscribatur in testamento, & una ex istis 14, adscripta ab herede probetur. At secus esse dicimus, quando lex non simpliciter aliquid prohibuit, sed ulteriùs procedendo constituit, actum contra legis prohibitionem celebratum, evacuandum) evertendum, rescindendum esse ab eo, cujus in favorem prohibitio facta fuit. Non autem intuitu filii jam nati, immeritò exheredati, in illis terminis versamur, ubi lex non simpliciter prohibuit liberorum exheredationem, sed adjecit, quid fieri debeat, si contra prohibitionem liberi exheredati fuerint, & voluit, testamentum tanquam inofficiosum, querela propositâ, esse evacuandum, sive rescindendum. Sed vide istud latiùs explicantem Donellum (aliàs nobis adversantem) *d. lib. 6. Commentar cap. 13. pag. 31.* Fachineum *lib. 4. controvers jur. cap. 9.* Frantzkium. *exerc. jurid. 6. quæst. 4. pag. 158. cum seqq.* & Novium *hic num. 13. ubi & alias nonnullas objectiunculas diluit.* Quibus addatur Timæus Faber *disput. 19. ad Institut. Imperial. lib. 5.* & Locamer. *quæstionum juridic. fascic. 28. quæst. 3.* Tandem & illud bre- 34 viter circa hunc §. monendum, notandumque est: clausulam codicillarem testamento adjectam (quæ frequentissimè sic concipi solet: *Si non valet, vel valebit jure testamenti, valeat jure codicillorum:* Ich will/ daß dieses mein Testament/ zum Fehl eins einigen Mangels oder anderer Ursachen halben/ nicht als ein recht beständig Testament/ jetzt oder ins künfftig gelten würde/ selbigts doch als ein codicil. oder anderer schlechter letzter Will/ Bestand und Krafft haben solle/&c.) non impedire, quo minùs testamentum posthumi, de quo non fuit cogitatis; agnatione rumpatur; etiam quoad legata & fideicommissa. Ac licèt testator supervixerit, & testamentum non mutaverit: nihilominùs tamen clausula codicillaris non ejus efficaciæ esse putatur, ut coboret testamentum, quasi ex tacita voluntate patris. Nec enim firma, aut certa præsumptio est; patrem voluisse posthumum fiduciarium facere heredem. Quin potiùs ideò pater testamentum non mutavit: quia scivit, illud ipso jure irritum esse factum, per posthumi agnationem: ac proinde noluit revocare, quod sine sua opera, ius ipsum infirmârat. Idque enodatiùs persequuntur D. Collega Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 5. Pandect. tit. 2. num. 19. pag 443. cum seqq.* & Fachineus *d. lib. 4. controvers jur. cap. 12. & 13.*

§. Posthumum. 2.

Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui heredis locum succedendo, quâsi agnoscendo, fiunt parentibus sui heredes: ut ecce si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat: quia filius gradu præcedit; is solus jura sui heredis habet: quamvis nepos quoque & neptis ex eo non in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet aliâ ratione exeat de potestate ejus: incipit nepos neptisvè in ejus locum succedere & eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpaur ejus testamentum: sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptumvè ex filio necesse est ei vel heredem instituere, vel exheredare: ne fortè eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisvè, quasi agnatione rumpit testamentum. Idque lege Iuliâ Velleja provisum est; in qua similis exheredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

min. Cùm igitur ad ultimum supplicium damnatus libertatem & civitatem hodie retineat: nihil ampliùs in illo invenitur, ob quod à testamenti factione repelli queat. Tritissima quippe & certissima juris est doctrina: quòd sublato antecedente, intelligatur etiam
16 sublatum esse, quod illud necessariò sequitur: & quòd destructo fundamento, corruant omnia, quæ ex eo derivantur. *argum. l. 1. §. 1. ff. si ususfruct. petit. l. 3. §. qui habet. 3. ff. de servitutib. prædior. rusticor. l. si superatus. 3. & l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypothec. l. 2. ff. de administrat. & pericul. tutor. l. nam & si. 5. ff. de injustit. rupt. irr. fact. testament. l. si fundus. 81. §. qui fundum. 3. ff. de legat. 1. l. Autaus 14. in fin. cum l. seq. ff. de acquir. & aqua pluv. arcend. l. illud. 77. ff. de acquirend. vel omittend. heredit. l. quæcunque. 11. & l. obligationes. 27. ff. de obligationib. & actionib. l. egi. 26. ff. de except. rei judic. l. nam origo. 8. ff. quod vi aut clam. l. Labeo. 17. ff. quemadm. servitut. amitt. can. miramur. 4. distinct. 61. can. principatus 25. & can. cùm Paulus 26. caus. 1. quæst. 1c. Cravett. consil. 941. num. 11. & 22.*

17 Nec item adversatur, quòd dissentientes autumant, ne quidem hodierno jure hac in parte aliquid immutandum: quia cessante bonorum publicatione, ipso jure ad ascendentes vel descendentes, id est, parentes vel liberos, bona damnatorum transferantur: sicque iis adimantur. *Nam* libertatem, & consequenter etiam civitatem condemnatis salvam & integram manere, satis patescit *ex modo traditis. & dict. Authent. sed hodie. C. de donat. inter viror. & uxor. & dict. Novellar 22. cap. 8. juncto dict. §. 1 suprà de cap. deminut. & iis, quæ ibi notavimus.* Et quod ad liberos, vel parentes, bona devolvi dicuntur: non impedit, quò minùs condemnati, facto testamento, aliam bonorum suorum divisionem faciant, relictâ tamen parentibus & liberis legitimâ. Siquidem dispositionem istam tantùm ab intestato obtinere: & uti benigniorem, non solùm in liberorum, sed & condemnatorum commiserationem proditam esse, colligi videtur *ex dict. Novellar. 22. cap. 8.* & docet Heigius *hîc num. 8.* ubi addit, hanc opinionem constitutione Electorali 6. *part.* 3. esse approbatam. Idem testatur Ioachimus à Beust. *in l. admonendi. 31. nu. 494 ff. de jurejurand.* & Daniel Mollerus *in Comment. ar. ad institut. Saxon. part. 3. constitut. 6. num. 1. & seq.* Adde D. Besoldum *in delibat. jur. ex lib. 28. ff. quæst. 2. pag. 102.*

18 Vnde dependet decisio quæstionis: num damnatus ad perpetuos carceres testamentum facere possit? Et posse, communiter receptum est: tum quòd servus pœnæ non efficiatur *dict. Authent. sed hodie. C. de donat. inter viror. & uxor.* tum quòd bona sua non amittat *dict. Authent. bona damnatorum C. de bon. proscript. seu damnat.* tum quòd jus civitatis retineat; cùm in libertate genuinâ maneat *dict. l. in orbe. 17. ff. de stat. homin.* tum etiam quòd jure civili nemo ad
19 perpetuum carcerem damnari possit: adeòque hujusmodi sententia condemnatoria, utpote contra jus manifestissimum prolata, ipso jure nulla sit: & consequenter nullum effectum producere queat. *l. aut damnum. 8. §. solent. 9 ff. de pœnis. l. incredibile. 6. C. de tit. Iulius Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quæstion. 23. Covarruv. ad rubric. de testament. part. 3. num. 27 Marant. in l. is potest. 18. ff. de acquir. vel amitt. heredit. num. 11 a.* Sanè si quis ob ejusmodi crimen perpetuo carceri sit mancipatus, ex quo publicatio fit bonorum, & quis instabilis redditur: tunc nullo modo eum testari posse, verius esse censetur: cùm nec bona is habeat, de quibus testetur: *ut, post Philippum Francum in rubric. de testament. vers. duodecimi quæritur. &c. & Simon. de Pratis. libr. 2. de interpretat. ult. volunt. dub. 1. fol 4 num. 84.* tradit Nicolaus Reusner. *dict. tract. de jur. testament. part. 2. cap. 40. num. 4.* & Petrus Gregorius *dict. libr. 42. syntagmat. cap. 8. num. 12.* Plures pro utraque opinione citat Petrus Gilkenius *ad l. 2. numer. 11. Cod. qui testament. facere possunt.*

Præterea hæreticis, & his credentibus testandi facultas adempta est. *l. Mattheus. 4. §. ergò. 5. & Authent credentes. C. de hæreticis & Manichæis* Hujusque præcipua ratio est; tum criminis ipsius atrocitas, cujus injuria ad omnes pertinet: unde & publicum crimen dicitur. *dict. l. 4. §. 1 C eodem.* tum omnium bonorum publicatio. *dict. l. 4. §. 1. C. dict. tit. latè, post alios, Dauthus in tractat. de testament. tit. qui testament. facere possunt. num. 242. & seqq.* Illisque non immerito ab hominibus sua bona auferuntur, qui Majestati divini honorem debitum detrahere non reformidârunt. *Authent. Gazaros. C. de hæreticis, &c.* Si tamen pater hæreticus inter liberos orthodoxos testamentum fecerit, id sustinetur, *per textum expressum in Novellar. 115. cap. 3. §. si quis de prædictis. 14 vers generalem autem providentiam &c. & Novellar. 144. cap 1. Reusner. dict. part. 2. cap. 46. num. 20. & seq.* Quemadmodum autem hæreticis; 21 ita & apostatis lege adempta est testamenti factio, tam passiva, quàm activa, *uti loquuntur*: adeò, ut non modò ipsi testamentum facere nequeant (Nam nec bona habent, de quibus testari possint; quippe quæ ipso jure confiscata intelliguntur. *cap. cùm secundùm. 19. extr. de hæretic. in 6.*) sed & nemini in hereditate succedant: ac insuper à testimoniis dicendis repellantur. *l. hi, qui sanctam. 3. & l. seq. C. de apostatis. Bonifac. de Vitalib. in tract. de maleficiis. sub rubric. de apostatis num. 2.*

Manifestum insuper usurarium seu fœneratorem 22 testari non posse, nisi cautione de restituendis usuris priùs præstitâ, apparet *ex cap. quanquam. 2. circa finem. ubi Ioan Andreæ & Canonistæ ext. de usur. in 6. & ad hanc rubric. latissimè Philipp. Franc. vers. decimoseptimò prohibetur. &c. Iulius Clarus dict. §. testamentum. quæstione. 26. Vasquius de success. progress. lib. 1 §. 1. num. 178. Covarruv. ad rubric. de testament. part. 3. num. 11. & lib 3. variar. resolut. cap. 13. num. 9. Ioannes Dauthus in tractat. de testament. num. 249. aliique plurimi per eum congesti.* Ratio ejus est usuræ ipsius fœditas & labes maxima: quæ sanè tanta est; ut, *secundùm canones*, reo istius criminis non tantùm sepultura Ecclesiastica denegetur: sed &

præ-

præterea à is excommunicetur, adeòque planè intestabilis reddatur, *d. cap. 2. in princip. d. tit. Clement. 1. de sepult. Portius in hoc tit. num. 22. & Panormitan. consf. 1. lib. 2. eosq; citans Reusner. d. part. 2. de testam. cap. 47 num. 2.*

23 De eo non immeritò dubitatur: an mercator qui merces carius vendit, si solutio differatur, quàm si in præsenti pecunia numeretur, pro manifesto usurario haberi debeat; ita ut in crimen pravitatis usurariæ, adeòque in pœnam *d. cap. 2. de usur.* quo testamentum usurarii irritum esse statuitur, incidat? Et illum incidere, sicque tanquam manifestum usurarium testari non posse, volunt *Panormitan. consf. 22. lib. 1. & Andreas Siculus consf. 67. col. 5. lib. 2.* Sed contrarium, saltem consuetudine ita dictante, verius propterea esse videtur: tum quòd pœna is thæc odiosa sit, & auferat hominibus testandi libertatem, quæ omni jure concessa est. *l. 1. C. de SS Eccles. & simil.* tùm quod Reipubl. maximè intersit, ut testamenta suum sortiantur effectum, *leg. vel negare. 5. ff. de testament. quem-*

24 *admodum aperiant.* Sicuti & aliàs celebrans contractum, qui communiter pro licito habetur, quamvis alioquin iste contractus usurariam sapiat pravitatem, non ideircò tamen usurarius manifestus dicitur, *argum. l. quis sit fugitivus. 17. §. apud Labeonem. 12 ff. de ædilit. edict. Decius in l 1. num. 17. vers. sed certè ista conclusio, &c. & in leg. procurator. 7. num. 7. C. de*

25 *edend.* Siquidem contractus ex consuetudine judicatur licitus & permissus, *argum. l. quid ergo. 3 §. 1. ibi. vel his, quæ in regione observantur ff de contrar & util. it. act. tutel. l. tutor, qui repertorium. 7. §. quæ autem sunt. 10. vers. ex cæteris causis secundùm mortem provinciæ. ff. de administrat. & pericul. tutor. leg. cùm servus. 39. § apud Iulianum. 1 vers. in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus. ff. de legat 1. l. 1. in princip. ibi, ex more regionis & l. & in contraria. 37. ibi. quæ in regione frequentantur. ff. de usur. Roland. à Valle consf 75. num. 41. libr. 1. & consf 96. num. 16. libr 2.*

26 At quid de Iudæo statuendum; num & is legitimum facere testamentum poterit? At fanè Iudæum testamenti factione jure nostro haud repelli, non omninò ineptè quispiam dixerit. Nulla enim lex est, nullaque constitutio, quæ Iudæum à testamenti condendi facultate exclusum esse, pronunciat. Atqui exploratum est, & tralatitium: regulariter omnes ad testandum idoneos censeri, quibus testamenti factio legibus prohibita non reperitur. *argum. l. mutus. 43. § 1. ff. de procuratorib. l. cum quæritur. 12. §. 1. ff. de judic.* Accedit, quòd ex *l. jussio. 5 C. de judæ. & cœlicol. l. spadonem. 15 §. jam autem, 6. ff. de excusationib. tutor. & simil.* evincitur: Iudæos juris civilis in omnibus capaces esse. Ex quo non obscurè colligitur: quòd illi etiam testamenti factione utantur. Quandoquidem testamenti factio aut juris gentium est, aut juris civilis. Si juris gentium est: proculdubio Iudæis competit, utpote qui omnium, quæ juris sunt gentium, capaces censentur. Si verò juri civili testamenti factio adscribitur: utique etiam Iudæi, qui se eundem jura modò allegata, fruuntur jure civili, testamenti condendi facultatem habebunt. *Cæterùm testamentum, cujus juris sit, abundè explicatum est ad princip. tit. supr. de testam. ordinand. num. 61. & multis subseqq.*

Illi sententiæ non adversatur, quòd usurarius manifestus facultate testandi sit destitutus. *dict. cap. quanquam. 2. ext. de usur. in 6. & expositum supr. num. 22.* Iudæos autem plerosque usurarios esse, & usurariam pravitatem exercere, quotidiana testetur, confirmetq; experientia. *Nam respondetur:* in Iudæis usurariam pravitatem non esse culpabilem: cùm notoria totius Germaniæ consuetudine receptum sit: Iudæis usuras exercere non interdictum, sed potiùs permissum esse. Videatur, *post alios, Reusn. d. part. 2, de jure testamentor. cap 47 num. 16.* 27

Non item obstat, quòd Iudæus à testimonii dictione testamentaria repellatur. *l. quoniam* at *C. de hæreticis. can. non potest. 23. caus. 2. quæst 7* ac proinde multò magis testamenti factio ei adempta censeatur. Plus siquidem esse videtur, testamentum conficere, quàm testem in testamento adhiberi. *Non, inquam, hoc obstat.* Haud enim sequitur: hic vel ille non potest esse testis in testamento, ergo etiam testamentum facere non potest. Videmus namque, quòd periurus, tanquam personainfamis, non possit testis in testamento adhiberi; & tamen testandi facultate, minimè privetur, *ut ostendimus infr. num. 36.* Sic generaliter infames à testimoniis, etiam testamentariis, arceantur: & tamen testamentum condere non prohibentur, *ut fusius declaravimus infr. nu. 33. & seqq.* 28 29

Pariter nihil movet textus *in l ult C. de Iudæis.* ubi cùm omnis omnino administratio Iudæo interdicta sit: inde colligi posse videtur, à testamenti factione Iudæum exclusum esse; quoniam qui testamentum facit, bonorum suorum administrationem gerit. *Etenim* responsio parata est ex ipso textu, qui perspicuè loquitur de administratione, ratione publici officii alicui competente: & sic vult ille textus, Iudæum nullam administrationem, publici officii ratione, habere posse. Quemadmodum enim Iudæus, propter infamiam, à publicis removetur arceturq; officiis, sic ab administratione, quæ à publico officio dependet, excluditur. Verùm quemadmodum Iudæus bonorum suorum administrationem privatam habet: ita etiam de bonis suis pro libitu testari potest: quippe cùm testamentū facere, bonorum administrationem concernat, *arg. l. is, cui. 18. ff qui testam. fac. poss. junctâ l. is, cui. 6 ff. de verb. oblígat.* 30

Porrò cùm impuberes testari nequeant, *ut suprà §. 1 hoc tit. intellectum est:* idem quoque de eunuchis dicendum videbatur: propterea quòd isti non pubescant: imò quòd, *teste Lampridio,* Alexander Severus illos neque puberibus, neque impuberibus adscriberet; sed tertium quoddam genus hominum diceret. Verùm hac dubitandi ratione non obstante, Constantinus Imperator illis etiam testandi prærogativam indulsit, *leg. eunuchis. 5. C. qui testam. facere poss.* Idque eâ decidendi ratione: quod in eo, qui testatur, integritas mentis, non sanitas corporis exigenda sit: & corporis debilitas ea, quæ animi judicio peraguntur, impedire non debeat *l. 2. ff. d tit. l. 2. § quem ita 7. vers.* 31

vers. corporis debilitas. ff. de vacat. & excusat. munerum. Duaren. ad d. tit. ff qui testam. fac. possunt. sub rubr. de his. qui testam. fac poss. vers superiùs diximus. &c. fol. mihi 424 Tametsi Cujac. *lib.* 17 *observ. cap.* 24. textum *in d. l eunuchis* 5. *C. d tit.* ad cubicularios Principis referentem existimet : cui expositioni textûs generalitatem parùm favere, rectè monet Ioannes Dauthus *d. tract. de testament. sub tit qui testam. fac possunt num* 263.

32 Quod autem eunucho modò dictum est, eum testamentum facere posse: idem statuendum esse de eo, qui manus vel in rixa & conflictu, vel supplicii causa amisit, Paulus respondit *l. qui manus.* 10. *ibique Bartolus & Baldus ff qui testam. facere poss.* Quanquam enim nomen heredis testatoris manu scribendum est: ut sit manifestum, secundùm testatoris voluntatem esse transmissam hereditatem: hoc tamen ita demùm verum est, si literarum is peritus sit, & vires ad scribendum habeat. *l. jubemus* 29. *in princ. C. de testam.* Quòd si verò vel ex morbi acerbitate, vel literarum imperitia hoc facere minimè possit, sufficiat eo casu, nomen heredis à testatore nuncupatum saltem, vel testium. vel cujuslibet alterius manu inscribi, *d. leg. jubemus* 29. *cum Auth. seq. C. eod. Reusner. d. part. 2. de jure testam. cap. 20. num. 3.*

33 Quæritur de infami, an testamentum facere possit? Et posse, Inter omnes convenit, *Bartol. Baldus & Castrens. in leg. is, cui.* 18. *§. si quis ob carmen* 1. *ff. qui testamenta fac possunt Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quest. 25. Grassus in §. testamentum. quest. 32. Emanuel. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. I. nu. 59. Matthias Stephani cent 2. quest 54 ad lit b. Duaren. sub d. rubr. de his qui testament. fac. possunt. vers nunc videndum est de eis, &c fol mihi.* 425. *Panormitan. in rubr. de testament. num. 8. Dauth d. tit. qui testamentum fac possunt. num.* 265. Hujusque communis sententiæ multiplex affertur ratio. Tum quia nulla lex reperitur, quæ specialiter prohibeat infamem testari. Ergo ei permissam esse testamenti factionem, affirmandum est. *argum. l. 1. §. 1. ff. de testib. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procuratorib. l. cùm frater. 12. ff. de judic. l. qui accusare. 8. ff. de accusationib.* Tum quia in confesso est : infamem neque civitatem, neque libertatem, propter infamiam amittere, nullamque capitis diminutionem pati. Atqui regulariter omnes, qui cives Romani sunt, testandi facultatem habere, constat *ex d. l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Cives autem Romani esse intelliguntur. quicunque in orbe Romano sunt. *d. l. in orbe* 17 *ff. de stat. homin.* Tum quia IC. Cajus *in prædictâ leg. ejus. qui.* 8 *ff testament. facere possunt.* anxiè & scrupulosè docet, variis exemplis in medium productis; qui ob pœnam & crimen; vel conditionem amittant testamenti factionem : & tamen non meminit eorum, quibus infamiæ nota inuritur. Tum quia relegati existimatio apud omnes diminuta est. *l. cognitionum. 5. §. minuitur. 2. ff. de variis. & extraord. cognitionibus.* & tamen relegatus testamenti faciendi jus retinet. *d. l. ejus. qui. 8. §. sed relegati. 3. ff. qui testament facere possunt. & indicatum suprà num. 8.* Tum
34 quia in *l. 1. C. de secund. nupt.* ab Impp. Gratiano. Valentiniano & Theodosio rescriptum est : mulierem, quæ intra annum luctûs secundo rupsit, infamem fieri; & prætereà hac pœnâ plecti, ut ultra tertiam partem bonorum suorum, non possit marito secundo testamento relinquere? Quibus verbis manifestè ostenditur, eam posse testamentum facere, modò tertiam partem bonorum suorum legando non excedat. Tum postremò, quia à militia ex causa ignominiosa dimissus, infamis est; & privilegium militare amittit. *l. 1. & 2. ff. de his, qui notant. infam.* & tamen jure communi testari non prohibetur. *l. testamenta. 26. ff. de testamento. militis.*

Isti verissimæ sententiæ, quâ asseritur, infamem de bonis suis testandi facultatem habere, non obstat. *d. l. is. cui* 18. *§. 1. ff. qui testament. facere possunt.* ubi cùm damnatus ob carmen famosum, à se compositum testari prohibeatur: inde concludendum videtur, infamem nullo modo testamentum condere posse. *Etsi* enim ob carmen famosum damnatus proculdubio infamiâ notatus est: testamensi tamen factio ei non interdicitur propter infamiam, quâ laborat; sed propter odium ipsius criminis, per se considerari. ac propterea interdictio facultatis testandi non est pœna infamiæ, sed pœna libelli famosi. Fuit etenim crimen istud in Republica Romanâ admodum grave & exosum, variisque pœnis punitum, uti videre licet *ex l. ob carmen. 21. in princip ff de testib. l. lex Cornelia. 5. §. si quis librum 9. cum l. seq ff. de injur. l. unic. C de famos. libell & novâ constitutione criminali Imperatoris Caroli V. artic* 110. Ex quibus locis patet, auctores carminum & libellorum famosorum non modò intestabiles esse; sed etiam pœna talionis, aliisque gravibus suppliciis coerceri. Certum itaque est; contrariam argumentationem, *ex d. l. is, cui.* 18. *§. 1 ff. qui testament. fac. possunt.* desumptam, laborare fallaciâ secundùm non causam, ut causam: dum prohibitio testandi adscribitur infamiæ conficientis carmen famosum: cùm tamen illa magis ex ipso delicto, quàm ex infamia proficiscatur. 35

Similiter non adversatur, quòd manifestus usurarius. qui & ipse infamis est, à testamenti factione arcetur, *cap. 2. ext. de usuris in 6. & annotatum supr. nu. 22. & 27.* Nam hæc objectio eodem, quo præcedens, tollitur modo. Quòd enim usurarius est instabilis, non contigit propter infamiam, quâ gravatus est; sed propter criminis pravitatem & odium : ita ut pœna instabilitatis non tam infamiæ, quàm usurariæ pravitati irrogetur. Atque hinc infertur : perjurum, licèt infamis sit. *l. si quis major* 41. *C de transactionib. can. infames. 17. & can. quicunque. 18. caus. quest. 1. cap querelam. 10. ibique gloss. super verbo. perjuri ext. de jurejurand* tamen testamentum facere posse: quandoquidem nulla lege constitutum est, quòd infamis ex hoc ipso, quod infamis est, à testamenti factione repellatur. Pari ratione furti & injuriarum damnatus, non obstante infamiâ, rectè testabitur, *per notata Ioannis Andreæ in cap. quod semel. 21. num. 9. de reg. jur. in 6. & Reusneri d. part. 2. de jure testament. cap. 49. num 4.* 36

Etsi porrò de rebus alienis nemo testari possit. *Lo-* 37
fitun-

ficiuntur. 8. *§. si post factum.* 3. *ibi, & de alienis quodam modo rebus testatur. ff. de jure codicill. l. cùm pater.* 77. *§. mando.* 24. *ff. de legat.* 2. *l. verbis,* 120. *ibi, legassit sua rei. ff. de verb signif. Auth. ingressi. Cod. de sacrosanct. Eccles* & res communis mea non sit. *leg. in tantum.* 6. *§.* 1. *ff. de divis. rer. leg. sed si hac* 10. *§. qui manumittitur* 4. *ff. de in jus vocand. l. per fundum.* 11. *ff. de servit. prad. rustic.* nihilominus tamen jure cautum extat, quòd societas sive communio omnium bonorum nihil impediat quò minùs alter de re communi testamentum
38 facere possit. *l.* 1. *Cod. qui testamenta fac. poss.* Estque ratio satis aperta: quoniam res communis mea esse intelligitur, quoad dispositionem meæ partis. *l.* 1. *&* 2. *ff. commun divid l servi electione.* 5. *§.* 1 *ff. de legat.* 1. *l. duo fratres.* 78 *ff. de acquirend. vel omitt. heredit.* latè Dauth. *d. tract. de testament. sub rubr. qui testam. fac. poss num.* 260. & Gilkenius *ad dict. l.* 1. *Cod. qui testam. fac. poss. numero.* 2. *& seqq.* ubi ad contraria respondet.

39 Adhæc in quæstionem vocari solet: utrùm testamentum illius, qui metu ultimi supplicii ob aliquod admissum flagitium sibi mortem conscivit, subsistat? Et testamentũ istud minimè sublistere, sed irritum fieri, multis legibus expressum atque decisum est. *l. si quis filio.* 6 *§. ejus, qui.* 7. *vers. quòd si quis. ff. de injust rupt. irr. fact. testament. l. in fraudem* 45. *§.* 2 *ff. de jure fisci. l. reum.* 43. *mortis.* 4. *ff. de adilic. edict. l.* 3. *vel ultim. ff de bon. eor. qui ant. sent. mort sibi consciv. l.* 1. *&* 2. *C. eod*
40 *l* 2. *C. qui testam. fac. poss. & similibus.* Cujus sanè rei non obscura ratio est: tum quia se ipsum interficiendo ante sententiam condemnatoriam quispiam non solùm pro confesso & convicto criminis, sed planè etiam pro condemnato habetur. *dict. l ultim. in princ. v. sed conscientia metu ff de bon. eor. qui ant. sent. mort sibi consc. Cynus, Decius, Iason. Alexand & communiter Dd. in d l,* 2 *C. qui testam. fac poss. Didac. Covarruv.*
41 2. *variar. resolut. cap* 1. *num. ult. ad finem.* Tum quia is, qui manus violentas sibi intulit, nulla ampliùs habet bona, de quibus testari possit: cùm ejus bona omnia fisco vindicentur. *dict. l ultim. in fine principii. & §.* 1. *&* 3. *ff. de bon. eor. qui ant. sent &c.* Tum etiam, quia hoc casu scelus scelere, flagitiumque flagitio cumulari videtur. Priùs enim testator iste facinus ultimo supplicio dignum admisit: quo facto, graviore se scelere inquinavit, dum sibi ipsi mortem intulit. Eaque
42 de causa veteres sui interfectoribus neque parentabant, neque justa faciebant: quinimo carnificis loco ii habebantur, & in crucem tollebantur: & perpetua infamia notabantur; adeò, ut ne à conjuge quidem superstite lugeri possent *l. liberorum.* 11. *§. non solent* 3. *ff. de his, qui notant. infam.* Vnde etiam nostris moribus receptum est: ut sepultura non humana, nedum ecclesiasticâ, sed caninâ vel asininâ afficiantur, qui sibi ipsis voluntariè, aut per ferrum, aut per venenum, aut per præcipitium, aut per suspendium, vel quolibet modo mortem inferunt. *can. placuit.* 11 *caus.* 23 *q.* 5 *Menoch. lib.* 2. *de arbitr. jud. cent.* 3 *cas* 384. *num.* 39 *Iodoc.* Dam*houder. in prax. rer. crim. c.* 88. *num.* 5. *Sichard. in d. l* 2. *num* 2. *C qui testam fac poss. Carrer. in tractat. crim. in* 13. *tract. de homicid. & assassin. §. modo hic numer.* 5. *Prosper Farinac. in prax. crim. quast.* 128. *de homicid. titulo decimo quarto. part. prim. numero.* 16. *ubi plures citat.* In tantum autem testamentum ejus, qui 43
metu pœnæ aut supplicii sibi conscivit mortem, non valet: ut ne quidem militis, si ob conscientiam delicti militaris mori magis, quàm damnari maluit, ratum sit testamentum. *dict. l si quis filio.* 6. *§. ejus, qui.* 7. *vers. nam eorum & vers. quam distinctionem. ff. de injust. rupt. irr. fact testam. l. ejus militis.* 34. *in pr ff de test. milit.* Cæterum decisio isthæc, quâ dicitur, testamen- 44
tum illius, qui se ipsum vitâ privavit, irritum ac nullius momenti esse, haud procedit in eo, qui post testamentum factum non metu pœnæ, aut conscientiâ criminis sed tædio aut fastidio vitæ, aut pudore æris alieni, vel valetudinis adversæ impatientiâ, aut furoris rabie quadam, & impotentiâ mentis mortem sibi conscivit. Hic etenim in ea causa est, ut testamentum, quod antea fecit, firmum maneat. *d. l si quis filio* 6. *§. ejus, qui* 7. *vers. quòd si quis tadio. cum vers. seq. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. d. l ultim § si quis autem tadio.* 4. *& §§. seqq ff. de bon. eor. qui ant. sent. mort sibi consciv. dict. l.* 1. *&* 2. *C. d t. d. l. in fraudem.* 45. *§* 2. *ff de jure fisc. l.* 1. *§. si quis* 23 *ff de SC. Silanian. dict l.* 2. *C. qui testam. fac. poss. l. factum* 12. *C. de accusat Paul. lib.* 5. *sent. recept. in pr. Farinac d. q.* 128. *de homicid. t,* 14. *num.* 71. *Peregr. lib.* 4. *de jure fisc. t.* 4. *num.* 1. *& seq.* Quò pertinet etiam novella constitutio criminalis Imp. Carol. V. *art.* 135. cujus hæc verba sunt: Wann jemand beklagt/vnd in Recht erfordert oder bracht würde von sachen wegen/so er/der vberwunden sein Leib vnd Gut verwircket hette vnd auß Forcht solcher verschuldter Straff sich selbs erdödt/deß Erben sollen in diesem Fall/ seines Guts nit fähig oder empfänglich / sondern solch Erb vnd Güter der Oberkeit / der die peinlichen Straff/Buß vnd Fälle zustehen / heimgefallen seyn. Wo sich aber ein Person außerhalb obgemelter offenbahren Vrsachen auch in Fällen / da er sein Leib allein verwircket/oder sonst auß kranckheit deß leibs/ Melancholey/ Gebrechlichkeit jhrer Sinn/oder ander dergleichen Blödigkeiten sich selbs erdödtet/derselben Erben sollen deßhalben an ihrer Erbschafft nit verhindert werden/&c.

Sed & illud non ignorandum: testamentum ejus, 45
qui jactationis causa, vel vanâ gloriâ contemptûs vitæ sibi necem conscivit, haud infirmari, sed ratum nihilominùs esse, *d l si quis filio.* 6. *§. ejus, qui* 7. *vers. quòd si quis tadio ff. de injust. rupt. irr fact testam. dict. l. ultim § si quis autem.* 4. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. mort sibi consciv.* Idque ex Philosophis quosdam fecisse legimus: ut Empedoclem, Cleanthem, Chrisippum, Zenonem, Democritum, Catonem Vticensem, Cleombro- 46
tum, Ambrachiotem, Calanum, & plures alios, de quibus videantur *Cicero lib.* 1. *&* 5 *Tuscul. q. Tiraquell. in tract. de nobilit. cap.* 31. *num.* 512. *Aleiat. libr.* 4 *parerg. iur. cap.* 4. *Petrus Placa. libr.* 1. *Epitom. delict. c.* 23. *Menoch. d. lib.* 2. *de arbitr, jud. cent.* 3. *cas.* 284. *num.* 2. *cum seqq. Dionys. Gothofred. ad d. l. ult. § si quis autem tadio* 4 *super verb vel alio modo ff. de bonis eorum, qui ante sententiam, &c.* Quin & in sacris literis extat exemplũ Raziæ cujusdam seipsum occidentis, & ob id appro-

 batio-

bationem hominum, applausumqve non exiguum merentis. *libr 2. Machab. cap. 14. ver. 37. & seqq.* Vbi bene Andreas Osiander, ex patre suo Luca Osiandro, seqventia verba *ad vers. 42.* annotavit: *Etsi autem hec Razia factum videtur habere speciem fortitudinis, quod vitam ipse sibi abrumpere, quàm impiorum militum ludibrium, fieri maluerit; & exitus è vita videtur pius fuisse: tamen factum ipsum haudquaquam laudari potest. Repugnat enim mandato divino:* Non occides *Et hominis desperantis magis, quam fortis est, seipsum perimere. Alia tamen est ratio hominum, qui ex melancholia & errore mentis tale quid faciunt.*

47 Verùm magna est, & satis impedita controversia: si qvis post testamentum factum sibi ipsi cruentas manus intulit, nec constat; vtrùm conscientiâ criminis & metu vltimi supplicii, an alia ex causa, ob qvam testamentum non infirmatur, semetipsum interfecerit: num hoc casu fisco, bona illius tanqvam commissa vindicanti, an verò heredibus institutis probatio incumbat, qvòd non conscientiâ criminis, nec metu poenæ, sed ex impatientia doloris, aut tædio vitæ, vel jactantiâ qvadam & contemptu vitæ semetipsum trucidaverit? Et qvicqvid nonnulli dicant: verior est sententia existimantium, probationem fisco incumbere affirmanti, interfectum mala conscientiâ criminis, & metu vltimi supplicii sibi ipsi manus intulisse, *per textum in d. l. 3. (vel ultim.) § fin. ff de bon. eor. qui ant. sent mortem sibi consciv.* vbi Marcianus ait: nec priùs bona in fiscum cogenda esse, qvàm si de crimine fuerit probatum item *per textum in dict. l. in fraudem.*
48 *45. §. 2 ff de jure fisci.* vbi Paulus ita respondit: *ejus bona, qui sibi mortem conscivit, non ante ad fiscum coguntur, quam priùs constiterit, cuius criminis gratia manus sibi intulerit* Hisce vtiqve verbis onus probandi in fiscum non obscure conjectum esse videtur. Præterea qvandocunqve inter duos controvertitur: vtri ex illis probationis onus incumbat; regula juris dictat, eum onere probationis prægravandum esse, qvi præsumptionem juris contra se habet. *l. generaliter. 24. § sed & si ita 8 ff. de fideicommiss. libertat. l. ultim. in princ ff quod met. caus. l. nuptura. 57. in fine. ff de iure dot. l si chirographum. 24. & l. cùm de indebito. 25. in princip. ff de probationibus. l. si vepossidetis. 16. C. eod. c. ex insinuatione. 3. in fin. glos. super verb. probare. ext. de procuratorib.* etiamsi illa præsumptio non esset legis, sed hominis tantùm *per tradita Menochii libr. 1. præsumption. quæst. 33 in fin.* Atqvi in præsenti specie, vbi videlicet testator post testamentum conditum se-
49 metipsum jugulavit, magis est præsumptio contrà fiscum; qvod nullius sceleris conscientiâ, nec metu vltimi supplicii, sed potiùs impatientiâ doloris, vel tædio vitæ, similive causa id testator fecerit. Nam qvandocunqve illicite factum ita comparatum est, vt vel graviori, vel leviori noxâ perpetrari potuerit: præsumitur potiùs leviori delicto; qvàm graviore factum
50 fuisse: qvoniam ex duobus malis, minus eligendum est. *can. duo mala. 1. Distinct. 13. can. David. 5. & can. si aliquid. 6. caus. 22 quæst. 4.* Iam verò dubium non est ullum, qvin gravius sit delictum; conscientia alicujus criminis & metu vltimi supplicii, semetipsum usurâ hujus lucis privare, qvàm impatientiâ doloris, vel tædio vitæ id ipsum facere. Conseqvens igitur est: contra fiscum stare præsumptionem, qvòd interfector sui ipsius, potiùs impatientiâ doloris, aut tædio vitæ, vel simili causa, qvàm conscientia criminis & metu poenæ istud fecerit. Ideoqve fisco potiùs, qvàm scripto heredi, onus probandi contrarium incumbit.

Neqve adversatur textus *in d. l. 2. C. qui testamenta* 51
fac. poss ex qvo ostendi posse videtur, qvòd isthæc probatio ab instituto herede exigatur, dum hæc verba inserit: *ejusq; innocentia liquidis probationibus commendari potest à te.* Etenim Accursii ibidem, Cyni, Philippi Decii, Alexandri, Alberici de Rosate, aliorumqve qvorundam responsionibus repudiatis, illa mihi arridet: qvòd textus *dicta l. 2,* qvatenus heredem institutum gravat onere probandi innocentiam testatoris, qvi semetipsum interemit, accipiendus sit de tali specie, vbi contra interfectorem sui ipsius, præsumptiones qvædam criminis perpetrati militabant: veluti, qvòd criminis jam accusatus, post accusationem institutam manus lethales sibi intulerit. Qvo sanè casu propter præsumptionem, ex accusatione redundantem, innocentiæ probatio heredi scripto incumbit: fiscus autem ab onere probandi relevatur. Qvemadmodum enim præsumptio pro aliqvo existens, liberat illum ab onere probandi: sic vice versa præsumptio alicui resistens, eum probandi onere gravat, *arg l. omnimodo. 30 ubi Dd. communiter. C. de inofficios. testam l. ultim Cod. ad leg Iul. repetundar. & jurium similium adductarum suprà numer. 48.* Totum igitur 52
negocium hac distinctione commodè explicari potest: Aut enim nulla contra occisorem sui ipsius aderat criminis alicujus patrati præsumptio: & hoc casu probatio fisco, bona illius vindicanti, non autem heredi instituto, incumbit. *dict l. ultim. § fin. ff. de bon. eor. qui ant sentent. mort. sibi consciv. dict. l. in fraudem. 45. § 2 ff de jure fisci.* Aut contra interfectorem sui ipsius emergunt sceleris admissi præsumptiones: & tunc locum habet decisio *dicta l. 2. C. qui testament. fac. poss.* qvòd videlicet heres, testamento ab ejusmodi interfectore institutus, probationis onere gravandus sit: ita ut probare teneatur, testatorem non criminis alicujus conscientia, nec metu poenæ fata sua accelerasse, sed innocentem fuisse: & potiùs melancholia commotum, vel gravitate doloris ex morbo contracti impulsum, vel tædio vitæ, similiqve causa adductum manus sibi ipsi intulisse. Hac autem probatione factâ, præsumptio criminis, qvæ contra sui interfectorem urgebat, excluditur: atqve adeò testamentum ejus, remoto fisco, stabilitur. Vnde communis Doctorum est
conclusio: qvòd si statuto civitatis vel lege municipa- 53
li cautum sit, qvòd is, qvi citatus definito tempore non comparuit, pro confesso & convicto habeatur; tamen probatio contraria sit admittenda, per qvam confessio ficta elidatur, *argum. dict. l. 2, C. qui testam. fac. poss. dict. l. ultim. § ultim. ff. de bon. rer. qui ante sent. mort. sibi consciv. l. divus. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. l. ultimus. 18 § cogniturum. 9 ff. de quæstionibus. l. rapceres. 54 C. de Episcop. & cleric. & l. defensionis. 7. C. de jure fisci,*

sci. Atque ita concludunt Angelus, Cynus, Franciscus.
Aretin. Cornerus, Iason, Fulgosius, Alexander, Salicetus
Decius, & Gilkenius numero 16. C. qui testamen. fac.
poss Bald. in l ita demum. 13 numero. 6. C. de procura-
toribus Panormitan. Felinus. & cæteri in c afferte 2. de
præsumptionibus Alciat. in tractat præsumpt. regul. 3.
præsumpt. 21. numero 7. Andreas Gail. de pace publicâ
libr. 2. cap. 8. numero tertio. pluresque alii, per eum re-
lati.

54 Qvoniam itaqve secundùm suprà tradita, fiscus eo
in casu, qvo præsumptionem aliqvam pro se habet,
relavatur onere probandi, qvòd interfector sui ipsi-
us ob conscientiam alicujus criminis & metum pœ-
næ, tale facinus in se ipsum admiserit: inde haud in-
convenienter qværitur: utrùm ad inducendam talem
præsumptionem pro fisco sufficiat, qvòd constet, in-
terfectionem sui ipsius atrox aliqvod delictum, ulti-
mo supplicio dignum, ante sui ipsius interfectionem
commisisse: & utrùm ex tali delicto, qvod præcessit
internecionem, hæc præsumptio pro fisco insurgat,
qvòd interfector iste ob conscientiam delicti sui, & ti-
morem imminentis supplicii, sibi mortem conscive-
rit? Atqve negativa sententia, ceu veritati omninò
consentanea, mihi placet: qvòd nimirùm nullum de-
lictum, qvantumvis grave & ultimo supplicio dig-
num contra delinqventem, qvi postea semetipsum oc-
cidit, præsumptionem pro fisco faciat, qvòd occisor
iste ob conscientiam criminis, obqve metum futuræ
pœnæ seipsum interfecerit: nisi aliæ circumstantiæ
55 concurrentes id suadeant. Hancqve sententiam pro-
bat textus elegans in dict. l. 3. sive ultim. ff. de bon. eor.
qui ante sententiam mort. sibi consciver. vbi Marcia-
nus respondit hisce verbis: Qui rei postulati, vel qui
in scelere deprehensi, metu criminis imminentis mor-
tem sibi constituerunt: heredem non habent. Papini-
anus tamen libro sexto decimo responsorum ita rescri-
psit: ut, qui rei criminis non postulati, manus sibi in-
tulerint: bona eorum fisco non vindicentur. Non enim
facti sceleritatem esse obnoxiã, sed conscientia metum in
reo velut confesso teneri, placuit. Ergo aut postulati
esse debent, aut in scelere deprehensi: ut, si se interfe-
cerint, bona eorum confiscentur. Ecce tam Papinia-
nus, qvàm Marcianus, Iureconsulti ad hoc, ut reus
criminis, qui post crimen admissum seipsum interfe-
cit, bona ad heredes suos devolvere ac transmittere
non possit, duo reqvirunt. Primum est, ut ille scelus
contraxerit, & seipsum postmodum interfecerit: alte-
rum, ut istius sceleris causa, qvod antèa perpetraverat,
accusatus vel postulatus, aut certè in ipso crimine de-
prehensus fuerit. Non ergò sufficit ad præsumptio-
nem pro fisco inducendam, qvòd aliqvis flagitium
admiserit, & postea manus mortiferas sibi intulerit:
sed insuper etiam reqviritur, qvòd post scelus patratum
accusatus vel postulatus, aut ad minimum in scelere
deprehensus fuerit. Vide Donellum, eumqve lau-
dantem Gilkenium ad dict. l. 2 C. qui testament. fac.
poss. numero 17. & seqq. itemqve Prosperum Farina-
cium in praxi criminal. quæst. 128. de homicid. tit. 14.
num. 60. & seqq.

56 De eo qvoqve qværi poterit: num testamentum il-
lius, qvi sola criminis à se commissi conscientiâ, abs-
qve ullo metu subituræ pœnæ, seipsum interfecit, ir-
ritum fiat? Nec benè qvispiam dixerit: hanc qvæstio-
nem penitùs ociosam, imò Domitianam videri: pro-
pterea qvòd nemo conscientiâ criminis obstrictus se-
metipsum trucidare possit, qvin metus futuræ pœ-
næ simul intercesserit. Nam respondetur: hæc duo
inter se differre: qvoniam fieri potest, qvòd qvis post
crimen occultè commissum, & non accusatus, nec ti-
mens illud detegi, solâ desperatione motus, ne dicam
pœnitentia, qvod illud commiserit crimen, se ipsum
occiderit: non autem alicujus imminentis condem-
nationis, seu pœnæ formidine id fecerit, per tradita 57
Ignei in l. 1. §. si sibi manus 22 ff. ad SC Silanian. vbi
ait, plus esse, occidere se propter metum pœnæ,
qvàm propter conscientiam criminis: & idcirco ibi-
dem numero 61. infert: qvòd ad effectum testamenti
infringendi & confiscationis bonorum, non sufficiat,
qvem se occidisse ex conscientia criminis, nisi etiam
se occiderit metu futuræ sententiæ & pœnæ. Idem
sentit Decianus in tract. crimin. libr. 9. cap 2. numero
6. & seq. eumqve referens Farinacius dict. quæstion.
128. de homicid. tit. 14. numer. 53. Illius exemplum pe- 58
ti potest ex l. querela. 12. C. ad leg. Cornel. de fals. ex qvâ
constat, qvòd omnium criminum accusatio & puni-
tio regulariter viginti annorum spacio præscribatur &
tollatur. Hancqve receptissimam esse & verissimam
sententiam, testantur Nicolaus Boërius, decis. 26. nu-
mero 6. cum seqq. Iulius Clarus libr. 5 sentent. §. fin.
quæst. 51. numer. 1. Farinac. libr. 1. de inquisit. tit. 1. quæ-
stion. 10 num 1. aliiqve per eos citati. Et huc referan-
tur, qvæ dicta sunt suprà ad principium tit. de usuca-
pionibus. numer. 114. Pone ergo: qvòd aliqvis perpe-
trato gravi qvodam crimine, post vicennium ex die
admissi criminis elapsum, semetipsum interfecerit:
cùm tamen sciret, huic crimini tanto temporis spacio
præscriptum esse: adeòqve se ampliùs à nullo Iudice
vel Magistratu puniri posse. Iam utiqve certum est,
qvòd homo iste non metu pœnæ vel ultimi supplicii,
sed ob solam criminis conscientiam sibi fata matura-
verit, seqve ipsum occiderit. Sic etiam si qvis gratiam à 59
Principe & remissionem criminis impetraverit, juxta
l. 1. C. de sentent. pass. & restitut. l ult. C. de generali abo-
lit. & l 1. §. de qua. 10. ff de postulando. postea verò se-
metipsum interemerit: itidem certum est, qvòd non
metu pœnæ & ultimi supplicii manus violentas ille si-
bi ingesserit. Non igitur dubitandum est, qvin contin-
gere possit: qvod qvis post flagitium admissum, nullo
metu futuræ pœnæ, sed solâ desperatione vel pœniten-
tiâ sibi ipsi vitam auferat: & conseqventer suprà nu. 56.
proposita qvæstio minimè ociosa vel inutilis existat. I-
taqve ad qvæstionem istam respondendum arbitror: 60
qvod testamentum ejus, qvi solâ criminis designati cõ-
scientiâ, absq; ullo metu futuri supplicii, sibi ipsi mor-
tem conscivit, non subvertatur: nec bona heredibus au-
ferantur, fiscoqve vindicentur. per textum in l. 1. C. de
bonis eorum, qui mort. sibi consciv. ubi Imp. Antoninus
clarissimis verbis rescripsit: eorum demum bona fisco
vindicari, qui conscientiâ admissiq; criminis, metuque
futuræ sententiæ, manus sibi intulerunt.

Xx

Ex quo textu probè notandum: quòd Imperator conscientiam criminis & metum futuræ sententiæ, per dictionem copulativam *que* sive Et conjungit; atque adeò ad hoc, ut testamentum illius, qui sibi ipsi manus atroces ingessit, evertatur, bonaq; publicentur, duo copulativè requirit: quòd videlicet conscientiâ criminis, & metu futuræ sententiæ id factum fuerit.

61 Copulæ autem natura illa est: ut utrumque copulatorum intervenire debeat, nec unum sufficiat. *l. si heredi. 5 ff. de condicionibus institution. l. quidam testamento. 30. ibiq; Bartol. & Dd. ff. de vulgari & pupill substit.* quia copula stat ampliativè seu augmentativè. *l. eatamen adjectio. 46. ff. de legat. 3. Cravett. consil 9. numer. 25. Peregrinus. consil. 7. numer. 12. Surd. decis. 319. num. 6 & 7.* Præterea confirmat hanc sententiam textus *in suprà allegat. l. 3. ibi, quòd si futura pœna metu. C. qui testam fac. poss. & in suprà citata constitutione novellà criminali Caroli V. art. 135. ibi,* vnd auß Forcht solcher verschuldter Straff sich selbst tödt, &c. Quibus ex locis perspicuè evincitur: quòd sola conscientia criminis ad infringendum testamentum ejus, qui se ipsum interfecit, non sufficiat: sed simul metus pœnæ futuræ seu imminentis supplicii requiratur.

62 Nec movet in contrarium; quòd in uno & altero juris nostri loco, solummodo conscientiæ criminis fiat mentio. *l. cum hic status. 32. § si maritus. 7. ibi, obsceleris conscientiam. ff. de donation. inter vir. & uxor. & prædict. l. 3. circa principium. ibi. sed conscientia metum. & § ultim. ibi, si de crimine fuerit probatum ff. de bonis eorum. qui ante sententiam mort. sibi consciv.* Cùm enim in aliis legibus, paulò ante adductis, metus pœnæ cum criminis conscientiâ conjungatur: oportet sanè illas leges per has suppleri. Generaliter quippe verum est; quòd una lex ex alia suppl. ri atque explicari debeat, *argum l. non est novum. 26. cum duab. seqq ff. de legibus. &c.* ac proinde inclusio unius non est exclusio alterius, quoties in alia lege alterum includitur, *per not. a Cravetta consil. 776. nu. 19.*

63 Succedit nunc alia non contemnenda quæstio: si quis post crimen admissum manus violentas, se occidere volens, sibi ipsi injecit: putà si se ipsum laqueo suspendit, sed alio interveniente & laqueum rescindente, morte liberatus fuit, utrùm testamentum ejus antea factum, publicatis bonis, evertatur? Et hunc, si propter metum ultimi supplicii seipsum occidere voluit, eoque animo se suspendit, vel vulneravit, non tamen alio prohibente perfecit, perinde puniendum esse, ac si mortem sibi intulisset, rectè statuitur, *per textum apertum in dict. l. 3 § sic autem. 6 ff de bonis. eor. qui ante sent. mort. sibi consciv.* ubi Marcianus ostendit: eum, qui metu pœnæ sibi manus intulit, quamvis non perpetraverit, omnimodò puniendum

64 esse. Qui enim sibi non pepercit, multò minùs alii parcet. Accedit, quòd considerato jure civili Romano,

65 ille, qui alium animo occidendi vulneravit, pœnâ legis Corneliæ teneatur, etiamsi mors subsecuta non fuerit. *§ item lex Cornelia de sicar. 5 infr. de publicis judic. l. 1. §. Divus 3 ff. ad leg. Corneliam de sic ir & l. is, qui*

66 *cum telo. 7. C. eod.* Iam verò qui seipsu[m] [occidit], longè gravius delinquit, quam qui alium [occ]idit, ex hac tatione: quia qui alium interficit, corpus ipsius tantùm è medio tollit: animam autem ejus, quantum in ipso est, neutiquam occidere potest. Qui verò seipsum interimit: is certè & corpus & animam propriam nefarie perdit: idque explicatius persequitur Iodocus Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap. 88. numer 1. cum seqq* & Prosper Farinacius. *d prax. crim. quæstion. 128. de homicid. tit. 14. part. 1. numer. 1.* Si ergò gravius delinquit, qui seipsum, quàm qui alium occidit: consequens est, illum quoque, qui seipsum occidere conatus fuit, gravius committere crimen, quàm si alium interficere tentasset. Iure igitur civili inspecto, qui seipsum suspendio occidere voluit, & ab alio prohibitus & liberatus est, ultimo supplicio plectendus venit. Multò ergò magis testamentum, quod antea fecit, annihilatur: ut bona heredibus auferantur, & in fiscum redigantur. Ita sentiunt Cynus *in d. l. 2. C. qui testament. fac. poss.* Grammat *decis. 44. numer. 4. Placa in epit. delict. lib 1. cap. 23. numer. 8. Decian. in tract. crim. libr 9. c 3. nu. 4.*

Verùm cùm hodie notoriâ totius Romani Imperii consuetudine leges civiles, quibus conatus alium occidendi ultimo supplicio coercetur, abrogatæ & sublatæ sint, *ut patet ex Ordinatione crimin. Caroli V. art 178. Iulio Claro lib. 5. sent. § fin. quæst. 92 Berlichio part. 4. conclusion. practicabil. conclus. 10 num. 18. pag. 249. edit. 2. & pluribus aliis. quos laudavimus infr. ad d. § item lex Cornelia de sicar. 5. de public. judic. num. 263.* dubia quæstio est: utrùm hodierno tempore, qui seipsum vulneravit vel suspendit animo occidendi, prædictis pœnis subjectus sit, etiamsi effectus non fuerit subsecutus: Et breviter respondendum: ad pœnam ultimi supplicii quod attinet, eam hodie locum non habere, consuetudine generali omnium locorum hoc ipsum docente. Sed ad testamentum quantum pertinet; verius putaverim, illud propter nefarium istud facinus, irritum constitutum esse. Quamvis enim generali totius Imperii consuetudine ille, qui alium occidere conatus est, ordinaria legis Corneliæ pœnâ, sicque ultimo supplicio liberetur: tamen consuetudo isthæc non extenditur ad pœnam, quâ testamentum ejus irritum fi[e]ri debet: neque exemplo ullo demonstrari potest, ejusmodi testamentum executioni mandatum fuisse. Atqui verò consuetudo stricti juris esse dicitur: nec proptios facti & usus juris terminos excedit: adeoque si de aliquo non disponit, de eo nec nos disponere debemus, *argum. l. 3. §. hæc verba. 6. ubi Dd. communiter. ff de negoc gest. l. si vero 64. §. de viro. 9 ff solut. matrimon. l. si. quando. 35. in princ. C. de inofficioso testam. c. in nostra. 8. ext. de iniuri. c. 1. & 2. de filiis presbyterorum. in 6. Bartol. in l. 1. §. hoc interdicto. 2 ff. de itin. actuq; privat. Panormitan in c. quod translationem. 4. num 5. ext. de officio legati. Curt. sen. consil. 15. num. 2. Alexand. consil. 196. num. 14. libr. 2. Cravett. consil 30. num. 5. consil. 96. num. 4. cum seq. consil. 118 n. 6. & consil. 197 numero 12. Treutler. consil. 88. numero 27. Reusnerus libro tertio. consil. 11. numero 52. & num. 142*

67 (margin beside "Verùm cùm hodie") · 68 (margin beside "pœnam ultimi supplicii") · 69 (margin beside "consuetudo stricti juris")

Ostensum est hactenus: testamentum ejus, qui post perpetratum crimen, metu ultimi supplicii sibi ipsi cædem 70

dem intulit, infirmari, & bona ejusdem scriptis heredibus adempta ad fiscum devolvi. Atque hæc quidem certa sunt, quando constat, qvòd seipsum ille interfecerit. Sed controversum videtur: si quis in flumine publico, vel in puteo, vel in mari submersus & suffocatus, vel laqueo suspensus, vel in lecto, aut alibi mortuus reperiatur, nec appareat, utrùm semetipsum in undas sive puteum conjecerit & præcipitaverit, vel aliter mortem sibi ipsi intulerit: num hoc casu præsumptio sit contra illum, quòd sibi ipsi causam mortis spontè attulerit: an vero, qvòd istud ipse non fecerit, sed ab alio quodam in aquas conjectus & præcipitatus, vel suspensus atque interfectus fuerit? Et veriorem receptioremque puto illorum esse sententiam, qui asserunt; præsumptionem esse pro mortuo, qui in flumine publico, vel mari, aut puteo, alio ve in loco inventus fuit: qvòd ex se ipso haud se præcipitem dederit, aliamve mortis suæ causam sponte præbuerit: eò qvod in dubio sibi, suæque vitæ unusquisque prospicere,

71 neque seipsum facilè occidere præsumatur. Omni qvippe animantium generi à natura tributum est: ut se, vitam, corpusqve tueatur, declinetque ea, qvæ nocitura videntur, teste M. Cicerone *libr. 1. officior.* Sicut & jure ipso naturali & gentium hoc evenit; ut vim atque injuriam quisque propulset, & ob tutelam corporis

72 sui, vitæqve conservationem, quodlibet suscipiat. *l. ut vim. 3. ff. de justit. & jur. l. ita q. 4. & l. scientiam. 45. §. qui, cum aliter. 4. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. cùm arietes. 11. ff. si quadrup. paup. fec. dic. l. 2. & 3. C. ad leg. Cornel. de sicar.*

73 Huic assertioni non obstat, qvòd in dubio quilibet bonus & innocens; nemoque delinquere præsumatur, *argum. l. meritò. 51. ff. pro socio.* ac proinde non videatur in dubio præsumptio capienda contra alium, quòd ipse mortuum in aliquo loco repertum occiderit. *Nam* doctrina illa, quæ habet, neminem præsumi facinorosum, eo demum casu procedit, quando de certo homine quæstio movetur. Exempli gratiâ: si de Titio vel Sempronio dubitetur & quæratur: an bonus, vel malus sit? tunc potius bonus, quam malus præsumitur. Secus est, si non de certo aliquo homine, an bonus vel malus sit, quæstio instituatur: sed in genere ambigatur; utrùm qui mortuus reperitur, præsumatur sibi ipsi mortem intulisse, an vero ab alio quodam, quicunque ille fuerit, occisus fuisse. Hoc sanè casu præsumitur, delictum istud potiùs ab alio quodam, quàm ab ipso mortuo, commissum fuisse. Atq; ita tradunt & sentiunt Decius *in d. l. 2. C. qui test. fac. poss. & consil. 438 numer. 4. lib. 3. Belvis. in practic. lib. 3 cap 18. rubr. de his, qui sibi mort. consciv. num. 14. & seqq. Plot. consil. crim. diversor. 130. numero. 82. lib. 1. Royz. decis. Lituan. 1. in fin. Blanc. consil. 20. num. 2. lib. 3 Vulpell. consil. 1. num. 21. & seqq. Decian. d. tract. crimin. lib. 9. cap. 3. num. 10. Bajard. in addit. ad Iul. Clar. quæst. 68. num. 116. Socinus Iun consil. 51. vol 1.* & alii, quos refert & sequitur Prosper. Farinac. *d. q. 128. tit 14. n. 41. & seqq.*

Tandem quodjam sæpe dictum & inculcatum est, 74 bona illius, qui metu futuræ pœnæ ob aliquod patratum flagitium sibi mortem consciverit, institutis heredibus auferri, & fisco applicari: ei non resistit, quod regulariter cum ipsa morte (quæ omnia solvit. *Novell. 22. c. 20. in princip.*) crimen extingui soleat. *l. 1 in princ. ff. de privat. delict. l. 3. l. defuncto. 6. ff. de public. delict. l. ex judiciorum. 20 ff. de accusationib. l. si pœn. 20. ff. de pœnis. l. 1. in princ. vers. quamvis pendente ff. si pendente appellat mors intervener. l. 1. & 2. & tot. tit. C. si reus vel accusator mortuus fuer.* Regula namque isthæc procedit, locumque habet, si mors naturalis intervenerit; non autem ea, quam quis sibi ipsi, propter commissum aliquod delictum, maturavit: cùm alioqui sceleratissimus quisque se hac ratione publicæ animadversioni atque dedecori subtrahere, & aliis idem imitandi, & per consequens in ultimam salutis æternæ perniciem ruendi, exemplum præbere possit, tradente Petro Gilken. *in multoties alleg. l. 2. n. 20. C. qui test. fac. poss.*

DE EXHEREDITATIONE LIBERORVM.

TITVLVS XIII.

Principium Tit.

Non tamen ut omninò valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam suprà exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem, ut si vivo patre, filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si nō fuerant scripti heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve: testamentum quidem non infirmabatur; jus tamen adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nomi-

nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur, Titius filius meus exheres esto: sive ita, Filius meus exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

SVMMARIA.

1 *Quilibet testator liberos suos, quos in potestate habet, vel heredes instituere, vel exheredare tenetur.*
2 *Instituere heredem quid sit.*
3 *Exheredare quid.*
4 *Præterire quid.*
5 *Cur filiifamilias vel instituendi sint, vel exheredandi.*
6 *Duo unius rei domini vel possessores in solidum esse non possunt.*
7 *Ius exheredationis totum pendet ex patria potestate.*
8 *Neque pater filium emancipatum, neque mater liberos instituere vel exheredare necesse habet.*
9 *Testamentum, in quo filiusfamilias est præteritus, ipso jure nullum licet filius ante patrem moriatur.*
10 *Quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit.*
11 *Duæ inter filium ac filiam, &c. differentiæ.*
12 *Ratio utriusque differentiæ.*
13 *Hodie differentia inter filium & filiam, cæterosque liberos sublata.*
14 *Liberi quomodo nominatim exheredentur.*
15 *Quomodo inter cæteros exheredari dicantur.*

QVoniam dictum est de solennitatibus extrinsecis, in testamentis adhibendis, & de his, qui testari possint: ordo nunc postulat, ut videamus, quæ ad testamentorum formam sive substantiam, præter extrinsecas solennitates, velut intrinseca quædam solennia,
1 desiderentur. Præcipuum autem est liberorum, quos in potestate habemus, institutio vel exheredatio. A quovis enim, qui testamentum facturus est, exigitur: ut liberos, quos in potestate habet, heredes instituat, vel nominatim exheredet: alioqui si eos silentio præterierit, inutiliter testabitur, *hoc initio. l. 1. ff. de injust. rupt. irr. fact. test. l. 3 §. ultim. l si filius. 7. & l. inter cætera 30. ff. de liber. & posthum heredib. instituend. l. ult.*
2 *circa fin. C. de liber. præterit.* Instituere heredem, est suo loco alium ponere dominium. Instituere siquidem est ponere sive collocare, ut instituere arbores, aut vites, *quemadmodum ex Varrone docet Giphanius hic in vers. alioqui, &c.* Vel instituere heredem, est designare, quem aliquis se mortuo in jure sibi velit esse successorem. *l. 1. §. 1. & tot. titul ff. de heredibus insti-*
3 *tuend. D. Obreckt. disput. 20. thes. 6* Cui contrarium est exheredare, hoc est, eum, qui lege heres fit, exheredem facere, seu succedendi jure privare; hereditatem adimere, vel (*ut paulus loquitur*) abscindere. *l si quis posthumos. 9. § si filium. 2. vers. diversumq. ff. de liber. & posthum. hered. instit. Althus lib. 1 dicæolog. cap. 50 numer. 1. pag. 178.* Præterire verò, est silentio vel taci-
4 turnitate omittere, id est, neque instituere, neque exheredare, *§. eadem hac. 12. infr. de hereditatibus.*
5 *quæ ab intest. deferunt.* Ratio porrò, cur filiifamilias sive liberi in potestate constituti, aut instituendi sint, aut exheredandi, adeòque præteriti non possint, hæc est: quia ipsi suo quodam jure hereditatem parentum sibi vindicant; ita quidum, ut alio, quàm heredem titulo honestius appellari nequeant. Existimantur enim, vivo adhuc patre, quodammodo heri, id est, domini rerum paternarum; & patre defuncto dominium in eos de novo non transfertur, sed continuatur. *l. in suis. 11. ff. de liber. & posth. heredibus institut. Hergius hic numero 3.* Proinde lex voluit, ut pater istam dominii continuationem exheredatione interrumperet, illudque filiofamilias antè nominatim auferret, quàm alteri per institutionem tribueret: propterea, 6
quòd duo unius rei domini vel possessores in solidum esse non possent. *l si, ut certo. 5. § si duobus 15 ff. commodati.* quod alias hic contingeret. Nam & filius esset rerum paternarum dominus, auctoritate legis. *d l in suis. 11. ff. de liber & posthum hered. instit §. sui autem 2. vers. sed sui quidem. infr. de hered. qualit. & diff* & item extraneus à patre institutus, *tradentib. Kone hic num. 1. Wesenbecio numer. 3. Mynsingero nu. 4 & Vulteio num. 15.* Ast objiciat aliquis: si filius jam vivente patre est rerum paternarum quasi dominus: cur ergo potest exheredari? Respondet ipse Paulus: ideo illum posse exheredari: quia etiam poterat occidi. *d. l. 11. in fine. ff. de liber. & posthum. heredib instit. l. ultim. Cod. de patria potest* Ex quâ ratione nemo non 7
perspicit: jus exheredationis totum pendere ex patria potestate. Quare ea potestate sublatâ, jus quoque ex- 8
heredandi sublatum intelligitur. Non igitur filium emancipatum pater, nec liberos mater instituere vel exheredare necesse habet, sed eos silentio præterire potest *§. emancipatos. 3. & §. mater. 7. infr. hoc tit. ubi eâ de re fortassis opportunior dabitur dicendi locus.*

Cæterùm adeò testamentum, in quo filiusfamilias 9
neque institutus, neque nominatim exheredatus, sed præteritus est, inutile sive nullum reputatur: ut etiamsi alii heredes sint instituti, & filium ante patrem mori contingat; tamen testamentum non convalescat, & nemo heres ex eo testamento existere queat, *per hoc principium. vers. adeò quidem, &c. dict. l. si filius. 7. ff. de liber. & posthum. hered. institut.* Idque propter tri- 10
tam regulam, quâ dicitur: quod ab initio non valet, seu vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere. *l. quod initio 29. & l. quæ ab initio. 210. ff. de reg. jur. l. 1 ff. de regula Catoniana. D. Besold. in delibat. iur. ex lib. 5 Pand. tit. 2. num. 20. pag. 447. & seq. Tametsi aliter sentiat Lecamer. quæstion. jurid fasc. 28. quæst. 24* Erant autem olim duæ differentiæ inter filium & fi- 11
liam, ac nepotes sive neptes & pronepotes, &c. ex filio. I. Quòd si filium pater præterierat, testamentum ipso jure concidebat: filiâ verò, vel nepote seu nepte ex filio (siquidem nepotes, &c. ex filia, cùm in potestate non sint, præteriri possunt, *de quibus in §. ult. infr. hoc tit.*) cæterisque descendentibus præteritis, testamentum valebat, *per hoc princip. vers sed non ita de filiabus, &c. Vlpian. in fragm. Institut. tit. 22 §. ex suis heredibus. §. filius. & §. nepotes, &c. l. ult. Cod de liber. præterit.* II. Quòd filius non nisi nominatim exheredari possit: filia, nepotes, &c. etiam non nominatim, id est, inter cæteros exheredari poterant. *d. l. ult. Cod eod. Vlpian. dict. tit. 22. locis præallegatis & hic in vers. sed nec nomina-*

tim.

tim, &c. §. 1. vers sed fœminini. & §. emanipatos. 3. infr.
12 *hoc tit.* Ratio utriusque differentiæ hæc redditur: quia filius magis censetur idem cum patre, quàm vel filia, quæ exit è familiâ, vel nepos, qui longiùs abest: & proinde olim etiam in emancipatione erat inter filium ac filiam nepotemque differentia: quòd filius ut arctissimo vinculo patri conjunctus, & velut unus cum eo, nonnisi trinâ emancipatione liberari poterat patriâ potestate: cùm filia ac nepos liberarentur unâ duntaxat. *l. verum est. 8. in fine. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. Giphan. hic in vers sed non ita de filiabus, &c.* Sanè propter jus accrescendi (ideò jus accrescendi vocabatur: quia numerus heredum augebatur) filia & reliqui liberi præteriti certam portionem, id est, virilem sive æqualem, si instituti essent sui heredes; vel semissem, id, dimidiam hereditatis partem, si extranei scripti essent, accipiebant. *Theophil. hic, Cajus lib. 2. Instit. tit. 3. in pr. Iul. Paul. lib. 3. sent. t. 5. § filio.*
13 *Hotom. hic enunciat. 3.* Verùm hodie ex constitutione Iustiniani eodem jure sunt filiæ, cæterique liberi, quo filii primi gradûs: adeòque omnes omnino liberi, si non instituantur heredes, nominatim exheredari jubentur. *d. l. ult. Cod. de lib. præt. §. sed hæc quidem vetustas. 5. infr. hoc t. Cujac. ad l. 1. ff. de liber. & posth.*
14 *hered. instit.* Porrò duplex illa exheredationis formula circa finem hujus principii notanda venit: una est, quæ fit nominatim: altera, quæ inter cæteros. Nominatim exheredantur liberi; si expresso vel ipsorum nomine, cognomine, prænominevé, vel signo aliquo aut demonstratione certâ, quæ sit nominis loco, ab hereditate removeantur: ut filius meus luscus, filius claudus, medicus, miles, gladiator, latro, ex Seja natus, &c. exheres esto. *l. 1. a 3. & passim. ff. dict. t.* Nam demonstratio vice nominis fungitur. *§ siquidem in nomine. 29. cum seq. infr. de legat. l. nominatim. 34. ff. de conditionibus. & demonstr. Connan. libr. 10. Comment.*
15 *juris civ. c. 2. num. 2.* Inter cæteros exheredari dicuntur, qui generaliter sive indefinitè, id est, verbis ejusmodi, quibus continentur non solùm liberi, sed & alii, putà parentes, consanguinei, agnati, cognati, affines, &c. ab hereditate summoventur: ut si testator dicat; Titius filius meus heres esto: cæteri exheredes sunto. *l. Lucius. 53. ff. de heredib. instituend. Dn. Collega Becer. class. 3. disputa 3 thes. 28. edit. 2.* Adde Timæum Fabrum *disput. 19. ad Institut. Imperial. th. 20.* ubi rationibus haud contemnendis ostendit: quòd liberis præteritis etiam hodie pater inutiliter testetur.

§. *Posthumi 1.*

Posthumi quoque liberi, vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium condicio est: quòd, & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus, sive masculi, præterito; valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideòq; si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur abortum fecerit: nihil impedimento est scriptis heredibus, ad hereditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ, vel nominatim, vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exheredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionē. Masculos verò posthumos, id est, filios, & deinceps, placuit non aliter rectè exheredari, nisi nominatim exheredarētur, hoc scilicet modo: Quicunq; mihi filius fuerit, exheres esto.

SVMMARIA.

1 *Posthumus unde sic dicatur.*
2 *Cur posthumus heres institui possit.*
3 *Cur posthumus vel institui, vel exheredari debeat.*
4 *Prima differentia inter posthumos, & jam natos.*
5 *Quare posthumi præteritione testamentum non fit inutile.*
6 *Secunda differentia.*
7 *Tertia differentia.*
8 *An ut olim, ita & hodie posthumi exheredari possint.*
9 *Nulla exheredatio sine probatione causæ ingratitudinis procedit.*
10 *Ingratitudo in posthumum non cadit.*
11 *Olim quatenus posthumus potuerit exheredari.*
12 *Privatio habitum præsupponit.*
13 *Quatenus id, quod contra legis prohibitionem fit, ipso jure nullum censeatur.*
14 *Clausula codicillaris non impedit, quo minus testamentum posthumi agnatione rumpatur.*

IN hoc §. Imp. Iustinianus ostendit: posthumos, id 1
est, eos, qui post humatum (Rectiùs enim à *post & humo* posthumus dicitur: ut *post Wesenbecium hic nu. 1. & alios* tradunt *Pyrrh. Perott. Cornuc. p. 654. n. 52. Robert. lib. 2. animad. c. 1. & 2. Gœdd. ad l. nomen. 164. in princ. ff. de verb. signif. hosq; citant Erasmus Vngepaur. Exercit. Iustin. 12. quæst. 1. edit. 2.* quàm vel à postremo quòd postremus sit natus, *ut putavit Cesellius Vindex reprehensus ab Apollinari Sulpitio, quem refert Aulus Gellius lib. 2. Noct. Attic. c. 16.* vel à posteriore sive post & umo, *ut vult Cujacius lib 3. observat. c. 4. eumque laudans D. Becerus hic num. 25. & seq. p. 326.* Sed hanc tem plenissimè excussimus *ad § cum autem. 4. supr. de tutel. nu. 6 & seqq.*) sive sepultum patrem nascuntur, vel heredes esse instituendos, vel exheredandos. *l. posthumi. 3. ff de injust. rupt. irr fact. testam. l. 2. & 3. C de posthum heredib. instit.* Videri tamen poterat, posthumos institui non posse: propterea quòd testamentum est certa voluntas & judicium defuncti. *l 1. & l. qui in testamento. 14 ff. qui testament. fac. poss.* At posthu- 2
mus videtur persona esse incerta; proindeq; non rectè institui posse. Sed ratio decidendi; cur posthumus institui possit, hæc est: quia in jure posthumus, sive is qui in utero est, pro jam nato habetur in iis, quæ ad ipsius commodum pertinent. *l. qui in utero. 7. & 26. ff. de statu hominum. l. cum quidam. 30. § 1. v. quoniam mortis. ff. de acquir. vel omitt hered. l. quod dicimus. 231. ff. de verbor. signif.* Ratio autē, cur posthum' institui, vel exheredari debeat, eadē est, quæ in jā nato: putà quia here-

in d. Novell. 115. cap. 3. circa finem ait: testamentum propter exheredationem liberorum injustè factum evacuari & rescindi; *ibi, testamento evacuato, item ibi, tanquam in hoc non rescissum, &c.* Quòd si ad posthumos etiam pertinet: sequitur, ob posthumorum quoque exheredationem testamentum rescindendum esse, & sic ipso jure consistere. Quod enim nullum est, rescindi aut evacuari non potest, *argum. leg. nam & si sub conditione 5 ff. de injust. rupt. irr. fact.*
12 *testam. & l. nihil interest. 4. C. de solutionib.* Privatio quippe habitum præsupponit. *l. 3. in fin. ff. de capite minut. l. decem. 116. ff. de verbor. obligat.* Hoc, inquam, non obstat. Quia primò responderi potest: testamentum rescindi posse impropriè, quatenus scilicet de facto processit: cùm & alias id, quod nullum est, rescindi sive infirmari dicatur. *l. 1. §. 1. ff. de feriis. l. t. ff. quæ sententia sine appellatione rescindatur. §. conditiones. 6 infrà, de verbor. obligationib.* Deinde respondendum est, quòd *in d. Novell. 115 cap. 3.* dicitur, testamentum contra observationem istius constitutionis factum rescindi debere: id necessariò referendum esse ad testamentum, quod jure subsistit, quamvis in eo filius, qui potuit committere ingratitudinis crimen, non ritè & legitimè, sed iniquè & injustè, putà injustâ ingratitudinis causâ adjectâ, exheredatus fuerit. Cùm autem in posthumum, utpote nondum natum, planè non cadat ulla causa ingratitudinis; adeoque nullâ exprimi, aut adjici in testamento possit: idcirco ob illius exheredationem testamentum ipso jure concidit. Neque hanc responsionem enervat: quòd non solùm respectu posthumi; sed & eo casu, ubi filius, in quem ingratitudinis causa eadit injustè &
13 immeritò exheredatus est, testamentum ipso jure nullum censeatur: eò quòd quicquid contra legis prohibitionem fit, id ipso jure nullum sit. *d. l. non dubium. 5. C. de legib.* Illud namque verum quidem esse concedimus, quoties lege aliquid fieri simpliciter prohibetur: veluti *in d. Novell. 115. cap. 3. circa princip.* exheredatio posthumi (qui omni prorsus ingratitudinis vitio caret) simpliciter prohiberi videtur. dum illic requiritur, ut nominatim ingratitudinis causâ adscribatur in testamento, & una ex istis 14. adscripta ab herede probetur. At secus esse dicimus, quando lex non simpliciter aliquid prohibuit, sed ulteriùs procedendo constituit, actum contra legis prohibitionem celebratum, evacuandum) ever tendum, rescindendum esse ab eo, cujus in favorem prohibitio facta fuit. Non autem intuitu filii jam nati, immeritò exheredati, in illis terminis versamur, ubi lex non simpliciter prohibuit liberorum exheredationem, sed adjecit, quid fieri debeat, si contra prohibitionem liberi exheredati fuerint, & voluit, testamentum tanquam inofficiosum, querela propositâ, esse evacuandum, sive rescindendum. Sed vide istud latiùs explicantem Donellum (aliàs nobis adversantem) *d. lib. 6. Commentar cap. 13. pag. 31.* Fachineum *lib. 4. contrevers jur. cap. 9.* Frantzkium. *exerc. jurid. 6. quæst. 4. pag. 158. cum seqq.* & Novium *hic num. 13. ubi & alias nonnullas objectiunculas diluit.* Quibus addatur Timæus Fabri *disput. 19. ad Institut. Imperial. lib. 5. & Locamer. quæstionum juridic. fascic. 28. quæst. 3.* Tandem & illud breviter circa hunc §. monendum, notandumque est: 34
clausulam codicillarem testamento adjectam (quæ frequentissimè sic concipi solet: *Si non valet, vel valebit jure testamenti, valeat jure codicillorum:* Ich will/ daß dieses mein Testament/ zum Fehl eins einigen Mangels/ oder anderer Ursachen halben/ nicht als ein recht beständig Testament/ jetzt oder ins künfftig gelten würde/ selbigts doch als ein codicil. oder anderer schlechter letzter Will/ Bestand und Krafft haben solle/&c.) non impedire, quo minùs testamentum posthumi, de quo non fuit cogitatis; agnatione rumpatur; etiam quoad legata & fideicommissa. Ac licèt testator supervixerit, & testamentum non mutaverit: nihilominùs tamen clausula codicillaris non ejus efficaciæ esse putatur, ut roboret testamentum, quasi ex tacita voluntate patris. Nec enim firma, aut certa præsumptio est; patrem voluisse posthumum fiduciarium facere heredem. Quin potiùs ideò pater testamentum non mutavit: quia scivit, illud ipso jure irritum esse factum, per posthumi agnationem: ac proinde noluit revocare, quod sine sua opera, ius ipsum infirmârat. Idque enodatiùs persequuntur D. Collega Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 5. Pandect. tit. 2. num. 19. pag. 443. cum seqq.* & Fachineus *d. lib. 4. controvers. jur. cap. 12. & 13.*

§. Posthumum. 2.

Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui heredis locum succedendo, quàsi agnoscendo, fiunt parentibus sui heredes: ut ecce si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat: quia filius gradu præcedit; is solus jura sui heredis habet: quamvis nepos quoque & neptis ex eo non in eadem potestate sint. Sed si, filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet aliâ ratione exeat de potestate ejus: incipit nepos neptisvè in ejus locum succedere & eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpaur ejus testamentum: sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptemvè ex filio necesse est ei vel heredem instituere, vel exheredare: ne fortè eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisvè, quasi agnatione rumpit testamentum. Idque lege Iuliâ Vellejâ provisum est; in qua similis exheredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

SVMMARIA.

1 *Posthumi verè & propriè qui dicantur.*
2 *Impropriè sive quasi posthumi qui.*
3 *Legis Velleja quæ fuerint capita.*

1 POsthumorum alii dicuntur verè & propriè, alii mi-
nus propriè. Verè & propriè sunt posthumi, qui
posthumationem seu mortem patris nascuntur. *l. 3.
§. 1. ff. de injust. rupt. irr facto testam. Cajus lib. 2. Insti-
tut. tit. 3. Et de his expositum jam est supr. §. proximo.*
2 Impropriè sive quasi posthumi appellantur, qui vel
post testamentum factum in vita patris nascuntur, *Ca-
jus d. tit. 3.* vel qui ante testamentum quidem nati
sunt; sed vivo parente in jus & locum sui heredis suc-
cedunt. *Et de his hoc* §. ubi indicat Imperator, ex lege
Iulia Velleja quasi quoque posthumos, putà nepotes
& pronepotes in filiorū locum succedente, ante mor-
tem testatoris, vel instituendos esse, vel nominatim ex-
heredandos: siquidem alioqui, si prætereantur, fieri
posse; ut & ipsi quasi agnatione rumpat testamen-
tum, non secus, atque agnatione verè posthumi. *l. post-
humorum. 13. ff. de injust. rupt. irr. testam. unde totus*
3 *hic locus ad verbum est sumptus.* Porrò legis Velleiæ,
cujus hic in fine fit mentio, duo capita fuerunt: quo-
rum priore agitur de his, qui post testamentum con-
ditum superstiti adhuc patri agnascuntur, instituendis
vel exheredandis. *l. Gallus 29 §. nunc de lege Velleja. 11
& §. seq. ff. de liber. & posthum. heredib. instit.* Quia
enim verè posthumi non sunt: ideò jure posthumo-
rum olim non continebatur; ut id merito hac lege sit
introductum, *d. leg. 3. §. 1. ff. de injust. rupt. irr. fact. te-
stam.* Posteriore tractatur de illis, qui quidem nati
tempore testamenti, sed necdum sui sunt, fieri tamen,
& in locum prioris succedendo, quasi agnascendo
rumpere testamentum possunt: scilicet ut aut insti-
tuantur, aut exheredentur: de quo capite (*ut antè mo-
nui*) agitur *hic, & in d l Gallus 29. §. sequenti parte 13.
ff. de liberis & posthumis, &c. ibiq; pleriq; Interpretes,
præsertim recentiores, Cujacius, Goveanus, Hotoma-
nus, & alii:* qui multam ingenii, doctrinæq; operam
ad explicationem illius salebrosi argumenti contule-
runt, *ut testatur disertè Wesenbec. hic num. 4.* ubi non
solùm subjicit, in harum Institutionum expositione sa-
tis esse, si ea obiter & carptim attingantur, quæ lucem
textui afferre aliquam possint: verùm etiam compo-
sitores juris reprehendit: quòd contra Iustiniani præ-
scriptum tam multum ex jure antiquo & obsoleto, ad
oneranda tyronum sine fructu ingenia, in hunc libel-
lum congesserint.

§. *Emancipatos. 3.*

Emancipatos liberos jure civili neque he-
redes instituere, neque exheredare necesse
est: quia non sunt sui heredes. Sed præter o-
mnes, tam fœminini sexûs, quàm masculini,
si heredes non instituantur, exheredari ju-
bet: virilis sexûs nominatim; fœminini verò
inter cæteros: quia si neque heredes institui
fuerint; neque ita, ut diximus, exheredati:
promittit eis prætor contra tabulas testa-
menti bonorum possessionem.

SVMMARIA.

1 *Sui nominatim sunt exheredandi; emancipati non item.*
2 *Emancipatio tollit jus suitatis: & cur.*
3 *Quemadmodum emancipati ex jure prætorio sunt exheredandi: ita præteriti ad successionem per bonorum possessionem unde liberi vocantur.*
4 *Vt emancipato filio, à patre præterito: ita & patri, à filio emancipato præterito, succurritur.*
5 *Bonorum possessiones uno tantùm anno durant: facultas autem succedendi per jus civile, triginta annis competit.*
6 *An in emancipatis, jus vetus, quod eos præterire permittebat, hodie sit sublatum.*
7 *Quicquid novâ lege specialiter non est expressum, id veterum constitutionum regulis relinqui oportet.*
8 *Quod per se nullum est, evacuari & rescindi non dicitur.*
9 *Non entium nulla qualitates, nulla accidentia.*
10 *Sensus & consideratio Novell. 115. cap. 3. & Auth. non licet. C. de liber. præterit.*

QVandoquidem sui heredes, aut qui sui heredes 1
sunt futuri, instituendi sunt, vel nominatim ex-
heredandi: inde, cùm liberi emancipati sui heredes
non sint, consequens est; eos jure civili præteriri pos-
se: atque adeò præteritos testamentum non rumpe-
re: sed à Prætore bonorum possessionem contra tabu-
las impetrare, *hic & §. emancipati. 9. infr. de hered. quæ
ab intestat. defer. l. 1 & passim. ff. de bonor. possess. contra
tabul. l. sed cum patrono 6. §. 1. ff. de bonor. possessionib.
Vlpian. in fragm. Instit. tit. 22. §. emancipatos, &c.* Hic
igitur suorum & emancipatorum differentia notanda
venit: quòd videlicet sui nominatim sint exheredan-
di: emancipati non item: *per princip. hujus tit. & hunc
§. nostrum.* Sic quoque in successione ab intesta- 2
to ad hereditatem sui vocantur; non item emancipa-
ti. *§. 1. & d. §. emancipati. 9. infr. de heredit. quæ ab
intestat. defer.* Hujusque ratio hæc dari solet: quia
emancipatio tollit jus suitatis. Quid ita? quia utrum-
que & emancipationis & suitatis jus civile esse, certum
est. *l. 3. ff. de his, qui sui vel alieni jur. sunt §. 2. supr. de
patria potest.* At civilia tolli per civilia, constat ex *§. ult.
supr. de legitim. agnat. tutor.* Quemadmodum autem
3 hic non ex jure civili, sed ex jure prætorio emancipati
sunt exheredandi; masculi nominatim, fœminæ inter
cæteros (Civili enim jure hoc nominatim facere, in
emancipatis necessum non est: cùm patria potestas
per emancipationem sublata sit) sic emancipati præ-
teriti ad successionem per bonorum possessionem vo-
cantur. Vnde liberi. *d. §. emancipati. 9. infr. de hered.
quæ ab intest. defer.* Rursus quemadmodum emanci- 4
patio, à patre præterito. Prætor succurrit: ita etiam
patri, ab emancipato filio præterito, succurritur. Nam
licet hereditas filii non debeatur patri, propter naturæ
ordinem, patris que affectionem & votum, ut nimirum
ipse filius supervivat, patriq; succedat: hic tamen ordo
pietatis ratione sæpè mutatur. *l. nam etsi. 15. ff. de inof-*

fic.

ff. test am. l. scripto. 7. in fin. ff. si tabulæ testam. nul. extab. & latius explicabitur infr. ad princ. tit. de heredit. quæ ab intest. defer. nu. 366. & seqq. adeò, ut si patri quarta debitæ portionis non fuerit in testamento filii emancipati relicta: bonorum possessionem contra tabulas petere, vel inofficiosi querelam intentare possit. *l. si à milite 29. §. ult. ff. de testam. milit. Cujac. lib. 8. observ. cap. 23*
5 Porrò multùm interest, quo iure liberi succedant; civili, an prætorio. Bonorum namque possessiones etiam longissimæ, id est, quæ filiis dantur, uno tantùm anno durant. *l. 1. §. Largius 12. ff. de success. edict.* facultas autem succedendi per ius civile, longo tempore, & (*ut plerique opinantur*) triginta annis competit: sicque multò plenius juris civilis remedium, quàm Prætorii esse censetur. *l. licèt. 8. ibique Dd. Cod. de jure deliberand. Mynsinger. hic num 3.*

6 Cæterùm de emancipatis controvertitur: an in iis jus illud vetus, quod eos præterire permittebat, per novam Iustiniani Imperatoris constitutionem, *quæ extat in Novell. 115. cap. 3. & in §. sed hac quidem. 5. infr. hoc tit.* sit sublatum? Et sanè Bartolus, Cujacius, Corneus, & cæteri Dd. communiter existimant. *in Auth. ex causa. C. de liberâ præterit.* posse hodie filios emancipatos præteritos testamentum jure civili, ad instar suorum, nullum dicere: nec iis ampliùs bonorum possessionem necessariam esse. Sed alii rectiùs censent: ne quidem legislatione novissimâ, propter emancipatorum præteritionem, testamentum ipso jure concidere: sed per bonorum possessionem contra tabulas illud evertendum sive rescindendum esse, *arg. l. ult. § fin. C. de lib. præterit. & l. præcipimus 32. in fin.*
7 *C. de appellationib.* ubi rescriptum erat: illud, quod specialiter posterioribus legibus expressum non est, veterum constitutionum regulis relinquendum esse. Iam verò novissima Iustiniani lege, *nimirum d. Novel. 115. cap. 3.* specialiter expressum non est, ut nullum sit ipso jure testamentum, in quo emancipatus filius neq; institutus, neq; exheredatus, sed præteritus est. Quinimò illa ipsa Novella satis apertè arguit, ipso jure validum & firmum esse testamentum: quippe cùm in fine *dicti cap. 3.* significet: testamentum, de cujus ordinatione ibi disponitur, evacuari & rescindi sive everti,
8 nisi ea observentur, quæ ibidem requiruntur. Ideoq; haud jubet aut præcipit illa Novella, testamentum esse nullũ, in quo filius emancipatus est præteritus. Quod enim per se jam nullum est, evacuari & rescindi non di-
9 citur. *l. nam etsi. 5 ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* cùm non entium nullæ sint qualitates, nullaq; accidentia, *arg. l. manumissiones 4 ff. de just. & jur. l. decem. 115 ff. de verb. oblig. l. Titio usufr. 96. ff. de condit. & demonstr.*
10 Dicitur quidem *in d. Novell. 115. cap. 3 in pr. & Auth. non licet. C. de lib. præterit* non licere parentibus præterire lib ros suos: verùm inde non rectè colligitur, nullum esse testamentum, quo testator liberos emancipatos præterit: quamvis aliàs id, quod contra legem fit, pro nullo haberi debeat, *l. non dubium. 5. C. de legib* Nam eàdem in Novella præteritionis illius pœna ex jure veteri definitur, quæ est evacuatio, & rescissio seu eversio istius testamenti. Quam pœnam communem habet præteritio illa cum injustâ exheredatione licèt diversis juris remediis isthæc rescissio & eversio fiat. *Idq; latius & accuratius explicat Donell. in d. Auth. ex causa. C. de liber. præter. nu. 5. & lib 6. Comment. de jure civ cap 13 pag. 30. & seq. Dn. Collega Bocer. hic nu. 40. cum multis seqq. & Class. 3. disput 3. th. 18. ed. 2. Wesenbec. num 2. & Viglius num. 6. ad dict. §. sed hac quidem. 5. infr. hoc tit.*

§. Adoptivi. 4.

Adoptivi liberi quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaq; heredes instituendi, vel exheredandi sunt, secundùm ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati verò à patre adoptivo, neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Quâ ratione accidit, ut ex diverso (quod ad naturalem parentem attinet) quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur: ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit. Cùm verò emancipati fuerint ab adoptivo patre: tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuissent.

SVMMARIA.

1 *Similitudo liberorum naturalium cum adoptivis.*
2 *Differentia inter naturales & adoptivos.*
3 *Ratio differentiæ.*
4 *Quibus remedia competunt ordinaria ii extraordinariis non indigent.*
5 *Nunquid præteritio adoptivorum reddat testamentum paternum ipso jure nullum.*
6 *Omnis privatio præsupponit habitum.*
7 *Inofficiosi querela adoptivis concessa.*
8 *An legitimatis in testamento paterno sint nominatim vel instituendi vel exheredandi.*
9 *In adoptivis sola lex dominatur.*

1 Dictum est hactenus de liberis naturalibus, sive veris, & ex justis nuptiis procreatis, nunc de adoptivis sive legitimis similitudo asseritur, & differentia cũ naturalibus. Similitudo est hæc: ut adoptivi heredes à patre adoptivo instituantur & exheredentur nominatim, veluti naturales. 2 Quemadmodum enim in multis aliis articulis; ita & in hoc adoptivi adsimilantur naturalibus. *§. in plurimis 8. supr. de adoptionib.* Differentia hæc est? quòd naturales; si emancipentur, non quidem jure civili (quo pro extraneis habentur, cùm sint extra familiam, *l. pronunciatio. 15. §. familiæ 2. ff. de verb. signif. § emancipati. 9. infr. de hered. quæ ab intestat. defer. § cæteri. 3. infr. de hered. qualit. & differ.*) sed tamen jure prætorio sunt vel instituendi vel exheredandi, *ut suprà §. proximo didicimus.* adoptivi verò si emancipentur à patre adoptivo: neutro jure sunt instituendi, vel exheredandi: 3 propterea quod

quod hi si emancipantur, planè desinunt esse liberi, civiliter per emancipationem: naturaliter autem propriè non fuerunt: proindeq; plus juris hîc in testamento habent naturales emancipati, quàm adoptivi, *notante hic Giphanio.* Quod etiam in hereditate ab intestato accidere videmus. §. *minus 11. infr. de hered. qua ab intestat. defer.* Naturalis igitur, & adoptivus filius, quamdiu uterq; est in potestate, ejusdem quidem sunt juris tam in testamento, quàm ab intestato; postquam verò emancipati sunt, & è potestate exierunt: naturalis emancipatus plus juris, quàm adoptivus, obtinet. Illi siquidem à prætore succurritur; huic non item, *hoc §. nostr.* Diversitatis ratio jam indicata est: quia ille naturaliter cognatus manet: hic civiliter duntaxat cognatus fuit: quæ civilis cognatio per emancipationem tollitur: adeò, ut adoptivus postea emancipatus planè fit extraneus, ad patrem adoptivum quod attinet: non verò quod ad patrem naturalem. Nam quod ad hunc, adoptivus quamdiu quidem est in potestate patris adoptivi, extraneus habetur: at solutâ adoptione per emancipationem, non est extraneus: quia scil. cùm non amplius est in potestate, saltem naturaliter patri suo naturaliter cognatus: & in eâ causa est, eoq; jure, quo alii liberi emancipati, *per hunc § nostr.* Ratio autem, cur adoptivus, quamdiu est in adoptiva familia, sive potestate patris adoptivi, extraneus habeatur quoad patrem naturalem, hæc est: quia cùm sit in potestate, pertinet ad jus civile, *arg §. 2. supr de patr. potest.* Atqui eos, quibus jure civili prospectum est, prætor non cu-
4 rat. Cur ita? quia quibus remedia competunt ordinaria; ii extraordinariis opus non habent. *l. ait prætor. 7. & l. in causa. 13. ff. de minorib. 25. annis.*

5 Dubitari potest de præteritione adoptivorum: an ea testamentum paternum reddat ipso jure nullum? Quod meritò negatur. Etenim si ipso jure nullum esset
6 testamentum: non indigeret rescissione. Omnis namque privatio præsupponit habitum, *juxta regulam Philosophorum*, quæ fundatur *in §. servus 4. supr. de cap. deminut. & l. liberos 3. ff. vo l decem 116. ff. de verb.*
7 *obligat.* Cùm ergo inofficiosi querela adoptivis à Justiniano Imp. concessa sit. *l. cùm in adoptivis 10. § si verò pater 1. vers. & Papiniani sententia in hac specie procedat. juncto principio ejusdem legis C. de adoptionib.* cujus unicus finis est rescindere, *docente Wesenbecio in Paratit. ff. de inoffic. testam. num. 11.* manifestum inde evadit, testamentum adhuc ipso jure valere. Quò confert & illud: quod idem Iustinianus *in § sed hæc. 5. infrà hoc tit.* ubi vetera corrigit jura, adoptivos à cæteris omnibus excipit, dum vult; in iis priorem suam constitutionem, *modò ex dict. l. cùm in adoptivis, &c. relatam*, observari.

8 Ambiguitur quoq; de legitimatis: num & hi, ut reliqui sui heredes, in testamento paterno necessariò & nominatim sint vel instituendi, vel exheredandi; adeò ut, ipsis silentio omissis, testamentum ipso jure corruat? Quod non sine ratione affirmatur *l. cùm quis 10. in fin. C. de naturalib. liberis Novell 12. cap. ult. in fin. Novell. 74 cap 2. circa princ. ibi, nihil legitimis filiis differentes, &c. Quod repetitur in Novell. 89. cap. 9. § 1. & cap 3. in princ. ibi, nihil dissimilis legitimis, &c.* Facit itidem huc *cap. 1 & cap tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Concurrit enim in his cum lege etiam ipsa natura. *d. Novell. 74. cap. 2. § 1. ibi, natura simul & legis, &c.* aliter atq; in adoptivis, ubi sola lex dominatur; nihil, vel certè perexiguum, conferente naturâ *argum. l. 1. in princ. ff de adopt. Mynsing. ad princ. in verb. naturales supr. d. tit.* Hinc quoq; legitimationis materiam Iusti- 9
nianus Imp. tractat supr. *lib. 1. sub tit. de nupt.* Atque ita communiter Doctores concludunt, *ut attestantur Alexand. in rubr. ff. de liber. & posthum. num. 3 & consil 139 nu. 1. lib. 2. Socinus cons. 126 nu. 5. lib. 2. Parisius cons. 7. nu. 2 lib. 2 & cons. 55. nu 2. lib 3. Iason. cons. 202. col 2. vers. stat ergo, &c. lib. 2. hosq; referens Iulius Clarus lib 3. sentent. § testamentum. quæst 84. Wesenbec. in hoc §. nostro, adverbium, quæsiti. Fachineus libr. 4. controvers. jur. cap. 3. §. sed contraria sententia, &c. Andr. Gail. libr. 2. observat. 112. num. 21. & observat. 140. num. 4.*

§. *Sed hæc quidem. 5.*

Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra verò constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans: quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiquâ duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur: quod & prætores postea sequuti esse videntur, ideò simplex ac simile jus, & in filiis, & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis, sed etiam posthumis, introduxit: ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hereditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem: quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

SUMMARIA.

1 *Hodie omnium omnino liberorum, circa institutionem & exheredationem, eadem conditio.*
2 *Liberi sui præteriti testamentum faciunt ipso jure nullum: emancipati præteriti non item.*
3 *Quatenus emancipati sui hoc loco comparentur.*
4 *Ratio triplex sublatæ differentiæ inter mares & fœminas.*
5 *Liberi adoptivi quatenus sint instituendi, aut exheredandi.*
6 *Utrùm testamentum, in quo filiusfamilias præteritus est, quoad institutionem saltem, vel etiam quoad reliqua testamenti capitula, corruat.*
7 *Ius vetus apertè non correctum, observandum est.*

8 No-

8 *Nemo pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere potest.*
9 *Præterito matris, vel avi materni, est loco exheredationis.*
10 *Novella 115. de qua præteritione sit accipienda.*
11 *Ius liberorum in nullo minuendum.*
12 *Quod testamentum fiat irritum.*
13 *Iruerit authentica non sunt omnino authentica.*
14 *An testamentum in quo testator filium præterit, virtute clausulæ codicillaris sustineatur.*

1 AFfert hoc loco Imperator Iustinianus jus novum circa institutionem & exheredationem liberorum, & ostendit: hodie omnium liberorum, tam masculorum, quàm fœminarum, tam filiorum, quàm nepotum ex filio, tam natorum, quàm posthumorum, tam emancipatorum, quàm in potestate existentium eandem conditionem esse: ut nimirum omnes eodem modo vel heredes instituantur, vel exheredentur; putà nominatim, non verò inter cæteros. Hæc enim maximè differentia de institutione & exheredatione, quæ olim erat (*de qua suprà in principio, vers. sed non ita de filiabus, &c. §. 1. vers sed fœminini quidem sexus, &c. & §. emancipatos 3. hoc tit.*) hoc novo jure sublatâ censetur: non itidem aliæ differentiæ, *l. ult. Cod. de*
2 *liber. præterit.* Hinc liberi sui sive in potestate præteriti, testamentum faciunt ipso jure nullum: emancipati verò præteriti, non ipso jure testamentum nullum faciunt: sed id, petitâ bonorum possessione contra tabulas rescindere possunt, *ut monui suprà ad dict. §. emancipatos. 3. hoc tit.* Neque movet quidquam, quòd Iustinianus, *hic in vers. ut omnes, sive sui, sive eman-*
3 *cipati sint, &c,* emancipatos suis æquiparet. Nam nervosè rectèque Wesenbecius *hic num. 2.* respondit: emancipatos suis duntaxat comparari effectu consequendæ hereditatis, & secundùm quid, non simpliciter: neque ut eorum præteritio æquè testamentum annihilet, atque suorum. *Idq; latiùs explicat Viglius hic num. 6. & alii relati suprà ad dict. §. 3. hoc*
4 *tit.* Ratio autem novi juris, sive sublatæ illius differentiæ, quæ olim inter mares & fœminas erat, triplex hoc §. indicatur: Prima est petita ex ipsa naturâ, quæ mares & fœminas in hoc jure non distinguit, & utroque sexu ad humani generis procreationem, conservationem, ac immortalitatem æqualiter indiget. *l. lege 12. tabularum. 14. in princip. C. de legitimis heredibus.* Secunda desumpta est ex lege XII. tabularum, quæ in successione ab intestato nullum inter mares & fœminas discrimen posuit. *§. 1. & 2. infrà de hereditatibus. quæ ab intestat. deferuntur.* Ergo nec ex testamento inter has personas discrimen esse debet. *dict. l. ult. C. de liber. præterit.* Tertia dependet ab edicto Prætoris quod item in bonorum possessione contra tabulas, inter illas personas non distinxit; sed omnes, tam mares, quàm fœminas exheredari jussit. *dict. §. eman-*
5 *cipatos 3. suprà hoc tit.* Porrò liberos adoptivos quod attinet: illi vel ab extraneo adoptantur: vel ab ascendente aliquo. Ab extraneo adoptati, legis necessitate non sunt instituendi, vel exheredandi; sed à patre adoptivo præteriri possunt. Ab ascendente autem aliquo adoptati, in familiam & potestatem ejus transeunt: ac proinde ab eo heredes instituti vel exheredari debent. Atque hæc distinctio, quam Imperator hic vocat divisionem, expressa est *in §. sed hodie 2. supr. de adoptionib. & l. penult. C. eod.*

Quæstio hoc loco admodùm controversa exami- 6
nanda occurrit; an testamentum, in quo filiusfamilias à patre præteritus est, quoad institutionem tantùm, vel etiam quoad legata, & cætera testamenti capitula, corruat? Et licèt vulgò Interpretes negativæ adhæreant, existimantes, ex causa præteritionis paternæ solam institutionem vitiari & nullam esse, non item cætera in testamento relicta, *per Auth. ex causa. C. de liber. præterit. ibiq; Bartol. num 3. Bald. num. 9. Angel. nu. 3. Alberic. de Rosat. nu. 23 Castrens. nu. 3. Salicet. nu. 5. Alex. nu. 15. Phil. Corn. nu. 13. Donell. nu. 7. & 8. Idem Donell. lib. 6. Comment. de jur. civ. cap. 13. pag. 32. circa fin. li. 8. Comment. cap. 17. pag. 267. & lib. 19. Comment. cap. 6. Didac. Covarruv. in cap. Rainut. de testam. § 6. nu. 3. cum seq. Clar lib. 3. sent. §. testam. quæst. 52. nu. 1. & 2. Grass. in diction. legatum. quæst. 67. nu. 2. Vigel in methodo jur controvers. lib. 4. cap. 9. reg. 14. excepti. 38. repl. 3. Duar. ad tit. ff. de injust. rupt. irr. fact. test. cap. 2. Gail. li. 2. observ. 113. nu. 1. Hotom. lib. 4. observ. 27. Ioan. Bapt. Costa in tract. de factis scient. & ignorant. cent. 2. dist. 93. nu. 5. Bellon. lib 4. Supputat. cap. ult. in fin. Loriot de juris arte tract. 12. de exheredat. axiom. 53. & seqq. Fachin lib. 4. controvers. jur. cap. 10 lib. 6. cap. 77. & lib. 10. cap. 70. Cephal. cons. 585. nu. 39. lib. 4. Villalob. in thesaur. comm. opin. in verb. testam. nu. 45. Forst lib. 2. disp. 12. thes. 17. Arum. Exercit. Iustin. 10. thes. 2. Broncborst. cent. 2 ἐναντιοφανῶν. assert 35. edit 1. Hænen. disp. 7. controvers. 15 Hunn. disp. 8. ad Instit. thes. 18. cum seq. & lib. 2. var. resol. jur. civ. tract. 5 quæst. 12. & 13. pag. 567. cum seqq. itemq; in resol. ad Treutl. vol. 1. disput. 13. quæst. 17. pag 980. & seq. Paul. Berens dissert. 6 ad Instit. them. 3. quæst. 2. & Vngepaur. Exercit. Iustin. 12. quæst. 2.* eorum tamen sententia probabilior videtur, qui statuunt: præterito per patrem filio, qui fuit in potestate patris, non magis legata, fideicommissa, & cætera, quàm institutiones conservari posse, *per text. in l. filio 17. de injustit. rupt. irr. fact. testam. l. inter cætera. 30. ff. de lib. & posth. heredib. instituend. & simil. lib. Raphael. Cuman. & Cujac. in d. l. filio. 17. ff. de injust. rupt. &c. Idem Cujac. in l. 4. prope fin. ff. de lib. & posth. heredib. instit. Anton. Faber. lib. 9. conjectur. jur. cap. 14 & part. 1. de errorib. pragm. decad. 10. error. 4 & decad. 49. error. 5. Alciat. lib. 4. parerg. cap. 9. Dn. Becer. class. 3. disp. 3. thes. 16. edit. 2. & in hoc tit. nu, 36. pag. 328. Frantzk. exercit. jurid. 6. quæst. 3. pag. 153. cum seqq. Petr. Gregor. lib. 42. syntag. jur. univers. cap. 22 nu. 31. Chiflet. lib. 3. de jure fideicomm. cap. 8. Hilliger. in Donell. enucl lib. 6 cap. 13. ad lit. F. Andr. Gerhardi Exercit. Iustinear, decad 8. quæst. 4 Treutl. vol. 1. disp. 13 thes 7. ad lit. C. Schiferdegher. lib. 1. tract. 17. quæst. 1. & aliquot seqq. Gilken. ad d. auth. ex causa à nu. 1. usq; ad nu. 8. C. de liber. præterit. ubi nu. 2. plures pro hac sententia allegat.* Hujusque assertionis rationes hæ potissimũ afferuntur. I. Quia 7
jure veteri totum testamentum, ob præteritionem paternam; corruebat. *d. l. filio. 17. ff de injust. rupt. irr. fact. testam. cum concordantib.* Quod jus cùm hodie non inveniatur apertè mutatum vel correctum, * cur stare

Non pro-

prohibeatur? *l. sancimus 27. C. de testam. l. præcipimus*
8 *32. § fin. C. de appellationib.* II. Quia nemo pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere potest. *l. jus nostrum. 7. ff de reg. jur.* Id autem hic fieret, si contraria sententia obtineret. Etenim filius præteritus occurreret cum legatariis; & quia exheredatione jus, quod vivo patre habuit, ei non esset abscissum aut ademptum; ejusdem in solidum maneret dominus, & ab intestato in totam hereditatem ac omnia bona sue cederet. *l. in suis 11 ff. de liber & posthum. heredib. instit. & latiùs explicatum supra ad princip. hujus tit.*
9 *num. 5.* III. Quia *in Novell. 115. cap. 3.* per præteritionem non alia intelligitur, quàm matris, vel avi materni, vel, filii, qui patrem præterit; quæ præterito loco exheredationis est. *§. ult. infrà hoc tit.* Vbique enim eadem ratio illius constituitur, quæ exheredationis: & ex utriusque causa dicitur testamentum everti, evacuari, rescindi. *d. Novell. 115. cap. 3. in fin. & cap. 4. in fine* Et quamvis Iustinianus verbo generali *præteritionis* utatur: quia tamen certo certius est, eum non sustulisse, *in d. Novell.* jus præteritionis paternæ, neque ullum caput hujus juris attigisse, præter solum nomen præteritionis, eo ipso, quòd non expressè abrogatum est jus præteritionis paternæ, & nihilominus verbum *præteritionis* generaliter appositum est, luculenter significatur, Novellam illam constitutionem, non de prætetitione paternâ, propriè sic dictâ, sed de materna, quæ pro exheredatione habetur, accipiendam esse. Idque etiam est, cur in totâ illâ constitutione nusquam verbum *præteritionis* separatim ponatur, sed ubique verbum *exheredationis* addatur. Est quidem, ubi Imper. *in d. Novell.* de solis liberis loquatur: nusquam verò de solis præteritis. Quòd si esset factum: forsan causa esset, cur verbo generali *præteritionis* inducceremur ad credendum, jus præteritionis innovatum esse. Iam quia id factum non est; ubique autem præteritioni exheredatio conjungitur: non est, quamobrem generali *præteritionis* verbo abutantur. Ex qua sanè conjunctione edocemur; quòd ea jura connectat, quæ eandem rationem habeant, *arg. l. 1. ff. de reb.*
11 *dubiis.* IV. Quia Iustin. Imper. *in d. Novell. 115. cap. 3. circa fin.* in universum statuit, in nullo jus liberorum minuendum esse. Ait enim disertè; ideò se superiora constituisse, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Atqui proculdubio minueretur jus liberorum, in potestate patris constitutorum, si legata in eo testamento, in quo filius præteritus fuisset, & quod nullo jure valuisset, relicta deberentur, quæ olim filius præteritus fuisset, & quod nullo jure valuisset, relicta deberentur, quæ olim filius præteritus nullo jure debuisset, *l. is, qui in potestate. 15. ff. de*
12 *legatis præstand.* V. Quia dictâ *Auth. ex causa. C. de liber præterit.* Irnerius concepit de *irrito* facto testamento ex causa præteritionis. *Irritum* esse dixit testamentum, ut significaret, aliquando renuisse. Irritum siquidem non fit testamentum, nisi quod aliquo casu & tempore ratum fuit. *l. 1. l. si quis filio. 6. §. irritum. 5. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* Filio autem à patre præterito, non fit irritum testamentum; sed est injustum & nullum. *d. l. 1 ff d. tit. & fusius explicatum suprà ad princip. hujus tit.* Et utut Irnerius secus fortè 13
senserit: tamen authenticæ illius non sunt omninò authenticæ: ac proinde semper recurrendum ad ipsos Novellarum fontes, unde illas Irnerius excerpsit; & non infrequenter eas rejiciunt nostrates, quod locus primus seu exemplar aliter se habeat, *ut ex Alberico Gentili lib. 3. lect. cap. 11. refert Hillig. in Donell. enucl. lib. 1. cap. 11 lit. E. & d. lib. 6 cap. 13 lit F.* Cæterùm vide hanc quæstionem omnium latissimè explicantem Schütordegh *d. lib. 1. tract. 17. quæst. 1 & seqq. ubi dissentientium argumenta prolixè & solidè refellit.*

At quid dicendum, si testator suo testamento, in 14
quo filium præterit, clausulam codicillarem adjecit; annè virtute illius clausulæ testamentum sustinebitur, ut saltem legata vel libertates ex ipso peti possint? Id sanè communiter Doctores affirmant. *Paris. cons. 30. nu 11. lib 3. Bald cons. 391. nu. 4 lib 3. Alexan. cons. 41. nu. 5. in fin. lib. 1 & cons. 86 nu. 8 lib 3. Curt. Iun. cons. 48. nu. 10. hosq; cum aliis nonnullis referens Iul. Clar. d. lib. 3. sent §. testam. quæst 46. Mich. Graff. in diction. testam. quæst 50 nu. 1 Gail. lib. 1. observ. 114. nu. 3. Pet. Greg. d. syntag. jur. univers. lib 44. cap. 2. nu. 13. Anton. Gabriel. commun conclus. tit. 8. de clausul. nu 7. aliiq; plures ab eo relati.* Verùm contraria negantium sententia veritati magis consentanea videtur, *arg. l. Titia. 13. ff. de inoff. testam. & l. nec fideicom. 36. ff. de leg. 3.* Eamq; *post alios,* tenent. *Anton Faber. part. 2. de errorib. pragm. decad. 39. error. 1. Trentler disp. 13 thes 10. lit. g. vol 1. & Fachin. præd. lib 4. controvers. jur. cap. 21. ubi id explicatiùs persequitur.*

§. *Sed si in expeditione occupatus.* 6.

Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos, vel posthumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos: silentium ejus pro exheredatione nominatim factâ valere, constitutionibus Principum cautum est.

S V M M A R I A.

1 *Miles liberos suos, sive natos, sive posthumos, licitè præterire potest.*
2 *In testamento militari sola voluntas militis inspicitur.*
3 *Ignorantis sive errantis nulla voluntas.*
4 *An hujus §. dispositio jure novissimo sit correcta.*
5 *Legum correctio vitanda.*
6 *Militare testamentum ab omnibus solennibus liberum.*
7 *Lex nova generaliter loquens, recipit interpretationem à prioribus.*
8 *Generi per speciem derogatur.*
9 *Posteriores leges quatenus trahantur ad priores.*
10 *Per verba quantumvis generalia, non intelligitur derogatum specialibus privilegiis.*
11 *Iura correctoria extendi minimè debent.*
12 *Sententia favorabilior in dubio arripienda.*
13 *Intellectus Novell. 115. cap. 4. in princip.*
14 *Castrensia & quasi castrensia bona in quo materia æquiparentur.*

Di-

1 Dictum est suprà in principio huius tituli patrem
curare debere, ut filiũ, quem in potestate habet,
heredem instituat; vel exheredem eum nominatim
faciat. Hujus hoc loco exceptio in milite affertur, qui
illud facere non cogitur; sed liberos suos, sive natos,
sive posthumos, præterire potest. *l. si patronus 12. in
princ. ff. de bon. libert. l. qui jure 7. l. si filiusfa. 33. l. mili-
tis 36. §. miles 2. ff. de testam. milit. l. sicut 9. & l. seq. C.
eod.* Ratio exceptionis est: quia hoc jus de necessitate
exheredationis liberorum est civile, utpote pendens
ex patria potestate, quæ civilis est *§. jus autem potesta-
tis. 2. supr. de patr. potest.* Ea autem, quæ sunt civilia,
2 militi in testamento sunt remissa. In militari siquidem
testamento non regula juris, sed sola voluntas militis
spectatur. *l. 1. ff. de testam. milit. & expositum suprà ad
princ. tit. de militari testam.* At enimvero diligenter hîc
notandum: Imperatorem loqui de milite, qui non i-
gnorat, liberos se habere, vel uxorem esse prægnãtem.
Nam si ignoraverit, se habere liberos, sicq; eos in testa-
mento præterierit: illa præteritio pro exheredatione
non habetur: sed testamentum ipso jure corruit. *d. l.
sicut. 9. & l. seq. C. de testam. milit.* Hujusq; ratio non
obscura est: quia cùm in testamento militis volontas
tantùm spectetur, *sicuti modò monitum*: hoc est, ut mi-
3 les liberos præteriens censeatur eos exheredare: utiq;
si ignoret, se habere liberos, aut uxorem esse prægnan-
tem: non potest præsumi illud velle, aut videri exhere-
dasse: quoniam ignorantis nulla est voluntas. Quid
enim (*inquit Vlpianus*) tam contrarium consensui est,
quàm error, qui imperitiam detegit? *l. si per errorem, 15
ff. de jurisdict. l. nihil consensui. 116 ff. de reg. jur.* nisi
forsan eo fuerit animo miles, ut vellet, quisquis sibi
nasceretur, esse exheredem, etiamsi ignoraverit, uxo-
rem esse prægnantem. Etenim voluntatem militis tam
expressam sequimur, etiam ignorantis. *d. l. qui jure 7.
ff. de testam. milit.*
4 Porrò, an hujus §. dispositio, quòd scil. simplex mi-
litis præteritio tacitam exheredationem inducat, No-
vellarum jure (*Novell. 115. cap. 3.*) quo justæ causæ ex-
pressio requiritur in exheredando, sit correcta, valdè
dubia quæstio est? Et licèt in affirmativam sententiam
communius descensum sit, *quemadmodum testantur
Dida. Covarr. in cap. quia nos. 9. nu 7. ext. de testam.
Mynsinger hic nu. 4. Heig. ad princ. tit. supr. de milita-
ri. testam. nu. 9 Clar. li. 3 sent. §. testam. quæst 42 nu. 3
Graff. in §. testam. quæst. 41 nu. 10. aliiq; plures, ab his
memorati.* attamen negativam, quòd videlicet nihil
hîc sit mutatum, veriorem, & magis probabilem con-
stituunt, *Ludov. Roman. num 7 & Iason. num. 8. in d.
l. sicut. 9. C. de testam. milit. Viglius hic nu 3. Vasquius
de success. creat. lib. 3. §. 24. limitat. 19. num. 32. Paulus
Berens. disput. 6. ad Institut. them. 3. quæst. 5. Gilken. in
auth. ex caus. num. 36. C. de liber. prærerit. & Hunnius
lib. 2. var. resol. jur. civ tract. 5 quæst. 22.* sequentibus
5 permoti rationibus. I. Quia legum correctio summo-
perè vitanda est. *l. si quando 35. in princip. C. de inof-
fic. testam.* Atqui hic §. *cum legib. suprà initiò addu-
ctis*, nullibi correctus legitur. Et quanquam huma-
num æquumque videtor, ut liberi etiam à militibus
heredes instituantur: durum tamen est, & leges cor-
rigere veteres, & militum privilegia minuere: cùm
leges posteriores istod non exprimant. *l. præcipimus* 6
32. in fine C. de appellationib. II. Quia militare testa-
mentum ab omnibus solennibus liberum est. *d. l. 1. in
princip. ff. de testam. milit.* Ast inter solennia testa-
mentorum reputantur institutio & exheredatio. *l. in-
ter cætera. 30. ff. de liber. & posthum. hered. instit.*
III. Quia lex nova & correctoria, generaliter loquens, 7
recipit interpretationem à prioribus seu veteribus le-
gibus. *l. non est novum 26. cum ll. seqq. ff. de legat.* At-
qui veteribus legibus cautum fuit, ut præteriti qui-
dem pagani faceret nullum testamentum : at non
præteritio militis, *hoc §. nostro.* IV. Quia in toto jure 8
generi per speciem derogatur, & illud potissimum
habetur, quod ad speciem directum est. *l. in toto. 80.
ff. de reg. jur.* Atqui lex Iustiniani nova est generalis,
ac de parentibus in genere loquitur. Ius verò, quod
in milite constitutum est, ad speciem parentum perti-
net Hoc igitur constitutioni generali derogare vi-
detur. V. Quia posteriores leges trahuntur ad prio-
res : nisi apertè sint contrariæ. *l. sed & posteriores.
28. ff. de legibus.* Dicuntur autem trahi posteriores le- 9
ges ad priores, cùm referuntur ad easdem rem, & ad
personas easdem, quæ prioribus comprehensæ sunt.
l. ideò. 17. ff. d. tit. Constitutio proinde Iustiniani po-
sterior *in d. Novell. 115. cap. 5.* de præteritione & exhe-
redatione paternâ loquens, referri debet ad eas prio-
res leges, quæ de exheredatione & præteritione sunt
latæ : quibusque definitum est, non licere parenti-
bus liberos suos præterire. Cæterùm hæ leges ad pa-
ganos pertinent, non ad milites, *hoc §. nostro. d. l. sic-
ut. 9 & l. seq. C. de testam. milit.* VI. Quia per ver- 10
ba quantumcunque generalia nunquam intelligitur
derogatum specialibus privilegijs, maximè quæ di-
sertâ juris definitione continentur. *l. decurionibus. 3.
ibique gloss. Cod. de silentiar. l. final Cod si contra jus
vel utilit. public &c. cap cùm ordinem 6. ext. de
rescriptis.* Ideoque & constitutio Iustiniani *in d. No-
vell. 115. cap. 3.* generalibus verbis concepta, non
censetur privilegijs militum, in anterioribus legi-
bus certam determinationem habentibus, quidquam
derogare.
Huic conclusioni non obstat, quòd Iustinianus ge- 11
neraliter præcipiat & decernat; ut omnes parentes,
sicq; etiam milites, instituant liberos, vel eos nomina-
tim justâ ex causâ exheredent, non verò prætereant. *d.
Novell. 115. c. 3.* Hic namq; textus de militibus ne verbũ
quidem habet. Iura a. correctiora non debent extendi,
etiam ex majoritate rationis. *ut loquuntur.* Si enim Im-
per. idem voluisset in militibus, singulare privilegium
propter suam imperitiam habentibus: utiq; diserte id
expressisset, *arg l. unic. §. ubi autem legatarii 11. in fine
C. de caduc tollend.*
Sic quoq; non obstat, ꝙ in dubio sententia maximè 12
favorabilis & benigna est arripienda *l. benignius 18 ff. de
legib.* Atqui talis est interpretatio, per quã ad juris natura-
lis dispositionem revertimur *l si unius 27. § pactus 2.
circa fin. ff. de pact.* Sed & juri naturali ac pietati per quã
cõsentanea ea est dispositio, quâ parentib. liberor. & li-
beris parentũ bona deferũt *l. cũ ratio 7 in pr. ff. de bonis*

damnator. Igitur hæc sententia retinenda erit: & consequenter præterito militis pro exheredatione non habebitur: sed testamentum ejus non minus atque paganum, irritum efficiet. Illud, *inquam*, non obstat. Quamvis enim favorabilis sit illa interpretatio, quâ ad juris naturalis dispositionem revertimur: major tamen favor militiæ esse censetur, cujus gratiâ permissum est militi filios quos novisse habere, impunè præterire. Præterea etsi favor aliquis, aut ratio suadeat, ad dispositionem priorem, naturæ consentaneam redire: non tamen propterea statim reversum, & à privilegiis, quibusdam indultis, recessum intelligitur: cùm hoc omne penes Imperatorem sit, qui in dubio privilegia militibus concessa, favore militiæ adimere voluisse non præsumitur. *D. Hunn. d. quæst. 22. in fin.*

13 Similiter non adversatur textus *in d. Novell.* 115. *cap. 4. in princip.* ubi sancitur: liberos, qui testari possunt, parentes suos vel instituere, vel exheredare debere; non verò præterire. Quem textum de filiisfamilias militibus intelligendum esse, inde patescit: quòd de emancipatis accipi non possit; siquidem loquitur expressè de rebus, in quibus filiifamilias testandi habent licentiam. Ast emancipatis de omnibus omninò rebus testari licet. Deinde non potest textus ille exaudiri de bonis adventitiis, quorum ususfructus ad patrem non spectat: quippe nec de iis filium familias testari posse, apparet *ex l. penult. C. qui testam fac. poss. & ostendimus supr. ad princip. tit. quib. non est permiss. fac. testam. num.* 29. Necessariò ergò de bonis castrensibus, adeòque de filiofamilias milite, loqui videtur. Non, *inquam*, textus iste adversatur. *Quia* eum de quasi castrensibus, quæ Doctores & Advocati habent,

14 & de quibus testari queunt, accipere possumus: atque ita in milite nihil esse correctum deprehendimus. Nec hanc responsionem Iiebetat, quòd castrensia & quasi castrensia bona æquiparentur. *l. ult. C. de inoffic. testam.* ac proinde textus *in d. cap.* 4. corrigens in uno, nempe in quasi castrensibus, videatur etiam corrigere in altero, putà castrensibus. *Nam* castrensia & quasi castrensia æquiparantur in materia favorabili, ita scilicet, ut filiusfamilias de utriusque testari possit; & neutro casu querela inofficiosi locum sibi vindicet. Atqui *in d. cap.* 4 est materia odiosa, ut videlicet testamenta inofficiosi querelâ expugnentur. Vnde à materia favorabili *in d. l. ult. C. de inoffic. testam.* non rectè procedit æquiparatio ad materiam odiosam, *ut copiosius tradit Iason in prædictâ l. sicut. 9. num. 12. C. de testament. milit. eumque laudans Paulus Berens dict. quæst. 5. circa finem.*

§. Finalis.

Mater, vel avus maternus, necesse non habent liberos suos, aut heredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris, aut avi materni, & cæterorumque per matrem ascendentium, tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamvé, neque avo materno nepotem nepotemvé ex filia, si eum eamvé heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo præter præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulò pòst vobis manifestum fiet.

SVMMARIA.

1 *Mater, vel avus maternus. &c. liberos suos silentio præterire possunt*
2 *Mater & avus maternus filios in potestate non habent.*
3 *Ius prætorium subsequitur jus civile.*
4 *Differentia inter emancipatos ratione patris, & quoslibet liberos ratione matris.*
5 *Quo remedio matris avivé materni, testamentum impugnetur.*
6 *Ecquid hujus §. dispositio hodie correcta sit.*
7 *Iura vetera, specialiter non correcta, meritò adhuc vigere jubentur.*
8 *Exheredationis forma in quibus consistat.*
9 *Institutio & exheredatio sunt propria testamenti nota.*
10 *Exheredatio consulto fieri debet, non calore iracundiæ.*
11 *Item expressè ac nominatim, & purè, non sub conditione.*
12 *Liberi certo judicio à parentum successione removendi.*
13 *Conditiones à fortuna dependere solent.*
14 *Exheredatio a tota hereditate, & tota gradu fieri debet.*
15 *In exheredatione legitima causa exprimenda.*
16 *Circa exheredationem liberorum 14. causæ considerandæ veniunt.*
17 *Filiis semper honesta & sancta debet esse persona patris.*
18 *Quo casu liberi parentibus manus inferre possint.*
19 *Quid juris, si liberi manus saltem adversus parentes levasse proponantur.*
20 *Interpretatio extensiva in materia odiosa locum non habet.*
21 *Liberi parentes honore, non contumelia afficere debent.*
22 *Qualis injuria hic intelligatur.*
23 *Gravis injuria verborum, æquiparatur verberibus.*
24 *In quibus causis liberi parentes accusare possint.*
25 *An liberi sint exheredandi, si in criminalibus testimonium dixerint, advocatum egerint, aut sententiam tulerint adversus parentes.*
26 *Malefici qui hoc loco intelligantur.*
27 *Empirici Medici maleficis annumerantur.*
28. *Non potest major esse ingratitudo, quàm illius vitæ aliquem insidiari, à quo vitam accepit.*
29 *Sufficit ad exheredationem, filium parasse venenum, etiam non secuto homicidio.*
30 *Exempla referuntur eorum, qui veneno insidiati sunt parentibus.*
31 *Privigni cum noverca consuetudo incestuosa est.*
32 *Filius concubinam patris uxorem ducere nequit.*
33 *Liberi debent parentes defendere et non iis per delationem damnum aliquod inferre.*
34 *Filii pro parentibus, carcere inclusis, fidejubere tenentur.*
35 *Laudabile Cimonis exemplum.*
36 *Si liberi parentes suos testari prohibuerint: non solùm rectè exheredantur: sed & iis, tanquam indignis hereditas auferri, fiscoq; vindicari poterit.*
37 *Nihil honestis parentibus solet accidere ingratius, quàm si vident liberos suos inhonestis consortiis delectari. Quis arenarius vel mimus dicatur.*
38 *An filius exheredari possit, si cum inimicis patris amicitiam contraxerit.*
39 *A jure feudali non procedit argumentum, ad decisionem causarum civilium in materia odiosa.*
40 *Turpis & luxuriosa vita exheredationem meretur.*

41 *Si filia 25. annum excesserit: & , parentibus ei honestam nubendi conditionem non quærentibus, in corpus peccaverit, non poterit exheredari.*
42 *Num filius, sine patris consensu nuptias contrahens, exheredari possit.*
43 *Si liberi curam furiosi parentis nullam habuerint; postea, sanitate recepta, nec exheredantur.*
44 *Non quævis deserti status causa sufficiens est ad exheredationem.*
45 *Liberi, parentem captivum ab hostibus non redimentes, ab eo reverso juste possunt exheredari.*
46 *Liberi hæretici nullo modo patri succedunt.*
47 *Omnes exheredandi liberos causæ versiculis comprehensæ.*
48 *An pater pontificiæ religionis, filium Augustanæ seu reformatæ religionis, & contra, tanquam hæreticum, exheredare possit.*
49 *Quis dicatur hæreticus.*
50 *Ante damnationem nemini ob crimen afferri potest præjudicium.*
51 *In pace religiosa, religio utraque libere permissa.*
52 *Quibus ex causis liberi parentes exheredare valeant.*
53 *Exempla quorundam, qui filios suos ad supplicium rapuerunt.*
54 *Patria potestas in pietate, non in atrocitate, consistere debet.*
55 *Si pater nuptiis suæ sese immiscuerit, à filio exheredari poterit.*
56 *Item si pater filium testari prohibuerit.*
57 *Item si mater patri, vel matri pater insidiatus fuerit.*
58 *Item si pater filium furiosum curare neglexerit, vel captivum non redemerit, vel hæreticus fuerit.*
59 *Omnes exheredandi parentes causæ versibus inclusæ.*
60 *Cur filii pluribus ex causis exheredari possint, quam parentes.*
61 *Nullus affectus vincit paternum.*
62 *Ubi major affectio, ibi major ingratitudo.*
63 *Non æquum est, ut filius sit censor morum patris.*
64 *An & quibus ex causis fratres exheredentur.*
65 *Num exheredatio ob causas similes, sive graviores in Nov. 115. cap. 3. expressis fieri possit.*
66 *Sermo universalis, maximè negativis conceptus verbis, universaliter intelligendus.*
67 *Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.*
68 *Absurdum est, aliquem velle sua privata interpretatione deliberationem Imperatoris subvertere.*
69 *Qui à forma recedit, nihil agit.*
70 *De his, quæ formæ nomine præscripta sunt, nihil nobis licet mutare, etsi major ratio in casu omisso interveniat.*
71 *Odia interpretatione restringenda.*
72 *Lex correctoria ad alios casus non porrigenda.*
73 *Quibus delictis pater præcipuè læditur: quibus item omnes homines.*
74 *Iudex in casibus similibus idem jus statuere debet.*
75 *Cur vasallus ob similes vel graviores causas feudum amittat.*
76 *Hereditas jure naturæ debetur liberis.*
77 *Quæstio jure civili decisa, non decidenda ex jure feudali.*
78 *Cui licet, quod plus est, ei licet etiam, quod est minus.*
79 *Patri licet filium proditorem patriæ impunè occidere.*
80 *Exheredatio cur inventa.*
81 *Quatenus generali oratione non intelligantur exclusi casus, qui simili ratione nituntur.*
82 *Quod quis per alium facit, ipse facere videtur.*
83 *Exheredatio interdum bona mente fieri solet.*
84 *Pœnitentia pœnam non tollit.*
85 *An & quatenus exheredatio locum habeat, si filius patri reconciliatus fuerit.*
86 *Exheredationis præcipuus finis.*
87 *Culpa expressè in testamento nominatim facienda.*
88 *Novissima voluntas sequenda.*
89 *Sententia l. filio, quem pater. 23. ff. de lib. r. & posthum. heredib. instit.*
90 *Consideratio l. Lucius 88. §. Lucius. 11. ff. de legat. 2.*
91 *Causa exheredationis à testatore nominatim testamento inserenda, & ab herede probanda.*
92 *Utrum audiendus sit heres institutus, si exheredationis causam, à testatore omissam, nec testamento insertam, probare velit.*
93 *Heres & defunctus pro una eademque persona habentur.*
94 *Quatenus voluntas testatoris sit spectanda.*
95 *An exheredatio jus feudale extinguat, remissive.*

EX hoc §. discendum est: matrem, vel avum mater- 1
num, & cæteros per matrem ascendentes, non cogi liberos suos heredes instituere, aut exheredare:
sed posse eos silentio præterire, vel omittere: hancque præteritionem pro exheredatione accipiendam esse: idque tàm jure civili, quàm prætorio *l. illud 4. §. 2. ff. de bonor. poss. cont. tab.* Ejusque ratio est, jure 2
quidem civili: quia filii non sunt sui heredes matri, aut avo materno: quippe cùm hi non habeant illos in potestate. *§. fœmina 10. supr. de adoptionib. §. cæteri. 3. inf. de hered. qual. & different.* Iure verò prætorio, ratio hæc est: quia hoc jus subsequitur jus civile. *l. scio. 14. ff. de testibus.* Nec refragatur, quod suprà dictum est 3
de emancipatis, eos licèt non jure civili, attamen jure prætorio a matre esse exheredandos, quantumvis jus
civile eos exheredari non jubeat. *Nam respondetur:* dif- 4
ferentiam esse inter emancipatos ratione patris, & quoslibet liberos ratione matris: quòd illi in potestate aliquando fuerint, & redire possint: hi nunquam fuerint in potestate, nec esse possint: ac proinde prætor illos faciliùs, quàm hos, juvat: ut & in iure plus permittitur spadonibus, quàm castratis. *§. sed & illud 9 supr. de adoptionib. & notat hic Giphanius.* Quanquam autem liberis à matre, vel avo materno præteritis, neque 5
civili, neque prætorio jure, quo præteritis liberis contra tabulas bonorum possessio conceditur, succursum sit: tamen aliud illis adminiculum, scilicet querela inofficiosi testamenti (quam etiam Imperat. vocat ultimum adjutorium, *in l. ult. circa medium. Cod. de liber. prætereit*) ad impugnandum matris, avivè materni testamentum, servatur: *de quo explicabitur latiùs infr. tit. de inoffic. testamento.*

Porrò hunc § nostrum *per Novell. 115. cap. 3.* hodiè 6
correctum esse, adeòque filios à matre, vel cæteros liberos, à parentibus maternis simpliciter præteritos, testamentum dicere nullum posse, Doctores plerique tradunt. *Cornæus consil. 118. lib. 2. Bertrand. cons. 1. nu. 4. & cons. 23 num. 2. vol 2. hosque referens Iulius Clarus libr. 3 sentent. §. testamentum. quæst. 47. Grassus in §. testamentum. quæst 36. Mynsinger & Vultejus hic numer. 3.* At cùm jura vetera, *nimirum hic §. item l. 3. &* 7
l. filiam. 15. Cod. de inoffic. testam. cum similibus, non specialiter & nominatim inveniantur per dictam novellam constitutionem correcta: meritò adhuc vigere jubentur. *l. præcipimus. 32. § fin. Cod. de appellation. l. sancimus. 27. Cod. de testament.* Præterea si in exheredatione & præteritione observata non fuerint, quæ observari jubet Imp. Iustin. *in d. Nov. 115. c. 3.* non statim ipso jure nullum est testamentum, sed ejusmodi, ut rescindi & evacuari possit: quemadmodum disertè scribit Iustinianus *in d. c. 3. circa finem.* Quocirca præteritis etiam sine causa liberis, à matre, avo materno, aut cæteris per matrem ascendentibus, ex ista Novellâ testamentum ipso jure minimè nullum est; sed rescindi & evacuari ob id potest. *Ita docent Duaren. ad tit. ff. de inoffic. testam. c. 3. & ad tit ff. de liber. & posthum. hered. instit. c. 3. Cujac. in l. 4. circa finem ff. eod. Donell. in Auth. ex causa num 5. Cod. de liber. præterit. D. Bocer. class 3 disput. 3. th. 19. edit. 2. & in hoc tit. num. 58. & seqq. pag. 331. Treutler. disp. 11. th. 1. lit. c. vol. 2. Vasq. de*

success creat.libr.2 § 26.part.3.requisit.29. declar.3.n.
268 Heigius hic n.4 Soarez.in thesaur.recept.sent. in
verb.filii.n.264.ubi plures citat.

8 Sanè quæ hactenus allata & explicata sunt, etsi in e-
narrationem hujus tituli sufficere videntur: haud ta-
men omninò inutile aut supervacuum fore censeo, si
de forma exheredationis enucleatiùs paulò disseruero.
Rectæ autem exheredationis forma sive substantia in
sex potissimum consistit. Primum est; ut exhere-
9 datio non in codicillo, sed testamento fiat. Institu-
tio etenim & exheredatio sunt propriæ testamenti no-
tæ, quibus à codicillo, alisq; ultimis voluntatibus se-
cernitur. *l.nec codicillum.* 14. *Cod. de testament. l si i-*
dem 7.Cod, de codicill. Dn.Obrecht. disput 20.*th.*675.
Secundum est: ut consultò fiat, non temerè, aut calo-
10 re iracundiæ. Nam aliter si fiat, non subsistit: tametsi
justa ex causa facta sit *l.si filiam.* 19. *Cod. de inoffic.te-*
stam.arg.l.quicquid. 48.*ff.de reg jur. & c. si quis ira-*
11 *tus.2 quæst.*3 Tertium est: ut expresse ac nominatim
fiat. *l.1.2.& 3.ff.de liber.& posthum. hered.instit.* ubi
hoc exemplis declaratur *l.1.in princ.ff de heredib.inst.*
l.ult.§ sancimus.Cod.de liber.præterit. & fusiùs expo-
situm suprà ad principium hujus tituli. Quartum est:
ut purè & simpliciter fiat, non sub conditione. *d.l.3 §.1.*
12 *l.si ita.13.§.fin ff.de liber.& posthum hered.instit.* Cer-
to enim judicio liberi à parentium successione remo-
vendi sunt, inquit Hermogenianus *in l.sed sub conditi-*
one.18 ff.de bonor.poss. contr. tabul. Atqui filium sub
conditione exheredat; is totum in fortunæ ludibrium
13 & alienum factum confert: cùm conditiones à fortu-
nâ & alieno facto dependere soleant: veluti si pater di-
cat; *Si navis ex Asia venerit, filius exheres esto:* vel,
Si Sempronius in Vngariam profectus fuerit, filius he-
res esto. In his siquidem, aliisque similibus casibus,
filius magis à fortunâ & casu, vel à Sempronio exhe-
redatur, quàm certo patris judicio, D.*Obrecht d.disp.*
20.th.688. & seq. Planè, quod dicitur, liberos pu-
rè exheredandos esse: id semper cum hac exceptione
accipiendum est: nisi sub contraria conditione heredes
instituantur. *l.jam dubitari.86 ff de heredibus institu-*
end.l si pater filium.4.Cod. de institut. & substitut.
Nec obsistit, quod ex Hermogeniano monuimus: filios
certo judicio ab hereditate removeri debere. *d l.sed sub*
conditione. 18.*ff.de bonor poss.cont.tabul.* Nihil enim
vetat, quò minùs pater justas causas exheredationis
habeat, propter quas certo judicio filium exheredet; &
tamen placeat patri, filium sub conditione exhereda-
re; in qua conditione etiam certum patris judicium in-
telligitur, cùm filium heredem sub contrariâ conditio-
14 ne instituit. Tunc siquidem filium ab hereditate remo-
vere non censetur, *ut disertè docet Donellus in d.l.4.*
Cod de instit.& substit.n 4. Quintum exheredationis
requisitum est: ut à tota hereditate, non à re certâ, vel-
uti fundo, fiat. *l.cùm quidam.* 19. *ff. de liber. & posth.*
heredib.instit. Itemque à toto gradu fieri debet exhere-
datio, si unus tantùm sit gradus: sin plures, ab omni-
bus. *d.l.3 §.filium.2.& seqq.l.posthumus.14.§ 1.ff.eod.l.*
ex facto.43.§.Lucius.2.ff.de vulg.& pupill.substit. Do-
15 *nell libr.6.Comment.de jure civ.cap.12.pag.27.* Sex-
tum & ultimum est: ut fiat ex legitimâ, jureque expres-
sa causa. Hæc namque nisi exprimatur, exheredatio non
subsistit. *d. Novell.115.cap.3.* Aliæ autem causæ requi-
runtur in exheredatione filiorum: & aliæ in exhereda- 16
tione parentum. In exheredatione filiorum Imp. Iusti-
nianus decernit quatuordecim, ex quibus illi ingrati
debeant judicari. *d.Novell.115.c.3.§ 1 & seqq.*

Prima causa est: si liberi parentibus manus intule- 17
rint. Tum quia filiis semper honesta & sancta debet es-
se persona patris. *l.liberto 9.de obsequiis parentibus &*
patron.præstand. Sanctum est, quod ab iniuria homi-
num munitum est. *§.sancta 10.supr.de rerum divis.* At
cùm nihil tam sit sanctum, quod non aliquando violet
audacia, *auctore Cic pro Rosc.* quos natura in officio
retinere non potest, hos patris coercebunt fulmina,
Andr Gerhard.de testam disput.5.sub th.26. Tum
quia hac ratione parentum illi inimici, non liberi esse
intelliguntur. Proinde nisi hanc injuriam parentes in
testamento vindicent, Magistratus vindicare debet. *l.1.*
§ si filius 2 ff de obseq parentib.& patron.præst.Novell. 18
22.c.21.Exod.c 21 v.15.Lev.20.vers.9. Excipiunt ta-
men Interpretes non malè casum, quo liberi, vel ob de-
fensionem sui, vel Patriæ, parentibus manus inferunt.
arg.l.ut vim.3.ff.de just.& jur.l.sciendum.45.§ qui,
cùm aliter.4 ff ad leg Aquil.l minimè 35.ff.de religios.
& sumpt.fun.l.si quis percusserem.3.Codic.ad leg.Cor-
nel.de sicar.Ripa in l.fin.Cod.de revocand. donat.quæ-
stion.19 Covarruv.in cap.Raimutius.16.in princ.n.9.
ext.de testament.aliiq; per hunc citati. Idque pluribus
explicuimus *ad §.item lex Cornelia de sicar.5.nu.203.* 19
inf de public.judic. Quid verò statuendum, si liberi
parentibus manus non intulerint, eosvè percusserint;
sed manus saltem adversus eosdem levasse proponan-
tur? Et cùm Imperator expressè requirat verberatio-
nem ac realem manuum injectionem. *dict. Novell.115.*
cap.3.§.1.ibi, intulerit satis inde apparet, quòd cona-
tus, sive levatio manûs non sit sufficiens exheredandi
causa. Idem comprobat textus *in l item apud Labeonē.*
15.§ 1.ff de injur. junctâ ratione, quòd interpretatio ex- 20
tensiva hic, utpote in materia odiosa, exulare jubeatur,
arg l.si præses.32.in fin.& l interpretatione.42. ff. de
pœn.c.odia.15.de reg.jur.in 6. Tametsi contrarium cō-
suluerit Gœddæus *in consil Marpurg* 28.*vol.*3. (pro-
ut eum refert Gerhard *d.disput.5.ad th.24*) ubi *n.121.*
& 134 subjicit, quòd licèt manus levatio non contine-
atur sub hac prima causa; contineatur tamen sub secū-
da: *de qua mox dicetur.*

Secunda exheredationis causa est: si gravē & inho- 21
nestam injuriam liberi parentibus ingesserint. *d.Novell*
115.c.3.§.2. Liberi enim parentes honore, non contu-
melia afficere debent, *juxta 4. Decalogi præceptum.* In-
telligimus autem verbalem injuriam. Tum quia hoc 22
arguit verbum, *ingesserit.* Sic ingeram mala multa, hoc
est, maledicta, *inquiunt Terentius & Plautus.* Et in Co-
dice Holloandri legitur, *atrocem & indecentem contu-*
meliam ingesserit. Tum quia præcedens causa de inju-
ria reali concepta est Ita argumentatur Alexand *consil.*
202.lib.2.n.1.2 & 3. dum scribit: quod ista verba *d c.3.*
§.2. exemplificanda sint in gravi injuria verbali, non au-
tem in actu vulnerandi, aut fustibus cædendi; quia hæc
sub prima causa comprehenderentur. Tum quia intel-
lectum

lectum hunc urget versiculus glossæ : *Si patrem feriat, vel maledicat ei*, & magis aperte Ioannis de Platea: *Parentes feriat, vel verbum si gravè dicat.* Tum denique idem evincitur *ex prædicta l.1.§.2. & 3.ff. de obseq. parent. & patron præst.* ubi Vlpian. perspicuè injuriam verbalē à reali distinguit, dum ait: *Si filius matrē aut patrē quos venerari oportet, contumeliis afficit, vel impias manus eis infert: præfectus urbis delictum, ad publicam pietatem pertinens, pro modo ejus vindicat.* Item: *Indignus militia judicandus est, qui patrem & matrem, à*
23 *quibus se educatum dixerit, maleficos appellaverit.* Nō ergo dubitandum est, quin gravis & inhonesta verborum injuria (puta si quis parentem appellaverit proditorem, vel hujusmodi) sit sufficiens causa exheredationis. Etenim gravis injuria verborum æquiparatur verberibus, præcipuè illata patri, cui jure divino & humano summus honor, summaq; reverentia debetur. *Iul. Clar. lib. 3 sent. § testament. q. 41. n. 3.* Cæterùm perperàm nonnulli hanc causam generalem esse opinantur, sub qua omnes aliæ, *etiam d. Novell. 115. c. 3. non expressa*, comprehendi queant, *Molin. in consuetud. Parif. t. 1. § 30. q. 35. n. 135 Men. lib. 2. de arb. jud. cent 3. cas 67. n. 6 aliiq; per hunc relati.* Tum quòd sic unam, vel tredecim, non quatuordecim causas posuisset Iustinianus, qui tamen hanc ipsam, à reliquis separate, & in numerum 14. causarum referre voluit: tum quod sic nihil prorsus novi introduxisset. Illud verò benè dicitur, hanc causam accipiendam esse de ejusmodi gravi injuria, quæ per se talis fit suâ naturâ & in abstracto, non autem relatione ad parentes: cùm horū respectu quæ vis injuria talis sit. *l. prætor edixit. 7. §. fin. ff. de injur. Wesenbec. in paratit. C. de inoffic. testam. n. 18. Gerhard. d. disput. 5. th. 25. ad finem.*

24 Tertia causa exheredationis est: Si liberi parentes in criminalibus causis accusaverint. Quia tum officio liberorum deposito, inimicorum officio funguntur. Excipiuntur eæ causæ, quæ Principem & Rempubl. concernunt. *d. Novell. 115. c. 3. § 3.* Vnde Constantinus Harmenopulus asserit, liberos posse parentes suos accusare læsæ Majestatis *lib. 1. Epit. 6.* Hinc filius Q. Vetium Serenum patrem de crimine majestatis rectè accusasse traditur, Cornel. Tacit. *lib. 4. Annal.* Porrò civiliter filium adversus patrem impunè agere, jusque suum per sententiam obtinere posse, non dubium est, *arg. l. nullus. 55 l. factum. 155 & l. qui jus. 177 in fin ff. de reg. jur l. injuriarum. 13 § 1. ff. de injur. l. prohibere. 3. § planè 4. v. hoc ita verū est ff. quod vi aut clā. & similium.* etiamsi pater fortassis dicat, inique contra se judicatum esse. Id enim non filio, sed judici imputandum erit. *l. argentarius. 10. §. cùm autem 3. ibi, aut de judice queri debet ff. de edendo. VVesenbec. consil. 29.*
25 *num 62.* Quid autem censendum, si liberi in criminalibus sponte dixerint testimonium, advocatumve egerint, aut judicis personam sustinentes, sententiam iniquam per imperitiam tulerint adversus parentes? num quid propterea exheredari poterunt? Et licet id adstruat, *post alios à se citatos*, Didacus Covarruv. *in d. cap. Raynutius 16. in princ. n. 11. de testam. & noviter Gilkenius in auth. non licet. num. 23 Cod. de liber. præterit.* contrarium tamen veritati magis accedit. Tum quia Iustinianus hanc, ceu legitimam exheredandi causam non expressit *in d. Novell. 115. cap. 3 § 3.* Tum quia accusasse non dicitur, qui testem egerit, *secundum gloss. in l. qui, cùm major. 14 §. accusasse 8. ff. de bonis libertor.* vel advocatum. *d. l. 14. §. si patroni 9. ff. eod. l. inter officium. 54. ff de rei vindicat.* vel judicem, *Gerhard. dict. disp 5. th. 27 in fine.*

Quarta exheredationis causa est: Si liberi cum maleficis hominibus, ut malefici, versentur. Non enim 26 sufficit, ut quit in itinere aut hospitio inter maleficos reperiatur: sed necesse est, ut inter eos sit latrocinii societas *d. Novell. 115. cap. 3. §. 4. & facit Novell. 22. c. 15. §. si igitur. vers. aut latrocinii sectant em vitam, &c. & l. vim passam. 39. §. mulierem. 4 ff ad l. Iul. de adulter.* Malefici autem hic non quivis malefactores in genere; sed propriè illi intelliguntur, qui incantationes, vel magicas artes, aut veneficia perniciosè exercent, *ut docent Carol. Molin. in consuetud. Paris d. tit. 1. §. 30 quæst. 35. num 138. & Covarruv. in d. cap. Raynutius. 16. in princ. num 12. de testament.* Quibus non immeritò annumerantur Empirici illi Medici, qui conceptis pre- 27 cum, & verborum formulis, deperditam sanitatem recuperari jactitant, vaneque gloriantur. Ejusmodi siquidem incantationes, admurmurationes, & insusurrationes Vlpianus quoque Iurisconsultus non obscurè damnat. *l. 1. § medicos. 3. ff. de extraord. cognitionibus.* Quin & Impp. palàm isthæc remedia exterminant. *l. eorum. 4. C. de maleficis & Mathemat.* Canones verò ab Ecclesiæ consortio segregant eos, qui in collectionibus herbarum carmina dicunt, quive characteres ægrotis ad sanandum apponunt. *can. nec mirum. 14. §. adhæc omnia caus. 26. q. 1. can. illud. 6. caus. 26 qu. 2. can. admoneant. 15. & seq. d. caus 26. q. 7.*

Quinta causa exheredationis est: Si liberi vitæ parentum suorum per venenum, aut alio modo insidias 28 tentaverint. *d. Novell. 115. cap 3. § 5.* Haud etenim major potest esse ingratitudo, quàm illius vitæ aliquem insidiari, à quo vitam accepit. Vnde Orestes apud omnes mortales laudem & gloriam sempiternam consecutus dicitur, quod illum occidisset, qui priùs patrem interfecerat, *referente Dn. Obrecht. d. disput. 20. th. 703.* Notanter autem Iustinianus ait, *tentaverint.* Quando- 29 quidem filium parasse venenum, etiam non secuto homicidio, sufficit. Nam & lege Pompeia de parricidiis, & lege Cornelia de sicariis, talis tenetur. *l. 1. in fin ff. ad l. Pomp de parricid. l. eiusdem. 3. ff. ad leg. Cornel de sicar. Covarruv. ad d. c. Raynutius 16. n. 13 de testament.* Exempla istius rei horrenda non desunt: Nero matri ter 30 veneno insidiatus est, *auctore Tacito lib. 14. & Suetonio in Neron. c. 33.* Romanus Iunior Imp. Patri Constantino Leonis filio, venenū parasse legitur. *Philip. lib. 4. Chronicor.* Et Selymus, Imp. Turcicus, venenum patri propinavit. *Philipp. lib. 5. Chron. Iov lib. 14. p. 586. hisq; referens Gerhard prædicta disp. 5. th 29 ad finem.*

Sexta causa est: si filii novercæ suæ, aut concubinæ 31 patris se immiscuerint *d. Novell. 115. cap. 3. §. 6.* Privigni namque cum noverca consuetudo incestuosa est *l. nemini. 17. Cod. de nupt.*. Et concubinæ patris consuetudine filius in tantum abstinere debet, ut ne uxorem eam ducere, si maxime velit, possit. *leg. liberi. 4. Cod.*

Cod. eod. tit. Istiusque delicti fit mentio *in l. Divus Ha-*
drianus. 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid. 2. Samuel. 16. v.
32 *22. & 2. Reg. 12. v. 11.* Et Anton. Bass. Caracalla novercam duxisse legitur, *apud Philipp. lib. 3. Chronic.*

Septima causa: Si delatores contra parentes extiterint filii, & hac delatione sua gravia eos dispendia fece-
33 rint sustinere. *d. Novell. 115. c. 3. § 7.* Debent enim liberi parentes defendere; non, ut ostendantur, ansam præbere. Hucque pertinet textus *in l. si quis à liberis. 5 §. idem Iudex. 11. ff. de agnosc. & alend. liber. ibiq; Accursius.* Quantum verò dispendium illud esse debeat, judicis arbitrio relinquitur. *arg. l. 1. § ult. ff de jure deliberand. cap. de causis. 4. extr. de offic. & potest. judic. de leg. Ripa in l. fin. quæst. 24. Cod. de revocand. donat. Covarru. ad d. c. Rainutius. 16 n. 14. vers. sexta, &c.* Quid igitur, si aliter, quàm per delationem, grave dispendium parentibus à liberis inferatur? Cùm textus *in dict. Novell. 115 c. 3. § 7.* utrumque conjungat: nec delationem absque dispendio, nec dispendium absque delatione sufficere, non absurdè quispiam dixerit. *Gerhard prædicta disp. 5. th. 31.*

Octava causa est: Si liberi masculi (ad quos hoc sin-
34 gulariter restringitur.) pro parentibus, carcere inclusis fidejubere recusaverint. *d. Novell. 115. cap. 3. §. 8.* Nam etsi filius non cogitur æs alienum patris exsolvere *l. 1. & tot. tit. Cod. ne filius pro patre, &c.* tamen ubi parentem in vincula conjici videt: certè omnia potius sustinere, quàm illud pati debet. Atque hoc non solum de patre, ob debitum pecuniarium incarcerato; sed de omni etiam, qui sub fidejussoribus relaxari potest, exaudiendum erit. Tum quia Iustinianus *in d. §. 8.* simpliciter utitur verbo, *inclusum.* Tum quia subdit, *pro persona, vel pro debito* Tum quia vanus exheredatio-
35 nis metus infertur ab eo, qui totus obæratus detinetur. Huc facit laudabile Cimonis exemplum: qui, cùm patrem, ob peculatus crimen carceri mancipatum, vivum liberare non posset, in carcere mortuum, translatis in se vinculis, ad sepulturam redimit. *Iustin. libr. 2. Valer. Max. lib. 5. c. 3.* Diligenter porrò notandum, quòd Imperator *in d. §. 8.* addit hæc verba: *petitus ab eo, vel unus ex his in sua eû noluerit fidejussione suscipere, &c.* Ex quibus non difficulter colligitur: ad hanc exheredationis causam justificandam necessum esse, auxilium fuisse à filio petitum, & tamen patri denegatum, *ut concludit Wesenbec consil. 29. nu. 54.*

Nona exheredationis causa perhibetur: Si liberi pa-
36 rentes suos testari prohibuerint. Eadem causa proponitur etiam *in l. testamenti. 23. C. de inofficioso testam.* Quòd si ex hac causa parentes filium non exheredaverint, utpote quia postea nunquam eis contigit posse facere testamentum: nihilominus ei tanquam indigno hereditatis aufertur, & fisco vindicatur. *d. Novell. 115. cap. 3. § convictus. 9. l. 1. ff. si quis aliquem testat. prohib. leg. 2. Cod. eod. Paul. lib. 5. sentent. tit. 12.* Quod si duo fuerint fratres, & alter parentem supremam mentem suam declarare impedierit, testibus aditum intercluserit; solennia peragere vetuerit: alter verò maluerit hereditatem patris testamento capessere, neque libertatem testandi remoratus fuerit: suam virilem portionem capiet, & illius perversitas nihil huic nocebit. *l. si quis dolo. 2. §. 1. ff. si quis aliq. testari probib.* Cæterùm si filius, patre vivente, paciscatur de hereditate patris, eo non consentiente; ex hac causa non poterit exheredari, *ut ex Purpurato in l. fin. Cod. de pact. nume. 18. notat Covarruvias ad d. c. Rainutius. 36. in princ. n. 14. in fin. de testament.*

Decima causa est: Si præter voluntatem parentum 37
liberi se arenariis vel mimis conjunxerint, *d. Novell. 115. cap. 3. si præter. 10 l. in arenam. 11. C. de inoffic. testa.* Quia nihil honestis parentibus solet accidere ingratius, quàm si vident liberos suos inhonestis delectari cõsortiis Nec immeritò. Quales enim sunt ii, quibus cum liberi versantur, tales & ipsi procul dubio fieri, & tales quoque parentes à plurimis judicari solent. *Dn. Obrecht. præallegata disput. 20. th. 711. & seq.* Arenarius 38
autem dicitur, qui in arenam, non sine vitæ periculo, cum bestiis publicè pro mercede pugnandi causa descendit. *l. 1. § removet. 6. vers. bestias. ff. de postuland. l. 1. §. 1 ibi, in vè arenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit ff. de adilic. edict. l. ob carmen. 21. §. si ea res. 2 ff. de testib. l. hadenum. 38. in princ. ff. de bonis libertor.* Mimus verò est, qui publicè vel privatim, alios voce & facto ludicrè turpiterque sectatur, Germanicè ein Gauckler: *docente D Bocero hic numer. 118. & seq. pag. 343.* Quæri hic non inconvenienter poterit: si filius cum inimicis patris societatem fecerit, sive amicitiam contraxerit, an propterea exheredari queat? Et talem societatem seu amicitiam per se non esse sufficientem exheredationis causam, vero similius putatur. Siquidem *in d. Novell 115.* non invenitur expressa. Atqui nulli licet ex aliqua lege (& sic etiam *ex leg. liberi. 28. §. fin. Cod. de inoffic. testam* quâ Bald. *consil. 112* alique dissentientes nituntur) ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in istius constitutionis serie continentur, inquit Iustinianus *in d. Novell 115. cap. 3. in fine principii.* Imo quia hæc causa *in d. l. liberi 28.* exposita, in dicta verò Novellâ non repetita est: inde satis perspicuum evadit, eam pro legitima non habendam esse. Vnde & glossa *in d. l. 28.* ad verbum, *amicitias*, disertè ait, hoc hodie non esse, sed alias requiri causas, quæ expressæ sunt *in d. Novell. 115. cap. 3.* Neque valet argumentum
Doctorum dissentientium, desumptum à vasallo ad 39
liberos: neque ex jure feudali arguere licet ad decisionem causarum civilium in materiâ odiosa & jure limitata. Quin & in materia feudali, de hoc articulo, rem non esse extra omnem dubitationem, videre est *ex Roland. à Vall. cons. 1. num. 38. & seqq. libr. 3. & Menochio consil. 102. lib. 1. eosque referente Andrea Gerhard. dict. disput. 5. th. 35. ubi paulò uberiùs hanc quæstionem explicat.*

Vndecima exheredationis causa censetur: Si filia 40
aut neptis parentibus, maritum & dotem congruam offerentibus, non consenserit; sed luxuriosam vitam degere maluerit. Turpis enim vita exheredationem meretur. *dict. Novell. 115. c. 3. §. si alicui 11. l. si filiam. 19. Cod. de inoffic. testam.* Nam etsi filia impunè nuptias à parente oblatas detrectare possit. *l. cum te pietatis. 18. & filia. 20. Cod. dict. tit.* id tamen ea de causa nequit, ut luxuriosam potiùs vitam eligat. Hanc etenim vitam si conjugali prætulerit: rectè, ut ingrata

ex-

exheredationis fulmine feriri poterit: nec ei querela in-
41 officiosi competit d. *l. si filiam. 19. Cod. eod.* Quod si ve-
rò filia 25 annum excesserit; & dum parentes ei hone-
stam nubendi conditionem non quærunt, fortè in cor-
pus clam semel atque iterum peccaverit, non poterit
exheredari: cum non sua culpa, sed parentum id com-
misisse cognoscatur. *d. Novell. 115. cap. 3. §. 11. ver. si ve-
rò usq. Auth. sed si. post. inde desumpta, Cod. de inoffic.
testament. Acacius Antonius de Ripoll. var. jur. res so-
lut. cap. 8. num. 195. & seq. fol. 232.* Hucque respiciunt
perquàm elegantes illi versiculi, quos refert Hilarius
Drudo *in practica artis amandi, p. 534.*

Filia non parcens à lustris quinq, puderi:
Heres inviti Patris habebit opes.
Ipse sibi culpam pater, est opus, imputet omnem,
Extitit illius qui mala causa mali.
Stultus, id atatis qui gnatam in calibe lecto
Degere torpentem vult, gelidoq, thoro.

Cæterùm si filia non clàm, sed palàm turpiter & fla-
gitiose, adeòque more meretricio vixerit: meritò ex-
heredabitur. *d. l. si filiam. 19. Cod. eod. Verùm de ista ex-
heredandi causa fusius disserit Gilkenius ad d. auth.*
42 *non licet. Cod. de liber. praterit. n. 26 & seqq.* At quid, si
filius sine patris consensu nuptias contraxerit, annè id-
circò exheredari poterit? Et verius est, cum sive major,
sive minor sit 25. annis, istam ob causam exheredari
non posse: eò quòd totus dictus §. 11. de filia duntaxat
sit conceptus. Fœminino autem sermone sexum ma-
sculinum comprehendi, exemplo pessimum est, *l. si ita
scriptum. 45. in pr. ff. de leg. 2. l. servis. 81. in pr. ff. de leg. 3.
Gœdd. ad. l. 1. num. 61. ff. de verb. signif.* Excipiendus
tamen videtur casus, quo filius ad turpem & inhone-
stam personam se applicuerit. *l. 3. § si emancipatus. 5. ff.
de bonor. possess. contra tabul. d. Novell. 115. cap. 3. §. 4. &
10. Gail. lib. 2. obs. 95. num. 17. Cujac. lib. 3. obs. c. 5. Sich.
in d. Auth. non licet. num. 4. C. de liber. pratert. D. Bo-
cer. hic num. 122. pag. 343.* Vide Sichardum *in consil.
testament. 4.* & D. Besoldum *in delibat. jur. ex lib. 5.
Pand. tit. 2. num. 26 pag. 466. & seq.* Atque huc etiam
pertinent, quæ uberius annotavimus suprà *ad princ.
t. de nupt. n. 147 & seqq.*

43 Duodecima exheredationis causa judicatur: Si libe-
ri parenti furioso curam competentem non præbue-
rint. *d. Novell. 115. c. 3. §. si unum ex pradictis. 12.* Et cer-
te si filius vel filia curam furiosi parentis nullam ha-
buerit; postea sanitate recepta, filius jure exheredari
poterit: vel si in ipso furore parens decesserit intesta-
tus, aut mutato testamento, quod ante furorem fece-
rat, in quo filium, aut extraneum heredem scripserat,
qui postmodum testatorem furore correptum non
procuravit; heredi legitimo, vel testamentario heredi-
tas, quasi indigno, aufertur; & non fisco, sed extraneo
applicatur, si quis sit, qui pietate vel misericordia mo-
tus testatò furioso istius curam susceperit. *d. Novell. 115.
c. 3. §. 12. & Auth. liberi furiosi. Cod. de Episcop. audi-
ent. Cujac. ad Novell. 115. post medium. pag. mihi. 133.* Lo-
44 quitur autem Imperator diserte de furioso, neque sim-
pliciter & per se desertionem facit justam exheredandi
causam. Reliquæ ergò desertionis causæ, quæ lege non
sunt expressæ, sufficientes vix erunt. Hinc Wesenbec.
præfate consil. 29. num. 54. rectè rejecit illam exhereda-
tionis maternæ causam, utpote à lege non agnitam:
quòd filius matrem deseruerit in suis angustiis, eo præ-
sertim tempore, quo maritus, filii vitricus, in captivita-
te fuerit. Isthæc quippe desertionis causa nimis gene-
ralis reputatur, *arg. leg. item. 16. ff. de dol. mal. & l. ait
prator 7. ff. de minorib. 25. annis.* At quid in eo statuen-
dum, qui ægrorum patrem non curat aut negligit, cui
pariter hereditas aufertur quasi indigno l. 3. *ff. de his, qua
ut indig. aufer.* & ex eâdem causa dominium servi a-
mittitur, & jus patronatus? *l. 1. §. sed scimus. 3. Cod. de La-
tina libert. tollend.* Et Cujacius *praallegato loco* tradit:
generaliter in libris *βασιλικῶν* (quorum scriptura in
dubio maxime sequenda est: quorumque auctor per-
hibetur Basilius Macedo, Imperator Constantinopoli-
tanus, ac rursus eo mortuo, Imperator Leo Philoso-
phus, ut scribit *Harmenopolus & Theodorus Balsamo,
hosq. referens Cujac. libr. 6. obs. cap. 9. & Hunnius lib. 2.
de Interpretat. cap. 2. q. 6 pag. 201.* videri etiam poterit
D. Besoldus *in dissert. de libris juris utriusq. c. 6 pra-
missa parti 2. delibatur. jur. pag. 30. & seq.*) scriptum
esse, filium, qui ægrotum, inopem, imbecillum patrem
non curat, alit, defendit, ob hanc causam jure exhere-
dari. Atque hanc sententiam probat etiam Dn. Collega
Bocerus hic *num. 124. pag. 344.* & statutum renovatum
Würtembergicum *part 3. t. 17 §.* Wann die Elter. *p.
394.* Ac sane si liberi patrem non sustentârint, cum se
pater sustentare non possit, eo ipso illum occidere in-
telliguntur, adeòque parricidæ fiunt l. *ne locare 4. ff. de
agnosc. & alend. liber. D. Obrecht. disp. 20. de instit. he-
red. th. 722. cum seq. p. 471.*

Decima tertia causa est: Si liberi patrem captivum
non redimerint. *de Novell. 115. cap. 3. §. 13.* Captum hic 45
intelligimus ab hostibus. Equidem liberi, qui paren-
tem captivum ab hostibus non redimunt, ab eo post-
liminio reverso exheredari justè possunt: vel si parens
apud hostes decesserit, hereditas liberis, imò gene-
raliter legitimis omnibus, vel testamentariis heredi-
bus, si fortè ante captivitatem testamentum fecerit,
quod lege Cornelia confirmatur eo moriente apud
hostes: his, *inquam*, omnibus, si negligentiores fue-
rint in redimendo captivo, hereditas aufertur quasi in-
dignis; & Ecclesiæ, non fisco, applicatur; eâ conditio-
ne, ut quicquid exheredatione pervenerit, in redempti-
onem captivorum insumatur; ut, unde ille à suis non
est redemptus, aliorum redemptio procuretur; & ita
pœnæ quodammodo æqualitas sive proportio serve-
tur. Ac sane adeò hic liberandi parentis captivi favor
procedit: ut minores 25. annis, majores tamen octode-
cim, possint in hunc finem mutuo accipere pecuniam,
resque suas proprias, vel parentis quoque mobiles, aut
immobiles, etiam absque decreto pignori obligare. Et
contractus hujusmodi, ac si à persona suæ potestatis &
legitimæ ætatis facti fuerint, firmi reputabuntur: nec
ullum præjudicium inde generabitur iis, qui cum his
contraxerunt. Et pater postliminio reversus, hos filii
sui, suo nomine celebratos contractus, ratos habere te-
netur, eisque tanquam suis debitis obligatur *dict. No-
vell. 115. cap. 3. § 13. & Auth. si captivi alicujus, inde
desumpta. Codic. de Episcop. & Cleric. Cujac. ad dict.*

Nov.18 post medium. Vnde meritò laudatur juvenis Pluto, quòd captum patrem redemerit, *apud Valer.lib. 4.c.5 in fine.* Contrà Gallienus lætatus scribitur, ob captum ab hostibus patrem Valerianum Imperatorem. *ut refertur in Histor. August.tom.2.pag.591. & seqq*

46 Decima quarta & ultima exheredationis liberorum causa est: Si liberi fuerint hæretici, pater verò catholicus, *sæpè citatâ Novell.115.c.3.§.si quis de prædictis.14. & Auth.idem est de Nestorianis.inde excerpta.Cod.de hæret.& Manich.* Et generaliter constitutum est: ne liberi hæretici ullo modo patri succedant: & si fortasse liberi non sint Christiani, ut succedant agnati Christiani, & post hos fiscus. *l cognovimus.19. Cod.de hæretic. Novell 118.cap.ult.* Atque istæ exheredandi causæ omnes versibus sequentibus non inscitè exprimuntur, quos recitat *ex Sebastiano Schefere* Hostichius *progymnasmat. Nomicor.cent.1.decur.5.posit.5.sub lit. A.* &

47 Hilliger.*in Donell.enucl.lib.6.cap.12.ad lit. M.*

Filius exheres esto: si verbere patrem
Læserit: aut verbis si violentus erit.
Criminis accuset si coram plebe parentem:
Misceat aut turpi dira venena manu.
Divitiis dederit si damnum grande parentis:
Nec curam sanâ mente carentis agat.
Inter colluviem si gaudeat ire malorum:
Aut patrium vetitæ scandat amore torum.
Si pro patre fidem non interponat: eundem
Atruce nec variis liberet hoste modis.
Si vetet auctorem testari sanguinis: adsit
Si levibus Mimis, quos vel arena juvat.
A sanctis veterum si degeneraverit aris:
Filia si quæstum corpore sprata facit.

Illud hodie in Imperio Romano-Germanico haud
48 abs re quæritur: An pater Pontificiæ confessionis sive religionis, filium Augustanæ, sive reformatæ (*ut vocant*) religionis, & è contrà pater Augustanæ, filium Pontificiæ religionis, tanquam hæreticum, exheredare possit? Et quamvis utramque in partem hæc quæstio probabiliter disputari queat, ut patet ex iis, quæ novissimè prolixè tradidit Iacobus Alcman.*in Palæstr. consultat.jur.illustr.consultat.10.* attamen negativa sententia probabilior, veriorque censetur. Tum quia
49 filius hac casu non potest dici hæreticus: siquidem causa hæreseos, in testamento apposita, non pro cujusvis arbitrio interpretanda, sed intra fines ac terminos, à lege præscriptos, coërcenda est: ut nimirum is demum habeatur hæreticus, qui quatuor illa sancta Concilia, Nicænum, Constantinopolitanum, Ephesinum primum, & Chalcedonense, non amplectitur, *juxta l quicunq.8.Cod.de hæret.& d. Novell. 115.c.3. §.14. Et exactiùs declarat Wesenb.in paratit.Codic.de hæret.num.2.* Atqui verò reformata religio cum quatuor istis Conciliis optime consentit, nec ab illis ullo in articulo recedit. Tum quia non sufficit dicere, filium esse hæreticum: sed etiam necesse est, ut hujus criminis convictus sit & condemnatus: cùm ante da-
50 mnationem, nedum ante accusationem, nemini ob crimen afferri præjudicium possit. *l. ultim. §. ultim.ff. de bon.eor.qui ant.sent.mort.sibi consciver.l. ex judiciorum.20.ff.de accusationibus. l. post contractum.15.ff. de don.l.2.Cod.qui testam.fac.poss.* Tum etiam, quia 51 in pace religiosa, *anno 1555. in Imperio promulgatâ,* utraque religio, tam pontificia, quàm reformata, est permissa; ita ut ab unâ ad aliam liber sit transitus; absque bonorum, vel famæ, vel honoris jacturâ, nullo impediente: & utriusque religionis socii verâ amicitiâ & Christianâ charitate, in bonâ & mutuâ respectu religionis concordiâ libere vivere jubentur. Quæ autem esset religionis libertas, si liberi ob eam à familiâ & hereditate paternâ excludi possent? *Dn.Obrecht suprà allegat.disputat.20 th.730.cum seqq. & Gerhard. prædicta disput.5 th 39. ubi plura ab hoc loco non aliena annotavit.* Eâdē de re vide Ritteisbusium *in exposit. Novell.part.6.cap.3.num.14.& seq.* itemque D. Besoldum *libr.2.politic cap.1.num.42.vers. 4. & in delibat.. jur.ex lib.5.Pandectar tit.2.num.27.pag.468. & seqq.* ubi & illam controversiam (an alicui sub hac conditione hereditas vel legatum relinqui possit: si professus fuerit catholicam, vel Augustanæ confessionis religionem?) eleganter decidit. Adde Henricum Andr. Cran. *in dissert.de pace Relig.par. 2.probl.6. connex 3.& 4.* Dn.Martinum Rümelin *exercitat. Iustin. 8.th.13 cum seq.& dissert 6.ad aur.Bull.part.3.coroll.1.& 2 aliosq; plures ibi allegatos.*

Porrò liberi parentes exheredarè possunt octo de causis. Nam absque causa legitimâ parentibus luctu- 52
osam auferri hereditatem non convenit, *l. nam etsi 15. ff de inoffic.testament.* Prima causa est: Si parentes ad interitum vitæ liberos suos tradiderint, sive eos crimi- 53
naliter accusaverint. *d. Novell.115.cap.4.§.1* ubi excipitur causa læsæ majestatis. Hincque Aulus Fulvius filium Catilinæ amicitiam sequentem. *Sallust. in bello Catilinar.Valer.Max.lib.5.c:8.Bodin.libr.1. de Repub. cap.4 num.24* & Cassius filium regnum affectantem, *Liv.lib.2.Halicarnass lib.8.Val.d.lib.5.c.8.Plin.lib.34. c.4.* & Lucius Brutus filios contra Remp molientes. *Liv. lib.2.Valer. Maxim.dict.l.5.c.8.Halicarnass.l.Eier.l.2. cap.9.Bodin.dict.lib. 1..de Rep.c.4.* & Manlius Torquatus filium. *Cic:libr 3.de legibus.Valer. Max.d.libr.* 54
5.cap.8 & alii alios ad supplicium rapuerunt, *Petrus Greger.lib.36.syntagm.jur.univers.cap 24.nu.26.* Altera est: Si parentes venenis, aut maleficiis, aut alio modo vitæ liberorum insidias struxerint, *d. Nov.115 c 4. §.2.* Hodie enim sublato vitæ necisque jure. *l.3 & l.ult. C.de patr.potest.* patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. *l Divus.5.in fin.ff. ad l. Pomp. de parricid.* Atrocitatis veteris exemplum cernere licet in Solymanno Turca, qui Mustapham filium natu maximum strangulavit: medium biduo pòst, quòd ingemuisset, veneno sustulit: tertium fugientem per legatum revocavit, & securi percussit. *Camerar.pag.1. med hist.cap.88.* Catilina filio venenum propinavit. *Valer.Maxim.libr. 9. cap.1.* Virginius filiam occidit, *Halicarnass libr.11.cap.6. Valer.Maxim. libr. 6. cap.1.* Gryphus, AEgypti Rex, matris insidia, & veneni poculum oblatum vix evadere potuit. *Camerar. lib. 1.Med.succis cap 9 Iustin.libr.39. post. princip.* ubi eo de facinore ita eleganter scribit: *Gryphus, recuperato patrio regno, externisq; periculis liberatus, insidiis matris appetitur. Quæ cùm cupiditate domina-*

tionis

tionis, prodito marito Demetrio, & altero filio interfecto, hujus quoque victoria inferiorem dignitatem suam factam doleret; venienti ab exercitatione veneni poculum obtulit. Sed Gryphus, prædictis antè jam insidiis, veluti pietate cum matre certaret, bibere ipsam jubet: abnuenti, instat. Postremùm prolato indice eam arguit, solam defensionem sceleris superesse affirmans, si bibat, quod filio obtulit. Sic victa
55 *Regina, scelere in se verso, veneno, quod alii paraverat, extinguitur.* Tertia exheredationis parentum causa est: Si pater nurui suæ, aut concubinæ filii sui sese immiscuerit. *dict. Novell.* 115 *cap.* 4. §. 3. Henricum
56 II, Anglorum Regem nurui per vim stuprum intulisse, refert Hondorff. *theatr. histor. ad præcept.* 6. *eumq́; citans Gerhard. dict. disput.* 5. *ad thes.* 43. Quarta causa est: Si parentes liberos suos in rebus illis, in quibus habent testandi licentiam, putà castrensibus, vel quasi,
57 testamentum condere prohibuerint. *dict. cap.* 4 § 4. Quinta: Si mater patri, vel matri pater, veneno aliove modo insidiatus fuerit, vel ad interitum, vel ad mentis alienationem. Tunc etenim filiis permittitur, nihil in suo testamento illi personæ relinquere, quæ tale scelus noscitur commisisse. *dict cap.* 4. § 5. Sic Laodice, soror & uxor Mithridatis Regis potentissimi, cùm admissa adulteria majore scelere regere vellet, venenum in regnum reverso marito paravit: qui tamen ab ancilla admonitus, facinus in authores vindi-
58 cavit, ut memoriæ prodidit Iustinus *libr.* 37. *ante finem. & Camerar. lib.* 1. *Med. succis. cap.* 9. Sexta causa est: Si parentes liberos furore correptos curare & alere neglexerint. *dict. cap.* 4 §. 6. Septima: Si liberos captivos non redemerint. *dict. cap* 4 §. 7. Octava & ultima est Si parentes sint hæretici. *d. cap.* 4 § 8. ubi Imperator subjicit, omnia in liberorum persona servari debere, quæ supra in parentibus dicta sunt. Atque illas
59 quoque causas, versiculis sequentibus inclusas, recensent Hœslechius *d. d. decur* 5 *posit* 5 & Hilliger *prædicto lib.* 6. *cap.* 14. *ad lit.* C.

Si capitis natum pater accusaverit: ejus
Aut vitæ insidias clam vè palam ve struat.
Si vetuit cupidum secreta novissima mentis
Prodere: nec veritus sit temerare nurum.
Si pater, aut genitrix tibi fata scelesta minetur:
Falcra nec ad nati clausa furentis eant.
Filius auxilio si non patris hostica linquit
Limina. Si genitor Numen inane colat.

60 Ratio autem diversitatis, quare filii ex pluribus causis exheredari possint, quàm parentes, hæc dari solet: quia majorem affectionem habent parentes erga libe-
61 ros, quàm liberi erga parentes: cùm amor descendat, nō ascēdat, nullusq; affectus paternū vincat: & parētes magis liberos suos, quàm se ipsos, diligant. *l. fin. in princip. ibique Gothofred. Codic. de curatore furios. §. ultim infr de noxalibus actionib leg. isti quidem* 8. *in fin & inibi Accurs. ff. quod met. caus. Schneidevvin.*
62 *ad princip. hujus tit. num.* 22. Ast ubi major affectio, ibi major ingratitudo. Vnde fit, ut liberi pluribus ex causis ingrati fiant erga parentes, quàm parentes erga liberos: & consequenter pluribus ex causis exheredentur. *Ias in auth. non licet. C. de liber. præterit. Speckh. cent.* 5. *q.* 95. *in fin.* Imò quædam jure patriæ potestatis vel naturæ parentibus in liberos permissa sunt: quæ è contrario liberis prohibentur. Quid enim, si pater filiū verberaverit, vel ei convicium fecerit: an non æquissimū est, ut hoc patri condonetur? At non vice versa æquum est, ut filius sit censor morū patris. Nā lex erubescit ca- 63
stigatores filios genitorib. statuere, *auctore Iustin. Novell.* 22. *c.* 24.

Exheredationem fratrum quod attinet, ejus vulgò 64
Dd. tres causas referunt. I. Si frater mortem fratri per insidias intentaverit. II. Si criminalem accusationem contra eum instituerit. III. Si substantiæ illius sive facultatibus magnam jacturam inferre studuerit. *d. Nov.* 22. *cap.* 47. *Iohan. de Platea & Shneidevv. in princ. hujus tit circa fin. Donell. lib.* 6 *Comm. de jur. civ c.* 15. *D. Bocer. in hoc tit. n.* 167 *p* 352 Verùm cùm exheredationis verbum in fratribus, aliisq. personis collateralibus locum habere nequeat. *L. quidam.* 132. *in fine princ. ubi in collateralib. exheredat. res inepta dicitur. ff. de verb. oblig.* cùm se invicem instituere vel exheredare non teneantur, *arg. l fratres.* 27. *Cod. de inoffic. test.* Ideireo nō insulse affirmatur, Imperatorem Iustin. *in d. Nov.* 22. *c.* 47. non agere de causis, quibus fratres exheredari, sed quibus à lucris nuptialibus arceri possint. *Dn. Obrecht præalleg. disp.* 20. *th.* 750.

Difficilima hoc loco excutienda venit quæstio: an 65
exheredatio ob causas similes sive æque graves, vel graviores iis, quæ *in dict. Novell.* 115 *cap.* 3. enumeratæ sunt, fieri possit? Et posse, frequentiùs Doctores concludunt, *Angel. in lex Cornelia.* 5. *ff. de iniur. Covarruv in c. Rainutius.* 16 *in princ num* 16. *de testam. Ant. Gomez. var. resolut. tom* 1. *cap* 11. *numer.* 12 *Emanuel. Costa in l. Gallus.* 29 § *& quid, si tantùm.* 5. *part.* 3. *nu.* 157. *ff. de liber. & posthum. hered. instit. Crotus consil.* 517. *num.* 19 *lib.* 2. *Curt. Iun. consil.* 182. *num.* 10. *Ripa in rubr. de judic. num.* 20. *Fernand Vasq. de success progress. libr.* 2. §. 17. *num* 101. *Decius in c. cùm speciali de apell. num.* 5. *Eman. Soarez. in thesaur. commun. opin. lit.* E. *num.* 205. *Vivius libr. opin.* 128. *Matth. de Afflict. in §. sed quia. Quæ fuit prima caus. benef. amitt. num.* 8. *in usib. feud. Chassan. ad consuetud. Burgund. tit de successionibus rubr. non possunt exheredare* §. 2. *vers. sed quæro, &c. Molin. ad consuetud. Parisiens. tit.* 1. §. 30. *numer.* 138. *Laurent. Kirchov. in thesaur. commun. opin. in verb. exheredari liberi poss. Petr. Surd. in tractat de aliment. quæst* 64. *nu.* 20. *Schrader. in tract. feud. part.* 9 *cap* 9 *num.* 20. *Rosenthal in synops. feud. cap.* 10. *concl.* 14 *num.* 4. *Riminal. ad* § 1 *supr. de donationib. numer.* 538. *Clarus libr.* 3. *sentent. §. testamentum. quæst.* 41. *numer.* 2. *Grass. in verb testamentum. qu* 42. *num.* 2. *Borchols. in tract de feud. c.* 8. *num.* 132. *Wesenbec. in paratit. ff num.* 5. *ff. de liber. & posth. hered. instit. D. Marta tom.* 5. *digestor. novissimor. tit. exheredatio. cap.* 1. *&* 2. *Fachineus libro* 6. *controvers jur. cap.* 78. *Clingius ad hunc tit. versicul. potuit quoque. & ibidem Schneidevvin. numero* 15. *Heigius in hoc §. numero* 17. *cum sequentib Cuiac. ad Novell.* 118. *Simon de Pratis libro tertio de interpretation. ultim. voluntat. interpretation. prim. dubitation.* 6. *solut. secund. numero quinto.*

Corasius libr. 3. de juris arte. cap. 8. Everhard. in Topic. legalib loc. ab except. ad regul. numer 8. Menoch. de arbitr. jud. question. libr. 2. cent. 2. cas. 130. numer. 4. & cent. 3 cas. 167. numer. 6. D. Becer. class. 3. disput. 3. th. 44 ad lit. b ed. 2 & in hoc tit. num. 130. & seq. pag. 345. Kubach. cent. 3 quastion. illustr. politico juridicar. decur. 7. quast 3. pag 831. cum seqq. Vngepaur. exercit. Iustin 8. q. 7 pag. 331. cum seq. edit. ultim. D. *Besold. in delibat. jur. ex lib. 5. Pand. tit. 2 numer. 26. pag. 466. cum seqq. Matth Stephani cent 2 quast. 66. lit. b. Paul. Busius ad rubric. ff de liber. & posthum. heredib. instit. numer. 4. Ludevic. Schvvartzmajer. libr. 1. Miscellan. jur. cap. 5. in fin. Haenon. disp. 7 controvers. 44. Hackelman quast. illustr. disp. 6. th 10. & disput. 16. thes. 14 liter. A Timaeus Faber disput. 19. ad Institut. Imperial. th. 6. Speckhan. cent. 1 quast. 96. num. 6. Guilielm. de Cun. Iason, Sichardus, Gilkenius num. 15 & cateri in Auth. non licet. Cod. de liber. praterit. & plures alii, ab his relati.* At contrarium non levibus demonstrari potest rationibus & argumentis. Primò enim *in d Novell.* 115. *cap.* 3. Iustinianus perspicuè constituit: præter quatuordecim causas istas, nulli licere ex aliâ lege ingratitudinis causas apponere, nisi quæ in ejusdem constitutionis serie
66 nominatim & expresse contineantur. Certi autem juris est, sermonem universalem, maxime qui negativis conceptus est verbis, universaliter intelligendum esse, *l si is, qui ducenta 13 §. utrùm ita. 3 ff. de rebus dub. l si*
67 *necessarias. 8 §. si annua. 3. ff. de pignorat. act.* Secundò, cùm exceptio confirmet regulam *l. quasitum. 12. §. denique Neratius. 43 ff. de instruct. & instrum. legat. l. 1. ibiq. Decius num. 21. ff. de reg. jur. Novell 7. cap. 2.* & quatuordecim exceptiones proponantur *in dict. Novell. 115. cap. 3.* inde manifestum fit, quòd nullæ aliæ admitti debeant: præsertim cùm Iustinianus decernat, non esse ingratitudinis causas ex aliâ lege oppo-
68 nendas. Tertiò, quia absurdum videtur: si, cùm Iustinianus loco jam allegato profiteatur, se causas, ex quibus liberi ingrati judicentur, in diversis legibus dispersas, & non apertè declaratas, quarum aliquæ nec dignæ eidem ad ingratitudinem viderentur, aliquæ verò, quæ dignæ erant, tamen prætermissæ essent, eo consilio suâ lege comprehendisse, ne ampliùs dubitandi occasio esset, aut aliæ causæ admitterentur: nos privatâ interpretatione deliberationem ipsius Imperatoris subvertere velimus, pro quatuordecim causis alias infinitas inducendo, & legem quodammodo circumveniendo, *l. contra. 29. cum l seq ff. de legibus l. non dubium. 5. Cod. eod.*
69 Quartò, quia ex definitione *pradicta Novell. 115. cap. 3. §. ultim vers si autem hac observata non fuerint, &c.* intelligitur, hæc formæ nomine præscripta esse. Ast indubitatum est, eum, qui à forma recedit, nihil agere, *arg. l hac consultissima. 8. Cod. qui testam fac. poss. leg.*
70 *si unus. 12. & l. seq Cod. de testament.* Quintò, quia de his, quæ formæ nomine præfinita sunt, non licet nobis quidquam mutare: quamvis major ratio in casu omisso interveniat *l. si pupillorum. 7. §. si prater. 3. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cura sunt, &c* ubi tutor, cui permissum est, vendere prædium pupillare, non potest oppignorare *& l. fin. Cod. de pradiis decurion. sine decret. non alien.* ubi Curiales prædia sua donare sine decreto possunt: sed vendere non possunt. Sextò, quia 71
ex utriusque juris textibus patescit, odia non esse interpretatione adjuvāda, sed potiùs restringenda. *l si praeses. 32. & l. interpretatione. 42 ff. de poen. c. odia. 15. & c. in poenis 49. de reg. jur. in 6* Exheredationem autem esse odiosam, constat *ex l. cùm quidam. 19. in fine. ff. de liber. & posthum heredib. institut.* Septimò, quia cùm 72
d. Novell. 115. cap. 3 sit correctoria, ad alios casus porrigi non debet *l. pracipimus. 32. §. ult. Cod. de appellationibus.* maxime cùm idem etiam sit in illis legibus, quas limitorias vocant. *l. si verò negocium. 64. §. de viro. 9. ff solut. matrimon.* Octavò, ut omnia perlustremus animo, quibus paterna pietas offendi potest: nihil extra suprà relatas 14 causas reperiemus, quod momentum satis magnum habeat, ad privandum hereditate paterna filium, ne si Principis quidem majestatem læserit, aut crimen adulterii, falsi, vel simile patraverit. Hæc et- 73
enim delicta non domestica sunt & familiaria, quibus pater præcipue læditur; sed publica, quibus communiter omnes homines offenduntur ideòque legibus publicis, & à quolibet è populo vindicantur. Postremò huic, tanquam verissimæ, sententiæ subscribunt *Alexand. de Imol. & Curt & noviter Giphanius, in dict. Auth. non licet. Cod. de liber. praterit. Viglius hic num. 8. Martin. Laudens. in l. 1. §. fin ff. de justit. & jur. Connanus libr. 9. Commentar. juris civ. cap. 10 numero. 6. Schurff. consil 97. num. 4. Fichard cons. 46. num. 5. vol. 1. Breucherst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert 26 id. 2. Trentler. disput. 13 th. 8 volum. 1. Schegk in delibat. jur. disp. 9. th. 55. Du. Obrecht. disputat. 20. thes. 752 cum seqq. Theodor. Marcilius ad §. 1 infr de inofficios. testament. Forster. libr. 2. disput. 12. thes. 28 Arumaus Exercit. 10. th. 3. Aud. Gerhard. decad. 8. quast. 7. VVegner. disput. 7. th 5. ad lit. f. & in coronid. Cludius in tract. de sequestr. cap. 4. num. 39. & cap. 5. num 109. cum seq Hunnius lib. 2 var resolut jur. civ. tract 5. quast. 19. pag. 584. Stuck. part 1 Exercitat. Iustin. decad. 6 assert. 6. ad lit. C. & Paulus Berons disputat. 6. ad Institut. them. 3. quastion. prim.*

Nec obstat textus *in l. neq. leges. 10. l & ideo. 11. &* 74
l. non possunt. 12 ff. de legibus. ubi Iulianus IC. respondet, quòd is, qui jurisdictioni præest, id est, judex in casibus simililibus iis, qui in lege expressi sunt, idem jus statuere debeat. Nam *sepè citata Novell. 115.* pœnam ingratitudinis introduxit; & propterea odiosa censetur: atque idcirco nequaquam extendenda est ad alios casus in eâ non expressos: præsertim cùm ipse Iustinianus extensionem claris verbis prohibeat. *d. l. cùm quidam. 19. in fin ff. de liber. & posthum. heredib. instit. vel exhered. d c. odia. 15 de reg iur. in 6. & juribus similibus praallegatis.* Eâdem responsione facile removetur, quod objicitur; humani juris conditionem in infinitum decurrere: multas & semper novas edere formas naturam deproperare. *l. tanta 2. § sed quia. 18. C. de vet. jur. ex vet.* Etenim ea, & similia quidem procederent: nisi ipse Imper omnem extensionem penitus præcidisset. *dict. Novell. 115. cap. 3. in princ. vers. ut prater ipsas nulli liceat. &c.*

Similiter non obstat hoc argumentum: Ex quibus 75
causis filius potest exheredari, ex iisdem etiam potest

test vasallus feudo privari. *cap.1.§.2. vers. præd.modis. Quis fuit prima cauf.benef.amitt.lib 2 F.tit.24.* Ast in privatione feudi possunt istæ causæ ad pares vel graviores emergentes extendi, ut ibidem Feudista docet. Ergo in exheredatione filii idem licebit. Hoc, *inquam*, argumentum non obstat. Siquidem ideò vasallus ob similes etiam vel graviores causas feudū amittit: quia ista hæc extensio in usibus feudorum specialiter est permissa: neque vasallus feudum jure naturæ, sed solâ domini voluntate obtinet. Cæterùm in nostro themate talis extensio jure civili est nominatim prohibita *d. Novell.115. cap 3.* ubi Imp. absolutè & præcisè loqui-
76 tur, & omnes alias causas: præter illas 14. excludit. Et insuper hereditas jure naturæ liberis debetur *l.cùm ratio.7.ff de bonis damnator.* Adde, quòd quæstio, jure
77 civili expressè decisa; non est decidenda ex jure feudali; *arg cap.1.vers sirentius autem.lib.2 Feud.* At quæstio hæc (*quib ex causis exheredari possint liberi*) Iure civil expressè decisa est *d Novell.115. cap.3.* Ergò ex jure feudali decidi non debet.

78 Sic quoque non obstat hæc collectio: Cui licet, quod plus est, ei licet utique, quod est minus. *l. non debet.21. & l.cujus est donando.163 ff.de reg.jur. c cui licet.53.*
79 *de reg.jur.in 6.* Atqui patri licet filium proditorem patriæ impunè occidere, *leg.minimè.35 ff.de religios & sumpt.fun* quod plus est. Ergo etiam exheredare, quod est minus. Hæc collectio, *inquam*, non obstat. Exhe-
80 redatio namque idcirco adinventa est, ut injuria privata parentibus illata vindicetur. Si itaque filius proditor patriæ, si majestatis reus existat: non principaliter patrem, sed patriam & ipsum Principem injuriâ afficit: re proinde de legibus publicis, non privatis pœnis coerceri necessum est. *Connanus Broncherst. & Berens locis preallegatis.*

81 Præterea nihil obest, quòd etiam generali oratione non intelligantur exclusi illi casus, qui simili aut majori ratione subnixi sunt, *arg.c.cùm dilecta.4. ibi, ejusdem æquitatis similitudine non provocati ibiq; gloss. de confirmat utili, vel inut.* & quòd nec taxativâ oratione videantur exclusi casus, qui eâdem nituntur ratione *l.1 §.fin.junctâ l quod Nervâ 32 ff.deposit l 1.§ 1.ff si mensor.fals.mod.dixerit.* Illud, *inquam.* nihil obest: quoniam procedit & verum est: nisi appareat, legumlatorem voluisse omnes causas quascunque alias excludere: quod hoc loco Imperatori Iustiniano propositum fuisse, ex supradictis dilucidè constat.

82 Deniq; sententiæ nostræ non repugnat, quòd ex ea sequi videatur: filios, injuriam patri inferri mandantes, exheredari non posse: inferentes verò exheredationis pœnæ subjacere. *d. Novel.115.cap.3.§.2.* Cùm enim id, quod quis per alium facit, ipse facere reputetur, *c. qui facit.72.de reg.jur.in 6.l quod jussu.180.ff.eod.* idcirco & qui patri injuriam inferre mandavit, sub eo, qui patri intulerit injuriam, apertè comprehensus intelligitur, *D.Hunnius d.lib.2. tract.5.quæst.19.p.584. ubi & alius objectiunculis satisfacit.*

83 Enimverò interdum etiam citra causæ expressionem valere exheredationem, certum est; ut, quæ non notæ causa, sed bonâ mente fit. *l.multi.18.ff.de lib. & posth.l.si patronus testamento.12. § 2. & l.Paulus 47. in princ.ff de bonis libert.* Quando autem exheredatio bonâ, vel malâ mente facta præsumatur, perspicuè explanat Menoch. *lib. 4 de præsumptionib. præsumpt.28.* & Locamer. *quæstion. jurid.fasc.28 quæst 3* Sanè si post commissam ingratitudinis causam filius pœnitentiam egerit, vel ante, vel post testamentum conditum, patre vivo; id filium haud sublevabit. Tum quia pœnitentia, post delictum patratum, pœnam non tollit. *l. qui ea mente.65.ff.de furt.l.pen.ff. vi bon.raptor. l. quid sit fugitivus 17 §.1.ff.de ædilit.edict.* Tum quia non ex- 84
cusat pœnitentia, cùm alter jam est læsus; *ut post Baldum in l.si quis non dicam rapere.§. C.de episc. & cleric. tradit Menoch. de arbitr.jur. qq.lib.2.cent.4. cas. 360 nu 13* Tum quia parens præsumitur in eodem odio durasse, ne animum exheredationis mutasse. *Bald. cons.112.nu.8.Wesenb.cons.29.nu.53. Fachin.lib.6.controvers.jur.cap.80.* Quod tamen limitatur in causa hæreseos. *d.Nov.115.cap.3.§.si quis de prædictis 14. vers.si verò posthac.&c. per l.hi.qui sanctam.3 in fine. C.de apostatis.* itemque in causa exheredationis quartâ & decimâ. *d.Nov. 115.cap.3.§.4.&10.* ubi expressè additur verbum *permanserit*. Eâque de re plura notavit Andreas Gerhardi *in suis disputat. de testamentis disput.5 th.54.& seq.* 85

Quid autem dicendum, si filius post injuriam, quæ justam exheredationis causam præbuit, parenti factā, ei reconciliatus fuerit, num exheredatio locum habebit? In resolutione hujus quæstionis Doctores miè variant. Quidam enim exheredationem non cessare, licèt filius in gratiam patris redierit; opinantur *Aretinus in l filio quem pater.23 ff.de lib.& posth.heredib. instit.Gerard.sing.3.Curt Iun.in d.auth non licet,nu.8 C.de lib.prærerit.* Alii contra, exheredationem locum amplius non habere censent. *Bartol in l.3 § ult.ff.de adimend. vel transferend legat. Iason.in d.auth.non licet.C.de liber.præterit. Fachin d.lib 6. controvers jur. cap.79. Arum. Exercit.Iustin.10.thes.5 Kubach,cent.3 quæst.illustr.politicæ jurid.decur 7 quæst.4.p.836.cum seq.& Hilliger.in Donell.enucl.lib.6.cap.12 ad lit.M.* Nonnulli distinguunt, an remissio vel reconciliatio præcesserit exheredationem; & hoc casu sequi non posse exheredationem: an subsecuta fuerit: & tunc exheredationi locum esse contendunt. *Lancellot.& Purpurat.in l.ult.C.de pact.* Alii deniq; alias distinctiones afferunt. *ut Covarruv.in c.Raynut.§6.in princ.nu.17. extr de testam.Paul. Bus.ad d.rubr ff.de lib & posth. heredib.instit.nu.7.& Vasq lib.2 de success. creat.§.30. nu.201.* Mihi Bartoli, & ejus asseclarum sententia, *suprà secundo loco relata*, non sine evidenti ratione arridet: 86
quòd videl. in proposito casu exheredatio indistinctè ac simpliciter locum non habeat. Est siquidem exheredationis ille præcipuus finis: ut injuria parenti facta, eâ vindicetur: & liberi obedientes ab inobedientibus quasi separentur; cùm obedientes parentum hereditatem suis obsequiis magis sibi confirment: inobedientes verò se illâ indignos faciant. Ideoque cessante exheredationis causâ, quæ scilicet in injuriâ parenti illata consistebat: & ipsam exheredationem, tanquam effectum, cessare necesse est, *argum. l.*

adigere 6.§.quamvis ff.de jur.patronat.l.1.in princ.C. de Latin libert.toll. cap. cùm cessante.60 ext.de appell.

87 Deinde culpæ expressio in testamento nominatim facienda est à testatore: *d. Novel.115.c.3.in princ.& infr. latius ostendetur.* At culpa hic exprimi nequit: quia remissa est; adeoq; pro non culpa habetur. *§.fin.infr.de injuriis.* Accedit text. *in d.l.3 § ult.junct â l.seq. ff.de adimend.vel transfer.legat.* ubi dicitur, si inter legatarium & testatorem inimicitiæ exortæ fuerint, eæque postmodum remissæ, legatum deberi. Ergo multò magis hereditas filio debebitur, si injuriam parens ei remiserit: cùm faciliùs liberis parentes quid condonent, eosq; majori amore prosequantur, quàm legatarios, ut plurimùm extraneos, & non tam arcto vinculo sis conjunctos: cùm & liberis aliàs ratio naturalis, quasi tacita quædam lex, parentum hereditatem deferat. *l. cùm ratio.7 ff.de bonis damnator.* Præterea novissimâ
88 voluntatem sequendam esse, rescripsit Alexander Imp. *in l.in ipsius meritis.5.C.fam.ercisc.* Atqui isthæc novissima est patris voluntas, ne fili⁹ exheredetur. Quod licèt scripturâ probari non possit: qui tamen aliis rationibus & præsumptionibus doceri, nihil impedit; nimirum injuriarum remissione, & quia filius, qui ingratitudinem commisit, est receptus ad communem victum; vel quia talia merita liberorum deprehenduntur, ex quibus parentum ira queat mitigari *d.l.3. C eod.* merito æquitati consentaneum esse affirmatur: filium, non obstante exheredatione, paternam hereditatem nostro in casu sibi vindicari posse.

89 Non refragatur huic assertioni *d.l.filio, quem pater. 23.ff.de lib & posth.hered.instit.* ubi Papinian. scripsit, quòd si filius exheredatus emancipetur, deinde iterũ per adoptionem in patris potestatem redigatur, ei nocere exheredationem. *Nam* quomodo exheredatio huic filio noceat, Papinianus non declarat. Quare supplendum & interpretandum est, ut noceat quoad denegandam bonorum possessionem contra tabulas: item quoad jus dicendi nullum denegandum; non autem, quoad excludendam inofficiosi querelam; *quemadmodum copiosius explicat Fernand. Vasq. lib.7 controvers illustr cap.106.nu.25.*

90 Sic quoq; non adversatur *l. Lucius 88. §.Lucius 11. ff.de leg 2.* & dissentientiũ quorundam ratio, quòd se. si exheredatio censeretur extincta, filius maneret præteritus, & testamentum esset nullum. *Etenim* sublatâ, vel potius non probatâ exheredationis causâ, non statim succedit præteritio vel nullitatis testamenti: sed exheredatio vires effectumvè obtinere negatur. *An.Ir. Gerhard.d.disp.5.th.ult.in fin.* Adde D.Besold. *in delibat jur.ex lib.5.Pand.tit.2.nu.22.p* 454 & Ioan.Bapt. Costam *tom.1.tract.de facti scient. & ignorant. centur.1.distinct.45.nu.19.fol.365.*

91 Porrò non satis est, causam exheredationis esse justam sive legitimam: sed exigitur insuper, ut ea à testatore nominatim testamento inseratur, & ab herede scripto, filio negante, probetur: alioqui pro non adjecta habebitur. *d.Novell 115.c 3.in princ.& §.si quis de prædictis.14.vers.sive igitur.&c.& cap.4.§.si tales.9. leg omnimodo.30.in princ. vers.si tamen non ingrati, & l si quis filium.34. vers.etsi non heres.C.de inoffic. testam. l.fin C.de revocand. donationib. pulchrè Rittershus in exposit Novell.part.6 cap.3.nu.24 & seq. Vide Hunn lib.2. var resol. jur.civ. tract.5. quæst.18. p.581.& seq.* Occasione cujus nunc commodè quæritur: utrum audiendus sit heres institutus, si exhereda- 92
tionis causam, à testatore omissam, nec testamento insertam, probare velit? Et ne audiatur, æquitas suadet. *d.Novell.115.cap.3 circa fin. vers sive igitur.&c.* ubi conjunctim requiritur, ut exheredationis causa testamento apponatur, & ab herede demonstretur. Ergo si pater filium exheredatione notans, titulum non adjecerit ingratitudinis: inutiles testementi tabulæ erunt, filiusq;, perinde, atq; non exheredatus, ex re parentis hereditariâ portionem suam consequetur, *d.vers sive igitur,&c.* Et ita sentiunt *Aretin.in l 3 § filius ff de lib. & posth.hered instit. Vaud var.quæst.lib.2.quæst 19. Pet.Greg.lib.44 syntag.jur.univers.cap.3.nu.13. Covarruv in d cap. Raynut.16.in princ.nu 7.& 8.de testam. Fachin.d.lib.6.controvers jur.cap.76.& Paulus Berens præd. disp.6. them.3.q 3.* Tametsi contrarium docuerint *Angel.Iason & Corsetus, à Fachineo relati, loco modò designato.* Quorum opinationem non juvat, quòd heres & defunctus pro una eademq; personâ 93
habeantur: ac proinde quod potest defunctus, illud etiam possit heres. *Nov 48.in fine præfationis.* Licet enim heres personam defuncti repræsentet: attamen ab eo non possunt expediri ea, quæ lex nominatim à testatore requirit. Ast in proposita quæstione lex nominatim requirit, ut testator causam ingratitudinis testamento disertè exprimat. Quod igitur à testatore omissum est, id ab herede suppleri nequit: quandoquidem heres testamentum defuncti mutare, aut corrigere haud potest. *Nec movet,* quod regeritur, exheredationem non habere robur ex insertione causæ exhere- 94
dationis: cùm non semper verba testatoris, sed voluntas ejus inspicienda & considetanda sit. *§.sed etiam.2. vers.nostra autem constitutio. infr.de legat.* Nam testatoris voluntas spectanda & servanda est, si substantialia in testamento observaverit. Atqui nostro hoc casu substantiale unum, videl. exheredationis causam, testator omisit. Ad reliqua, quæ primâ facie adversari videntur, respondit Fachin. loco *prætallegato.* Cæterùm 95
an & quatenus exheredatio perimat suitatem sive jus suitatis, latè & diligenter, licèt diversimodè, explicant *Vasq. à Vacuna lib.3.declarat 50.nu 6 cum seqq Govean.lib.1 var lection.jur.nu. 16. Hotom.lib.6.observ. 5.& lib.9 observ 10. Matthæac.lib.3. Epit.legat.cap.9. Ant Rub. in tract.de inoffic.testam. cap.14.nu.12. & seqq. Ant. Faber.lib.9.conject.cap.20. Forster.pater li.2 de success cap.18.nu.40, Forster.filius part 1.tract.Iustin.disp.13.quæst.30.Cujac.ad l.mulier.18. ff de lib & posth.& in Nov.1.part.1. Treutler. vol.2.disp.12 th.2. Gomez. var.resol.tom 1. cap.11.num.19. Donell.lib.7. Comment.de jur.civ.cap.2. ibiq; Hillig.in suis notat. lit.c.& novissimè Valen. Riemer.decad.6. quæst.illustr.4.*

DE

DE HEREDIBVS INSTITVENDIS.

TITULUS XIV.

Principium Tituli.

Heredes instituere permissum est, tam liberos homines, quàm servos: & tam proprios quàm alienus. Proprios autem olim quidem secundùm plurium sententias non aliter, quàm cum libertate rectè instituere licebat: hodie verò etiam sine libertate, ex nostrâ constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus: sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus à domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi & Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt: Servum adulterio maculatum, non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem à domina collata heredis institutio, nullius momenti habeatur. Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.

SVMMARIA.

1 *Privatio habitum præsupponit:*
2 *Omnes heredes institui possunt, cum quibus testamenti factio est.*
3 *Testamenti factionem quis habere dicatur.*
4 *Contrariorum eadem ratio & disciplina.*
5 *Peregrini heredes institui nequeunt.*
6 *Nec filii rei majestatis, nec deportati heredes institui possunt.*
7 *Prohibentur quoq; heredes institui collegia illicita.*
8 *Quæ sint collegia illicita.*
9 *Quatenus Imperator heres institui prohibeatur.*
10 *Mens & intellectus Lex hoc edicto. 8. §. 3. ff. de alienat. judic. mut. causs. fact.*
11 *Personæ planè incertæ heredes institui non possunt:*
12 *Certum debet esse testatoris judicium.*
13 *Heredes instituere licet, quos nunquam testator vidit.*
14 *Cur heretici & apostatæ heredes institui vetentur.*
15 *Qui dicantur heretici.*
16 *Liberi incestuosi, & adulteri testamento institui prohibentur.*
17 *Mulier intra annum luctûs alteri nubens, nihil ex testamento prioris mariti capit.*
18 *Permissum est; heredes instituere tam servos, quàm liberos homines.*
19 *Servus juris civilis non est capax.*
20 *Servorum institutio ex persona dominorum sustinetur.*
21 *Consideratio l. si servus 82. ff. de acq. vel omitt. hered.*
22 *Sensus l. si deportati. 7. in princ. ff. de legat. 3.*
23 *Servus proprius qualiter heres rectè instituatur.*
24 *Servus proprius quis vocetur.*
25 *Servus adulterii accusatus, quare heres a domina sua institui non possit.*

EXpositum est suprà de institutione & exheredatione suorum heredum & liberorum: nunc ordine convenienti tantùm de institutione extraneorum
agitur. Siquidem de exheredatione extraneorum nihil 1
attinebat dicere: quoniam exheredari nec solent, nec debent. *§ sed ea omnia. 14 inf. de heredit. quæ ab intest. defer.* cùm non sint lege heredes, & privatio habitum præsupponat. *l. decem. 116. ff. de verb. oblig. l. nam et si*
sub condit. 5 ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. De iis au- 2
tem, qui possint heredes institui, & qui nō possint, hæc observanda est regula: eos heredes institui posse, cum quibus testamenti factio est: & contrà, non posse, cum quibus non est, *teste Vlpiano in fragm. Instit. tit. 22. in*
princ. l. si alienum. 49. §. 1. ff. h. tit. Cæterùm testamenti 3
factionem non solùm is habere censetur, qui testamentum facere potest: sed etiam, qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licèt testamentū facere nequeat. *§. in extraneis 4. infr. de hered. qual. & differ.* Qui verò sint ii, cum quibus est testamenti factio; facilè intelligitur ex illis, cum quibus
non est. Contrariorum quippe eadem ratio est, & di- 4
sciplina. *initio tit. supr. de his, qui sui vel alien. jur. sunt l. 1. in pr. ff. eod. tit. l. etsi contra. 35 in fin. ff. de vulg. & pup. subst. l. si mortis 18 in pr. ff qui. & à quib. manum.*
liberi non fiunt. Ac sanè jure nostro heredes institui nō 5
possunt peregrini, h. e. qui non sunt cives Romani. *l. sed si conditioni. 6. §. solemus ff. de heredib. instit. l. 1. C. eod.* Vt n. testamenti factio est juris publ. *leg. 3. ff. qui test. fac. poss.* ita quoq; eod. jure illi solummodo heredes institui queunt, istius juris qui sunt participes, *notante*
Dn. Obrechto disp. 20 thes. 269. Vnde apparet, nec filios 6
rei læsæ majest. *leg. quisquis 5. § 1. C. ad leg. Iul. Maj.* nec in opus publicū perpetuò damnatos & deportatos (nisi à milite. *l. idem est 13. §. & deportati. ff. de testam. mil. l. ex testam. C. eod.*) heredes institui posse: cùm condemnatione & deportatione jura civitatis Rom. amittant: adeòq; peregrini fiant. *l. sed si hac. 10. § sed si per*

ponamus.

pœnam.6.ff.de in jus voc.leg.sunt quidam.17.§.1.ff de
7 pœn.l.1.§.2 ff.de legat.3.l.1.C.h.tit.de hered instit. Prohibentur item heredes institui collegia illicita. *l.collegium.8.C.eod tit.l.1.C.de Iudais & calicol.* Qualia sunt omnia, quæ contra leges, ordinum concordiam, & disciplinam publicam sunt instituta, *de quibus Sueton. Tiraquell.in Octav.cap.32. Polyb.lib.2.Histor.* Et
8 regulariter omnia collegia illicita videri, quæ specialiter approbata non sunt, respondit Martianus *in l.3 §.1.*
9 *ubi Bart.ff.de colleg.illic.* Sed & Imperator litis causa heres institui vetatur. *§.ult infr.quib.mod.testam:infirmant l.pen.ff hoc tit.* Licet enim Imperator simpliciter heres possit institui. *l.si quis Imperatorem.6. C. qui testam fac.poss.* non tamen potest litis causâ: cùm obnoxium sit calumniæ, & invidiosum Principi, tales adire hereditates, & terrore suo propinquos & creditores absterrere, ne jus suum persequi ausint. *d.l.pen. ff.de hered.instit.& tot tit. C.ne lic.potentiorib.patrocinium &c. Paul.lib.5.sent.§ Imperatorem, &c. Duarth.ad hunc tit.cap.2.*

10 Neq; huic resistit *l.ex hoc edicto.8.§.sed heredem.3. ff.de alienat.jud mutandi.caus.fact.* ubi dum Paulus ait, edictum prætoris de alienatione judicii mutandi causa facta, ad heredis institutionem non pertinere: inde colligi posse videtur, institutionem non esse inutilem, quâ quis Principem in re litigiosa instituit, ut duriorem faceret adversarium huic, cum quo litem suscepit. *Nam* illud Prætoris edictum ad heredis quidem institutionem non pertinet: sed tamen excipienda est persona Principis, quæ expressè prohibetur litis causa heres institui. *d §.ult.infr.quib.med.testam.infirm cum jurib. similib. praallegatis:* idque singulari ratione. Etenim Princeps, cum omnium potentissimus sit, longè difficiliorem constitueret litigandi conditionem adversario, quàm cæteri, qui æquè potentes non sunt. Ideoque reliqui omnes, quantumvis potentes, litis causa heredes institui possunt: Princeps autem institui non potest.

11 Personas quoq; planè incertas heredes institui non posse, constat *ex §.incertis 25 infr.de leg.l.quoties.9.§. heres 9. l.in tempus 62. §.1.ff hoc tit.l. sciendum.70. ibi.quia incertus est ff de verb.sign l id,quod.24.& l. nulli.28 in princip. item l si quis 49.in princip. C. de*
12 *episcop.& cleric.* Ratio hujus assignatur ab Vlpiano *in fragm.Instit.tit.22 §.incerta &c* quoniam certum debet esse consilium sive judicium testantis. Eodem facit *§.sed nec hujusmodi.27.vers.ut ter autem.infrà de leg. & l.qui in testamento.14 ff qui testam fac.poss.* Cum enim nihil æquè in testamentis requiratur, ac mentis integritas. *l.2.ff.qui testam fac.poss.* dementis autem testamentum non valeat, & species amentiæ videatur, bona magno labore quæsita incertæ personæ relinquere: consequitur, incertam penitùs personam institui non posse. *Hillger.in Donell enucleat. lib.6.*
13 *cap.17.ad lit.X.* Neque refert, etiam eos heredes institui posse, quos nunquam testator vidit. *§.ult. infr. hoc tit.* Siquidem isthæc incertitudo non est in persona heredis, sed circa ejus accidentia; ut circa faciem, honores, ætatem, & similia: quæ ipsam personam non faciunt incertam. Potest etenim persona de facie multis esse incognita: ast ob varias multiplicesq; virtutes, & singularem eruditionem atq; doctrinam esse notissima, *uti tradunt Dn.Obrecht. d.disp 20.th.277. cum seqq. Vultej in §.& unum hominem.4.infr.hoc tit. Arum. Exercit.Instin 8 thes 6. Schegk.in delibat jur. disput.10.th.6.ad lit M.* Tametsi alii aliter, & quidem non ineptè, secundùm novam Iustiniani legislationem (quæ habetur *in § sed nec hujusmodi 27. infr. de legat.*) sentiant, *Donell.lib.6.Commentar.de jure civ. cap.17.pag.52. Cujac.in paratit.C.de incert person. in fin. Hunnius lib.2.var.resol.jur.civ.tract.5.quæst.25 p.593.& Dn.Collega Bocer.class.3.disp 4 th.15.edit.2. & in hoc princ.nu.29.& seqq.* Huc q; conferantur, quæ annotavimus *in d.§.incertis 25.& d §. sed nec hujusmodi.27.infr.de legatis.*

Præterea heredes institui prohibentur apostatæ & hæretici. *l.hi, qui sanctam.3.C.de apostat.l.Manichaeos.* 14
4.§.ipsos quoq.cum l.seq & Auth.credentes.C de hæreticis & Manich. Hujusq; ratio evidens est: quia cùm hæc, quæ habent, bona eis adimere sit æquũ, *per ea, quæ notavimus ad §.ult.suprà quib.non est permiss. fac.testam.num.17.* multò certè minùs ab hereditate alterius illos arcere, iniquum erit, *legib. praallegatis.* Appellantur autem hæretici, qui non credunt, quæ in 15
Synodis, Nicænâ, Constantinopolitanâ, Ephesina, & Chalcedonensi decreta sunt, *l.quicunq. 8.C.de hæretic.& monuimus supra ad §.final. de exheredat. liber. num 49.* Cæterùm à Divo Hieronymo vocantur ii, quicunque aliter Scripturam sacram, quàm Spiritus Sancti sensus flagitat, intelligunt: illumque suum errorem pertinaciter defendunt. *cap hæresis 27. caus. 24.quæst.3.cap.dixit.29. caus.24. quæst 3.* Prohibentur insuper testamento institui liberi incestuosi, sive 16
ex damnato coitu procreati *Auth.ex complexu. C de incest & inutilib.nupt. Auth. licet in fin C.de naturalib.lib Novell.74.cap ult & Novell 89.cap.ult.* Vt & adulteri, adulteræve, quiq; incestas & vetitas nuptias contraxerunt. Ejusmodi enim personæ se invicem instituere non possunt, *l.Claudius 13 & l.seq.ff.de his, quæ ut indign.aufer l si quis incest.6. C. de incest. & inutil.nupt.* Sic quoq; mulier intra annum luctûs alteri nubens, nihil ex testamento prioris mariti capit. 17
l.1.& 2.C.de secund nupt. Nov.22.cap 22. Enimverò jure Wirtembergico prohibetur vidua ante semestre tempus, vel si gravida sit ex viro defuncto, antequam pepererit, ad secundas nuptias transire, sub pœnâ amissionis ususfructûs bonorum, ad liberos pertinentium. *Fürstl. Würtemb. erneuwerte Landrecht part.4. t.11.pag.464.§.hieneben wöllen, &c.*

Porrò inquit hic Iustinianus Imp. testatori permissum esse (*scil.lege duodecim tabularum l. verbis legis 120.ff de verb.signif.*) heredes instituere tam servos, quàm liberos homines: & tam proprios servos, quàm alienos *l.3 l.non minus 31.ff hoc tit.* Nec 18
obstat, quòd heredis nomen, vel hereditas est juris civilis, *ut patet ex §.1.infr. de hereditatibus, quæ ab intest.defer.d.l.verbis 120. ff. de verb.signif.* Servus autem 19
juris civilis non est capax. *l.quod attinet.32.ff. de reg.jur.* Nam respondetur: quando servi instituuntur 20
heredes, hoc non ex ipsis servis, sed ex dominorũ personâ

sonâ æstimari; adeoq; servorum institutionem ex per-
20 sonâ dominorum sustineri: idq; propter utilitatem, hoc est, ut servi hac quoq; in re utiles sint dominis. Adhoc enim servi, non secus atque jumenta, comparantur *l.133.ff.d.tit.* Itaq; si dominus non potest heres institui, ut peregrinus, deportatus, hæreticus, &c. sive si cum domino non est testamenti factio, nec cum servo erit. *d.l.non minus 31.ff.h.tit.* Semper quippe in servi institutione, spectanda est capacitas domini. *l. si mihi. 22. §.regula.2. ff de legat.1.l.si Titio 55. § 1. ff. de legat.2.*

21 Cui non obstat *l. si servus 82. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* ubi dicitur, servum ejus domini, qui capere non potest, heredem institui posse. *Etenim* in isthac servi institutione inest tacitè hæc conditio ex sententia testatoris, servo consultum volentis, ut si maneat eodem statu, acquirat hereditatem præsenti domino, si potest: si alienetur, acquirat novo domino: si manumittatus, acquirat sibi. *l. si paterfamilias.40. ff. de heredib instituend. Donell. lib.6. Commentar. de jur. civ cap 17 pag.50. in fine. D. Bocer. in hoc tit. numer.8 pag.358.*

22 Neque etiam reluctatur *l. si deportati.7. in princ. ff. de legat 3* ubi deportati, sicut incapacis domini servo fit fideicommissum: ac proinde verum nõ videtur, incapacis domini servo nihil in testamento relinqui posse. *Ibi namq;* fideicommissum erat relictum servo, antequam deportaretur dominus. Post deportationem verò dies fideicommissi cessit. Hic fideicommissum utile est: quoniam servus & tempore testamenti habuit dominum capacem, qui nondum erat deportatus, & die fideicommissi cedente, habuit idem dominum capacem, putà fiscum, & ei fideicommissum acquirit. Quòd si dominus fuerit restitutus, antequam dies fideicommissi cederet; ei fideicommissum, non fisco, acquiretur *Borcholt. hic nu.3. Olem.*
23 *in notis ad disp. Giphanii 16.nu.14. & seq. ubi & aliis objectionib. satisfacit.*

Servus autem proprius non solùm cum libertate, sed etiam sine libertate rectè heres hodie instituitur. Nam licèt servus sine libertate instituatur: nihilominus tamen & liber fit, & heres; quemadmodum consequitur libertatem, cùm sine libertate tutor datus. *§ 1. supr. qui testam. tutor. dari poss. l. penult. C. de necessar. ser. heredib. instituend.* Ejusq; ratio non obscura est: quia haud videtur verisimile, quòd dominus, qui servum heredem scripsit, si prætermiserit libertatis da-
24 tionem, voluerit eum servum remanere, adeòque neminem sibi heredem fore. *§ 2. in fine. supr. quib. ex caus. manumitt. non licet.* Cæterùm proprius servus non solùm is dicitur, in quo testator plenum atq; omnimodum jus habet: sed & is, in quo nudam habet proprietatem, usufructu ad alium spectante, *arg. l. rectè dicimus 25 ff. de verb. signif.* ut & alienus intelligitur servus, in quo usumfructum testator habet, *ut hic in fine Imperator subjicit* Excipitur tamen servus adulterii accusatus, quem domina, ejusdem criminis rea, nec cum libertate utiliter heredem instituere potest, *hic in vers. est tamen casus, & l his verbis. 48. §. interdum. 2.*
25 *ff. hoc tit.* Ratio est perspicua: tum quia servus pœnam propter flagitium suum. Tum quia, ne quæstioni servus per manumissionem subducatur. *l. prospexit. 12. ff. qui & à quib. manumissi. liberi non fiunt.* Liber enim factus torqueri non posset ad veritatis eruendæ necessitatem; ut sciatur, an mulier adulterium commiserit: & nemo mancipiis certiùs aperire potest, quæ intra domesticos parietes fiunt. *l. consensu 8. §. servus 6. C. de repudiis. Mynsing. in d. vers. est tamen. num.5.* Quid autem dicendum, si servus ille adulterii accusatus absolvatur? Et humanius est: libertatem interim in suspenso fuisse, & secutâ absolutione confirmari, & consequenter etiam institutionem heredis. Idque latiùs enodant Viglius *hic num.7. cum seq.* & Bachovius *nu.3. pag.458.*

§. Servus autem. 1.

Servus autem à domino suo heres institutus, si quidem in eadem causa manserit: fit ex testamento liber, heresque ei necessarius. Si verò à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest: quia non fit heres necessarius: cùm utrumque ex domini testamento non consequatur. Quòd si alienatus fuerit: jussu novi domini adiri hereditatem debet, & eâ ratione per eum dominus fit heres. Nam ipse alienatus, neque liber, neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit. Destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejusdem domini adire hereditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.

SVMMARIA

1 *Servus proprius quando sit necessarius heres.*
2 *Quando sit heres extraneus.*
3 *Quando sit neq; necessarius, neq; extraneus.*
4 *Servus alienus, heres institutus, quomodo adire hereditatem debeat.*
5 *Servus jussu domini illius adire debet, cujus in potestate est tempore aditionis.*

QVandoquidem initio hujus tituli Imperator ostendit: servum proprium utiliter heredem à domino institui: consequenter explicat, quis sit istius institutionis effectus. Tres autem prosequitur casus. Nam proprius servus à domino heres institutus, aut necessarius heres est; aut extraneus; aut nec necessarius, nec extraneus. Necessarius est heres, si in ca-

eadem causa manserit, id est, postquam heres à domino institutus est, non fuerit manumissus, vel alienatus:
1 Dicitur tunc necessarius heres servus: quia volens nolensve hereditatem adire cogitur, propter maximum libertatis beneficium, quod est consecutus. *§. 1. infr. de hered. qual. & differ. & §. 2. supr. quib. ex caus. manu-*
2 *mittere non licet.* Extraneus heres est servus, si à vivo testatorem manumissus fuerit, hoc est, si testator manumisit servum, postquam eum heredem instituit. Eo casu servus suo arbitrio adit hereditatem, hoc est, non est necessarius heres: quia utrumque, id est, & libertatem & hereditatem ex domini testamento non consequitur, *hoc §. ibi, si verò à vivo, &c. l. sed si 6. §. 3. & l. testamento. 90. ff. hoc tit. Vlpian. in fragmat. Instit. tit. 22. §. proprius servus, &c.* ac proinde heres extraneus censetur. *§ caeteri. 3. vers. servus quoq; infr. de he-*
3 *red. qualit. & differ.* Nec necessarius, nec etiam extraneus heres est servus, si fuerit alienatus, postquam heres institutus est. Hac specie novus, dominus per servum heres efficitur. Ipse verò servus, neq; liber est, neq; heres, etiamsi eum libertate heres institutus fuerit, *hoc §. ibi, quòd si alienatus. &c. l. quotiens. 9. §. servus 16. l. servum. 30. ff. hoc tit. l. quasitum 91. §. servo. 3. ff. de legat. 1. l. servo. 47. ff. de condit. & demonstrat.* Destitisse enim à libertatis datione videtur Dominus, qui eum alienavit, *auctore Iustiniano hic in vers. destitisse, &c.* Hecq; voluntatis conjectura ex alienatione perspicuè elucet. Quia si eum servum heredem & liberum esse voluisset, utiq; non vendidisset. *arg. § si rem suam 12. infr. de legat.* Sanè si servus alienatus à domino redimatur, quia in pristinam causam restituitur, & heres & liber erit, si in ea remaneat. *l. verum est. 58. ff. de manumissis testamento.* Et haec in servo proprio, herede
4 instituto, locum habent. Caeterum servus alienus, heres institutus, si in eadem causa duraverit, id est, si à domino non manumissus, nec alienatus fuerit: jussu domini hereditatem adire debet, *per hunc §. nostrum. vers. alienus quoq; servus, &c.* & domino perinde, ac si ipse heres institutus esset, hereditas acquiritur. *§. item vobis acquiritur. 3. vers. sed si heres. supr. per quas person. cuiq; acquirit.* Si servus alienus, vel vivo testatore, vel mortuo, manumissus est, antequam jussu domini adiret hereditatem: suo arbitrio adire hereditatem potest, *ut hic in fine subjicit Imperator.* Hujusq; ratio est: quia tunc liber est, ac proinde non necessarius, sed voluntarius heres domini, à quo institutus fuit, *notante hic Giphanio, in verb. sue arbitrio.* Quòd si verò dominus servum suum, heredem institutum, alienaverit, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam jussu ipsius servus hereditatem adiret: tunc jussu novi domini servus hereditatem adire debet, *ut*
5 *hic in vers. si verò alienatus, &c. l. si servus 7. in fine. hoc tit.* Cujus haec est ratio: quia semper illius jussu domini debet servus adire, cujus in potestate est, non tempore testamenti, vel mortis, sed tempore aditionis. *l. Antistius. 62. § ult. ff. de acquirat. vel omitt. heredit.*

§. Servus etiam. 2.

Servus etiam alienus post domini mortem rectè heres instituitur: quia & cum hereditariis servis est testamenti factio. Nondū enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti: cùm etiam ejus, qui in utero est, servus rectè heres instituatur.

SVMMARIA.

1 *Servus hereditarius heres institui potest*
2 *Ratio dubitandi*
3 *Ratio decidendi*
4 *Hereditas quatenus personam defuncti sustinere dicatur*

INdicat hoc loco Imperator: etiam servum hereditarium posse heredem institui, id est, servum mortuo jam domino, & nondum ejus aditâ hereditate. *l. non minus 31. §. 1. l. servus hereditarius 52. l. ejus ser-* 1
vum 64 ff. hoc tit. Videbatur; hunc servum institui non posse: cùm hereditatem nequeat acquirere, ut qui domino careat, ex cujus personâ testamenti factionem, vel jus accipiendae hereditatis, habeat *dict. l.* 2
non minus. 31. in princip. ff. eodem. Verùm dicendum: quòd hereditas jacens, & nondum adita, domini defuncti personam sustineat atque repraesentet. *l. hereditas 34. ff. de acquir. rer. dom. d. l. non minus 31. in fine ff. hoc tit. l. legatum. 116. §. servo. 3. ff. de leg. 1. l. mortuo. 22. ff. de fidejussorib. l. heres 22. ff. de usurpat. & usucap. l. novatio. 24. in fine ff. de novationib. l. cùm hereditas 9. C. deposit. initio tit. infr. de stipulat serv. & hoc §. nostro.* Illudq; Iustinianus hic argumento à simili confirmat. Nam & is servus, qui needum habet dominum in rerum naturâ; sed adhuc in utero constitutum, qui tamen speratur esse, hoc est, post humū, rectè heres instituitur. *d. l. ejus servum 64. ff. hoc tit.* non quidem contemplatione posthumi, qui adhuc in utero est, sed intuitu ipsius hereditatis, quae pro domina habetur, *juribus allegatis.* Quod autem hereditas personam defuncti sustinere dicitur; id intelligendum esse in his, quae juris sunt, non etiam quae sunt facti, docet Vultejus *ad princip. hujus tit. num. 7. Adde fusius istud explicantem Bachovium hic nu. 1. & 2. pag 466.* 3
4

§. Servus autem plurium. 3.

Servus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, pro portione dominii acquirit hereditatem.

SVMMARIA.

1 *Servus communis, ab extraneo heres institutus, quatenus unicuique dominorum hereditatem acquirat.*
2 *Sine jussu domini non acquiritur hereditas.*
3 *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*
4 *Quid juris, si servus communis ab uno ex sociis heres instituatur*

Ad-

1 ADhuc dictum est de servo singulorum sive proprio: nunc de servo communi nonnulla Iustinianus annectit: & inquit, talem communem servum, ab extraneo (qui scilicet servum in potestate non habet) heredem institutum, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, non æqualiter sive pro virilibus partibus, sed proportione dominicâ acquirere hereditatem. *leg. servus communis 67. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. servus 50. in princip. ff. de legationib. 1. l. ult. ff. de vulgarib. & pupillarib. substitut.*
2 Quòd si aliquis ex dominis nolit jubere; ei servus nihil acquirit: quia sine jussu non acquiritur hereditas. *l. qui in aliena. 6. in princip. ff. de acquir. vel omittend. heredit.* sed ejus pars aliis, adire jubenti bus, tacito jure accrescit. *dict. l. servus communis. 67.*
3 *ff. eodem.* Idque earatione inductum est: ne quis pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat: quod jus nostrum non patitur. *l. jus nostrum. 7. ff. de reg. jur.* Porrò si servos communis non ab extero, sed ab uno ex sociis heres instituatur: reliquis acquiret. *l. verum est. 36. § penult. ff. pro socio.* Sic tamen dominus eum redimat à sociis: fiet ei heres necessarius. *l. sed si conditioni. 6. §. si servum communem. 3. ff. hoc tit. & notat hic Rittershusius in fine. pag. 523.*

§. *Et unum hominem.* 4.

Et unum hominem, & plures, usque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet.

SVMMARIA.

1 *An & quatenus plures heredes institui possint.*
2 *Vocabulum* infinitum *quomodo hic accipiendum.*
3 *Quod civibus generaliter testamento alicujus relinquitur, ipsi civitati relictum videtur.*
4 *Quod Sacerdotibus relictum est, templo debetur.*
5 *Generalis pauperum institutio quatenus valeat.*

1 DE uno homine sive libero, sive servo, instituendo jam explicuit Imperator: hic agit de institutione plurium heredum, quæ difficilior est propter divisionem hereditatis. Et sanè videbatur, non posse institui, nisi unum hominem? Cùm unius una tantùm sit hereditas; & heres personam defuncti repræsentet: ac ea propter ut unus est defunctus, ita & unus heres esse debeat. *initio tit. infr. de stipulat. servor. Novell. 48. in fine præfationis.* Sed respondetur: plures institutos pro uno haberi, & eos simulin solidum unum defunctum repræsentare. *l. quotiens 9. §. heredes 12. ff. hoc tit.* Quod autem hic dicitur: testatori & unum & plures heredes facere licere, usque in infinitum: non ita exaudiendum est, quasi in infinitum, absque ullâ determinatione insti-
2 tutio talis permittatur. Itaque scite Eguinarius Baro hoc loco ait: *infinitum* accipiendum esse, non pro multitudine incertâ, & quæ extremis careat, sed pro numero heredum incerto. ut qui lege definitus non est, definiatur voluntate testatoris, *argum. l. qui restituere. 68. ibi sine ulla taxatione in infinitum. ff. de rei vindicat. l. videamus 4. §. jurare. 2. ff. de in lit. jurand.* Etenim nemo sanæ mentis ita faceret testamentum, ut confusè omnes homines, qui in mundo sunt, notos & ignotos, cives & peregrinos, liberos & servos, amicos & inimicos heredes institueret; cùm neque heredem nominare, *contra l. jubemus 29. C. de testam.* neq; etiam voluntatem suam certis ac indubitabilibus signis demonstrare posset. *contra l. quotiens 9. §. si quis nomen. 8. ff. hoc tit. Valtej. hic nu. 1. Stuck. part. 1. Exercit. Iustin. decad. 6. assert. 5. lit. b. pag. 273.* Sed & nullius, ne quidem Crœsi & Crassi, tantæ queunt esse opes atq; divitiæ; quæ, etiamsi in minutissimas scinderentur particulas, omnibus hominibus sufficerent. *notante hic Viglio.* Vnde, ne incertitudo pariat ambiguitatem, 3
& propter perplexitatem institutionem vitiet; receptum est, quod civibus generaliter & indistinctè testamento alicujus relinquitur, ipsi civitati relictum videri. *l. 2. ff. de reb. dub.* & quod Sacerdotibus relictum est, 4 templo deberi. *l. annua 20. §. 1. ff. de annuis legat.* Atque 5 hinc licèt pietatis & religionis favore generalis pauperum institutio valeat. *l. id, quod pauperib. 24. C. de Episcop. & Cleric.* attamen non ad omnes omninò pauperes, ubicunq; degunt, institutio talis pertinet; sed ad ejus Civitatis pauperes, ubi testator versatur, *arg. l. qua conditio 39. §. fin. ff. de condit. & demonstrat. Covarruv. in c. cum tibi. 13. nu. 14. ext. de testam. eumq; referens Heig. hic nu. 4. Bachovius p. 462. & Thad. Piso lib. 2. var. resol. cap. 2. nu. 7.*

§. *Hereditas.* 5.

Hereditas plerunque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina, ab unciâ usq; ad assem, hæc: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet. Nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit: & si unum tantùm quis ex semisse (verbi gratia) heredem scripserit, totus in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus; & ex parte intestatus decedere potest: nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et è contrario potest quis in quotcunque voluerit, plurimas uncias suam hereditatem dividere.

SVMMARIA.

1 *Hereditatis unius duo in solidum heredes esse nequeunt.*
2 *Cur hereditas plerunq; in duodecim partes sive uncias dividatur.*
3 *An & quatenus hereditas dividi possit.*
4 *Non semper eadem est distributio hominis, cum distributione legis.*
5 *As unde, & quid dicatur, & quæ ejus partes.*
6 *Vncia quid, & unde.*

7 *Solennis assis distributio hodie vix ullum habet usum.*
2 *Testator plures heredes si instituit ex certa parte, putà triente, non expleto asse: tunc quasi sine partibus scripti, totam capiunt hereditatem.*
9 *Pro parte testatus, pro parte intestatus decedere nemo potest.*
10 *Hereditas repræsentat personam defuncti.*
11 *Militis in testamento non spectantur regulæ juris, sed voluntas.*
12 *Sensus l. nam etsi 15. in fine. & l. 24 in fin. ff. de inoffic. testam.*
13 *Consideratio l. 1. C. de secund. nupt.*
14 *In dubio quomodo leges accipiendæ.*
15 *Explicatio l. sed si plures. 10. §. in arrogato. 6. ff de vulg. & pupill. substit.*
16 *Non solùm ratione bonorum sed & respectu temporis nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedit.*
17 *Nemo cavere potest, ne in suo testamento leges valeant.*

QVoniam in plutium heredum institutione multę
hereditatis partes necessariò sunt faciendæ: cum
1 unius hereditatis duo in solidum heredes sive domini
esse nequeant. *l. si, ut certo 5. §. ult ff. commodati.* Ideo
rectè hoc loco Iustinianus de hereditatis partibus &
divisione tractationem exorditur. Ait autem, heredi-
tatem plerunq; dividi in duodecim partes, vel in duo-
decim uncias, quæ assis appellatione continentur. *l.*
servum ult. §. hoc tit. Ratio, quare hereditas in 12. un-
2 cias dividatur, non videtur esse alia, quàm mos Ro-
manorum: cujus moris ratio est utilitas & commo-
ditas istius numeri: quòd nullus numerus est ita com-
modè dividuus in tot partes, *uti testatur Claudius Ga-
lenus*; dicens, Romanos hoc numero duodenario uti
solitos in hereditatibus, in ponderibus ac mensuris,
prout eum refert Duaren. lib. 2. disp. anniverf. cap. 36.
Quin & usuras Romani partiuntur in quadrantes, tri-
entes, quicunces, semisses, &c. *quod latiùs declarat
Valentinus Forsterus lib. 1. de successionib. cap. 36. nu-
mer. 12. & seqq Borcholt. in tractat. de usur. cap. 4.
num 17. & seq.*
Neque huic § nostro obstat *l. Pomponius 8. in fine.*
3 *ff. de rei vindicat* ex qua evincitur, hereditatem dividi
non posse. *Nam* vox hereditatis distinguenda est. He-
reditas propriè est jus. *§. incorporales. 2. supr. de reb. cor-
poralib. & incorporalib. l. hereditas 50 ff. de pet. hered.
l. nihil est aliud. 24. l. hereditat. 119. l. pecunia. 178. §.
hereditas & l. bonor. 208. ff. de verb. signif.* atque hoc
significatu heredttas dividi nequit. Metonymicè au-
tem hereditatis appellatione veniunt ipsæ res si-
ve bona hereditaria, quæ sui naturâ divisionem reci-
piunt. *Vnde tit ff si pars hereditatis petatur.* Hereditas
ipsa est, quid universale: res in ea contentæ sunt sin-
gulares. Illa est jus: hæ non jura duntaxat, sed etiam
corpora. Illa accidens est: hæ sunt ipsa rerum substan-
tia. Illa individua: hæ dividuæ: Et quia hereditas ferè
in rebus, quæ dividi possunt, subsistit: & verò res sunt
in ea variæ, multiplices & separatæ: inde est, quòd re-
bus divisis, ipsa etiam hereditas divisa intelligatur, *ut
hoc eleganter explicat Vultejus hic nu. 2. Hotoman il-
lustr. quæst. 21. Treutl. disp. 14. th 1. vol. 1. & copiosiùs
expositum est supr. ad d. tit. de reb. corporalib. & incor-
poralib. nu 23 & seqq.* Atque ita hoc loco hereditas
non pro jure; sed pro rebus hereditariis, in quibus jus
illud est, accipi debet. Cur verò dicat Imperator, hanc
hereditatem *plerunq;* dividi in duodecim uncias, cau-
sa hæc est: quia interdum in pauciores, interdum in
plures nncias sive partes, pro arbitrio & voluntate te-
statoris, prout commodissimum ipsi videbitur, here-
ditas dividitur. Neque enim eadem semper est distri- 4
butio hominis, cum distributione legis: quia hæc tan-
tùm fit in 12. partes: illa etiam in plures, vel pauciores
fieri potest, *ut hic in vers. non autem utiq; semper, &c.
& l interdum 13. § 1. ff. hoc tit.*
Porrò as ab ære (siquidem Servius Tullius, Roma- 5
norum Rex Sextus primùm æs signasse, & æris libram,
vel pondo as appellasse dicitur) nomen habet: & erat li-
bræ pondus, quod unum pondus assipondium dice-
batur: item etiam dependium, à duob ponderibus,
vel duabus libris, vel quod duos asses continebat. As,
quòd libram penderet, duodecim complectebatur un-
cias. Vncia itaq; est duodecima pars assis: eamq; ab uno 6
derivari, M Terent: Varro auctor est *lib. 4 de Ling. Lat.*
Et ipsæ unciæ conjunctæ propria habent nomina: ut
sextans, hoc est, duæ unciæ, quasi sexta pars assis: qua-
drans, tres unciæ, q. quarta pars assis, qui & triunciũ
dicitur: triens, quatuor uncię, q. tertia pars assis qui-
cunx, unciæ quinq;, semis, unciæ sex, seu dimidiũ assis,
libra, id est, media pars librę, quasi semias: septunx, un-
ciæ septem: bes, unciæ octo, q. bis triens, vel dempto
triente ab asse: dodrans, unciæ novem, q. ab asse dem-
pto quadrante, quem & novuncium dicunt: dextans,
unciæ decem, quasi dempto ex asse sextante; & deunx,
uncię undecim, quasi unicâ dempta ex asse uncia. Cæ-
terùm ipsa uncia constat duabus semunciis. *l. item
quod 17. §. 1. ff. hoc tit. l. Papinian. 8. § quoniam 8. ff. de
inoffic. testam. l. liberto. 21. § filiũ 2. ff. de annuis leg.* &
quatuor sicilicis, *d. § filiũ ibiq; Gothofr.* & octo drach-
mis. *Simon. Schard. in lexico. jur. in verb sicilic. Vult. in
hoc §. nu. 4.* Eaq; de re, *post Interpretes hic*, explanatiùs
dissertant *Guil. Budæus in tract. sing. de asse, ejusq; par-
tib. Volus. Matian in libello, de assis distributione, notis
& vocabulis. Ant. August. lib. 2. emendation. jur. cap. 8.
Georg. Agricola, de pretio metall & monet Covarr. in
lib. de collat. veter. numismat. cap. 1. & 2. Ravis. Text.
lib. 3. Theat historici. cap. 23. Dominic. Nanus Mira-
bell. in Polyanthea. verb. as. f. 107. Forst d. lib. 1 de succes-
sionib. cap. 37. Ioh. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap 4. nu 16.
cum seq. & novissimè Iacob. Alemann. consultat 9. de
jure moneta. part. 15. & seq. aliiq; ab his relati.* Sanè so- 7
lennem istam assis distributionem hodie vix ullum
habere usum, propterea quod unicuiq; heredum sua
soleat assignari portio, nullâ assis aut unciarum men-
tione factâ, tradunt Ant. Matth. *hic*, & Heig. *nu. 3.* Vigl.
nu. 4 & Vultej. *nu. ult.*
Illud autem maximè ex hoc § notandum est: quòd, 8
si testator unum pluresve heredes instituit ex certa
parte, putà triente vel semisse, non expleto asse: tunc
quasi sine partibus scripti, totam hereditatem, capi-
ant. *Exempli gratiâ:* si testator Sempronium instituit
heredem in triente, nec ei alium coheredem addi-
dit: hoc casu Sempronius testatori non solum in
quatuor unciis, sed in toto asse succedit, exclusis
etiam ab intestato successuris. *l. coheredi. 41. in
fine. ff. de vulgat. & pupillarib. substitut. l. penult.
§. filiusfamilias. 2. ff. de castrens. pecul. l. quotiens. 9. §.
si duo. 13. ff. hoc tit.* Ejusque ratio hic a Iustiniano 9
affe-

affertur: quoniam fieri non potest, ut aliquis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *l. jus nostrum.*
10 *7. ff. de reg jur.* Cur ita? quia hereditas repræsentat personam defuncti, *initio t. infr. de stipulat. servor. l. non minus. 31. in fine ff. hoc t.* ac idcircò ut defuncti persona nullo diverso jure censetur: sic etiam hereditas eundem repræsentare debet, non diverso genere successionis, sed uno, *argum. l. eum, qui. 230 in pr. ff. de usurp. & usucap Dn. Obrecht. disputat 20. thes. 321.* Miles
11 tamen: cùm in ejus testamento non regulæ juris, sed voluntas ipsius sola spectetur, partim testatus, partim intestatus decedere potest. Proindeque residua ejus pars non heredibus, ex certa parte institutis, accrescit: sed heredibus ab intestato relinquitur. *l si miles. 6. l. quærebatur. 19. in pr. l. si duobus. 37. ff de testam. milit. l. 2. & 3. Codic. eod. & hoc §. nostro circa finem. Claud. Coterreus lib 2. de jure & privil. militum. c. 4.*

12 Quod porrò dicitur, non posse aliquem paganum pro parte decedere intestatum, ei non refragatur *l. nam etsi parentibus. 15. in fin. & l. circa inofficiosi. 24. in fin. ff. de inoffic. testam.* ubi nec Papinianus, nec Vlpianus pro absurdo habet, quem pro parte intestatum videri. *Etenim* aliud est, quem decedere pro parte testatum, pro parte intestatum: & aliud, per querelam inofficiosi, quem pro parte intestatum esse, *de quo casu utraq; ista lex loquitur.* Illud namque ab initio fit, ut disertè interpretatur Tryphonius *in dict. l. penultim. § filiusfamilias. 2. vers. quia miles ab initio. ff. de castrens. peculi.* hoc verò ex intervallo, & quidem per alium, quàm testatorem, vel heredem scriptum Quare illud regula juris non permittit: quia vitium est vel testatoris, qui de parte duntaxat bonorum testatus est; vel ipsius heredis scripti, qui hereditatem pro parte repudiare conatur: cum in omne defuncti jus succedere, aut universum repudiare debeat. *l. heres 37. ff de acquir. vel omitt. heredit l 1. 2. & 3. ff. de bener. possess.* Hoc autem, videlicet quempiam per querelam inofficiosi intestatum pro parte effici, propter rei judicatæ auctoritatem inductum est: atque idcircò juri non repugnat: præsertim cùm, præter officium pietatis nihil in testatore desiderari possit, quippe qui testamentum rectè fecit. *l. 1. ff. de inoffic. testam.* Et qui hoc modo pro parte intestatus efficitur, is licet reverà ab initio in totum testatus decedat: per accidens tamen, sive ex postfacto, hoc est, post mortem testatoris, pro parte intestatus decessisse videtur. *l. mater decedens. 19. ff. d. t Vultejus hic nu. 7. & D. Bocer. num. 14 pag 368. Giphanius, Decius & Cagnol num 10. & Philipp. Matthæus num. 12. cum aliquot seqq in dict l. ius nostrum. 7. ff. de regul. iur.* qui etiam ad hoc allegat Valentinum Forsterum *libr. 1. de successionib. c 22.*

13 Non item repugnat *l. 1. C. de secundis nupt.* ubi expresse sancitum est mulierem, intra annum luctus nubentem, non posse secundo marito ex testamento plus, quàm tertiam bonorum partem relinquere. Ex quo consequi videtur: mulierem quoad tertiam illam partem, marito relictam, decedere testatam: quoad reliqua verò bona intestatam. Non, *inquam*, illa lex repugnat: quia non sequitur, mulier intra annum luctus nubens, secundo marito tantùm tertiam bonorum partem relinquere potest. Ergo quoad residuum suæ substantiæ intestata decedet: quandoquidem non prohibetur mulier, intra tempus luctûs nubens, facere testamentum, in eoque alium, quàm maritum, sibi instituere heredem. Quid enim, si maritum ex tertiâ parte, & alium cum marito ex reliquâ substantiæ parte, heredem instituat? Aut Titium in solidum instituat sibi heredem: marito autem in testamento tertiam partem per legatum vel fideicommissum relinquat? Et 14
sanè ita in dubio accipiendæ sunt leges, ut vitio careant, adeoque rationi & principiis juris congruant. *l. in ambigua 19 ff. de legibus. & c. D. Hunnius lib. 3. var. resolut jur. civ. tract. 1. quæst. 3 pag. 716. & seq.*

Similiter non adversatur *l. sed si plures. 10 §. in arrogato. 6. ff. de vulg. & pupill. substitut* ubi is, qui filio arrogato, ante pubertatem mortuo, pupillariter substitutus est, in iis saltem bonis succedit, quæ filius beneficio arrogatoris nactus est: reliqua pupillaria bona heredibus legitimis deferuntur. *Nā* nec hoc quidē casu arrogator partim testat*, partim intestat*, decedit quia bona ista pupillaria diversa sūt ab iis bonis, quę ab arrogatore pvenerūt Illa quippe arrogatori nō cesserūt ob cautionem, quam præstare tenetur cum in casum, si intra pubertatem pupillus decesserit. *§. cùm autem impubes. 3. supr. de adoptionib* Proindeque de his, utpote alienis, nec testari arrogator potuit. *Philipp. Matth. ad d. l. jus nostrum. 7. ff. de reg jur. num 16. & seq.* Planè, 16
non solùm respectu substantiæ seu bonorum, *hoc § nostro. d l. penult. § 2. ff. de castrens pecul. d. l. quotiens. 9. § si duo. 13. l si alterius. 10 & l si ita quis. 74. ff hoc tit.* verùm etiam ratione temporis, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. *§. heres. 9 inf. hoc t. & l. hereditas. 34. ff eod.* usque adeò quidem; ut, licèt testator scripserit, se pro parte vel bonorum, vel temporis testatum, pro aliâ parte intestatum decedere velle, heres scriptus nihilominus detracta certæ portionis, temporisvé mentione, universorum bonorum statim ab illius morte successor existat, atque ad dies vitæ heres maneat. Siquidem nemo cavere potest, 17
ne suo in testamento leges locum obtineant. *l. nemo. 55. ff. de legat 1.* Idque latius pertractant, *post alios diversimodè sentientes, à se citatos. Ioan. Faber, Angelus Aretin. Vultejus num. 8. Hegius num. 10. Mynsinger. n. 12. in hoc §. Dn. Obrecht. prædicta disput. 20. thes. 340. cum multis subseqq Fernand. Vasquius lib. 1. de success. progressu. §. 3. num. 62. & Anton. Gomezius tom. 2. var. resolut c. 10. n. 10. cū seq. & Iustus Sinolt, aliàs Schütz exercitation. jur. disp. 9. th. 4. p. 130. & seq.*

§. *Si plures. 6. cum §§. 7. & 8. seqq.*

Si plures instituantur heredes: ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit: si qui-

 dem

dem aliqua pars assi deerit: ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt: omnes in eandem partem concurrunt. Si verò totus as completus sit: ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur: & ille, vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus, sine parte heres scriptus sit. Ea enim data intelligitur, quæ vacat.

§.7. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid iuris sit: veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacitè pro hereditariâ parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Et ex diverso, si plures heredes scripti in portionibus sint: tacitè singulis decrescere: ut si (verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

§.8. Et si plures unciæ, quàm duodecim distributæ sint: is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit: quæ omnes partes ad assem postcà revocantur, quamvis sint plurium nunciarum.

SVMMARIA.

1. *Plures heredes sine partium definitione instituti, ex æquis partibus instituti censentur.*
2. *Si partes in quorundam heredum personis designatæ sint: unus autem, vel plures sine parte scripti reperiantur: tunc si aliquid assi deest, hoc unus vel plures illi ferent.*
3. *Si totus as completus sit: tunc as in duos semisses dividitur; ita ut unum ferant hi, qui nominatim in certis partibus instituti sunt; alterum capiant illi, qui sine parte scripti sunt hæredes.*
4. *Si totus as non sit completus, sive si pars aliqua vacet; ea cuilibet ex institutis pro rata parte accrescit.*
5. *Asse superato, pars exuperans singulis pro portione hereditaria decrescit.*
6. *Mens & intellectus l. cum quæstio. 23. vers. cùm enim manifestum C. de legat.*
7. *Dupondius quot uncias contineat.*
8. *Tripondium tres asses sive uncias 36. complectitur.*

1 Ex istis tribus §§§. primò notandum est: quòd plures heredes sine partium definitione instituti, ex virilibus sive æquis partibus instituti intelligantur. *l. quotiens. 9. §. heredes. 12. ff. hoc tit. & hic in §. 6. vers. satis enim constat. &c.* Ut si testator dicat: *Primus, Secundus, Tertius, heredes sunto*: Vel, *Primus, Secundus, Tertius & Quartus heredes sunto*. Illo casu singuli trientem, hoc est, quatuor uncias: hoc casu singuli quadrantem, id est, tres uncias habebunt. Hujusque ratio est: tum quia si illos impariter succedere testator voluisset: partes utique definivisset: quandoquidem alioqui nemo ejus partitionem, mente & animo retentam, intelligeret, *docente Hotomano hic enunciat. 1.* Tum quia in obscuro semper inter plures ejusdem juris æqualitas esse debet, ut in condemnationibus. *l. si quis separatim. 10. §. quotiens. 3. ff. de appellationibus.* & in legatis. *l. legata. 19. §. ult. ff. de legat. 1.* Secundò notandum: quod, si partes in quorun- 2
dam heredum personis designatæ sive expressæ sint: unus autem, vel plures sine parte heredes scripti reperiantur: tunc si aliquid assi deest, hoc unus, vel plures illi, sine parte scripti, ferant. *Verbi gratiâ*: Testator Titium instituit ex quincunce, id est, quinque unciis, Cajum ex quadrante, id est, tribus unciis: & Sejum ex sextante, hoc est, duabus unciis: & addidit; *Sempronius mihi heres esto*, vel *Sempronius & Flaccus heredes sunto*. Hic unus ille, aut hi duo, qui nulla facta partis mentione instituti sunt, vacantem partem occupabunt: hoc est, ex reliquis duabus unciis, sive ex sextante heredes erunt. *l. item quod Sabinus. 17. in princ. ff. hoc tit. & hic in §. 6 vers. partibus autem, &c.* Ratioque hujus casus sumenda est ex conjectura & præsumptione voluntatis testatoris: qui videtur hoc unice velle, ut illi heredes, quibus pars sua cuique est adscripta, ea sint contenti: quibus nulla est assignata, ii reliquam partem vacantem habeant. *Giphan. hic in vers. ex ea parte, &c.* Tertiò notandum: quòd, si totus as com-
pletus sit, ita ut nihil sit reliquum; tunc as dividi de- 3
beat in duos semisses: unum ferant hi, qui nominatim in certis partibus instituti sunt: alterum vero capiant hi, qui indefinite & sine parte scripti sunt heredes. *Exempli causa*: Testator Sempronium ex dodrante, id est, novem unciis, Titium ex quadrante, hoc est, tribus unciis; & deinde Mævium indefinite instituit. Hoc casu Mævius Sempronio & Titio semissem detrahet, sibique sumet: & si plures sint indefinite scripti, semissem illum inter se pariter æquabiliterque distribuent. *d. l. item quod Sabinus. 17 §. sed si. 3. ff. hoc tit. l. ult. ff. de bonor. possess. secund. tabul. & hic in §. 6. vers. si verò totus as, &c.* Ratio duplex est: tum quia indefinite heres scriptus, aut heres sit oportet, aut non sit. Non esse, dici nequit: cum contrà testatorem voluisse aperte constet. Quòd si verò heres est, aut pari, aut impari ex parte succedat, oportet. Impari, non potest: quia cùm testatoris voluntas obscura sit, nemo illi suam partem definire poterit. Relinquitur ergo, ut pariter cum aliis succedat: hoc est, ut Sempronio quincuncem, Titio unciam detrahat: & jam Sempronius trientem, Titius sextantem habeat. Tum quia si omnes indefinite instituti essent, æqualiter succederent. Iam, cùm quibusdam suam partem testator præfinierit: necessariò sequitur, eum voluisse alios æqualiter cum aliis partiti, & aliorum singulis pro rata parte aliquid decrescere, *ut tradit Hotoman. hic enunciat. 3. eumque citans D. Obrechtus disputat. 20. thes. 350.* Quar-
tò notandum: quòd, si as totus non sit expletus, sive 4
si post definitas omnes partes, pars aliqua vacet: ea cuilibet ex institutis pro rata parte accrescat: veluti, si testator dixit: *Sejus ex semisse, Mævius ex quadrante heredes sunto.* Semis & quadrans efficiunt novem uncias.

cias. Reliquæ igitur tres vnciæ inter eos pro hereditatis portione cujuslibet dividentur, ita ut duæ unciæ ad Sejum, qui semissem habet, redeant: una verò ad Mævium, qui quadrantem habet. *l. interdum.* 13. §. 2. *ff. hoc tit. & hic in §. videamus.* 7. Ratio autem, cur quadrans sive tres unciæ illis accrescant, est perspicua: quia nemo ex paganis pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. *l. jus nostrum.* 7 *ff. de reg. jur.*

5 Quintò notandum: qvòd, asse superato, pars ea, quæ post definitas cujusque partes exuperat, singulis pro portione hereditaria decrescat: ut, *Titius ex triente heres esto: Sempronius ex triente heres esto: Pamphilus ex triente heres esto: Sejus ex triente heres esto.* Hic qvatuor sunt trientes, constituentes uncias sedecim: qvæ sedecim ad duodecim uncias, hoc est, assem revocandæ sunt. Qvamobrem singulis una uncia tacitè decrescit. Singuli ergò non trientem, sed qvadrantem habebunt *d. l. interdum.* 13. §. *sed si excesserit.* 4. *ff. hoc tit. & hic in d. §.* 7. *vers. & ex diverso, & c.*

6 Nec huic obstat constitutio Iustiniani *in l. cùm quæstio.* 23. *vers. cùm enim manifestum est. C. de legat.* ubi non singulis heredibus pars pro rata decrescit: sed intelligitur testator in unciis assem excedentibus, voluisse minuere portiones eorum, qvos prius ex asse instituit. *Nam primò, cum Vultejo hic num.* 9. responderi poterit: Iustinianum illic respexisse ad voluntatem testatoris, qvæ manifesta fuit, quod primi heredis portionem sex unciis diminuere voluerit; alioqvin si voluntas ejus manifesta non esset, & ambiguitas aliqva apparere posset: pronunciandum foret juxta sententiam Vlpiani, *in d. l. interdum.* 13. §. *sed si excesserit.* 4. *ff. hoc tit.* Ita etiam fere sentire videntur Donellus *lib.* 6. *Commentar. de jur. civ. cap.* 22. *pag.* 71. *n.* 30. *cum seq* & [redacted] Collega Bocer. *hic num.* 16. *& seqq. pag.* 369 Deinde, *cum communi Dd Schola,* nonnulli respondent: isthac, ceu posteriori, Iustiniani constitutione correctum esse jus verus, adeoqve, derogatum dicto §. *videamus.* 7. *vers. & ex diverso.* & dictæ *l. interdum.* 13. §. 4 *ff. eod Franeisc. Duaren. ad tit. ff. de heredib. instit. Cujac. tract.* 4. *ad African. in explicat. l. si ita scriptum.* 47 *ff. d. tit. & alii.* Ast hanc opinionem erroneam esse, inde appatet: quòd *d. l. cùm quæstio* 23. *C. de legat.* promulgata est à Iustiniano XV. Calend. Decemb. Lampadio & Oreste Coss. Pandectas verò postea componi Iustinianus jussit, nimirum XVIII Calend Ianuar. Lampadio & Oreste Coss. *uti ostensum supra in prolegomen. de jur. civil. compesit. numer.* 8. Non ergo *d. l. cùm quæstio.* 23. *C. de legat.* corrigere potest dictam *l. interdum.* 13. § 4 *ff. de heredib. instit.* siquidem hæc lex cœperit Iustiniani lex fieri post. *d. l.* 23. *C. de legat.* Id qvod fusiùs explanat D. Bocer, *d. loco,* vbi & aliorum conciliationes refert & diluit. *Eaq; de re videantur quoq; Viglius hic num.* 7. *Anton. Matthæus & Mynsinger. in d. §. videamus.* 7. *num.* 3 *& Heigius num.* 7. *& seq.*

7 Sextò & ultimò observandũ: qvòd, si plures testator heredes instituerit, ex certis partibus, quæ duodecim uncias excedunt; & unus postea fuerit scriptus heres sine parte: is, qvod dupondio deest, capiat. Testator enim hereditatem in dupondium (qvi continet 24. uncias, id est, asses duos) dividere voluisse videtur *Exempli gratia*: Testator quatuor scripsit heredes. Titium ex sex unciis: Mævium ex qvatuor; & Sempronium qvoqve ex quatuor unciis; & deinde Cajum instituit, nullâ factâ mentione portionis Hoc casu tres, ex certis portionibus scripti, ferunt qvatuordecim uncias: qvartus verò sine parte scriptus, obtinebit id, qvod dupondio deest, videlicet decem uncias. Et si illæ partes ad legalem hereditatis divisionem, nempe ad assem, referantur: tunc Titius capiet tres uncias, Mævius duas, & Sempronius duas; Cajus vero qvinqve. Idemqve est, si vtroqve asse, id est, dupondio, in tres priores heredes consumpto, alium postea sine parte testator adjungat. Siqvidem & 8 hic assem unum est habiturus, ut ita tripondium (qvod à Volusio Mæciano Tressis dicitur, *in lib. de assis distribut. & c.*) sive tres asses, hoc est, unciæ triginta sex. fiant. *l. quæsitum.* 18. *& l. ex unciis.* 87. *ff. hoc tit. & hic in § & si plures.* 8. *ibiq, Schneidevvin. num.* 5. *& Bachovius num.* 10. *pag* 466.

§. Heres & purè. 9.

Heres & purè & sub conditione institui potest: Ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest: veluti, post quinquennium, quàm moriar; vel, ex Calendis illis; vel, usque ad Calendas illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet: & perinde esse, ac si purè heres institutus esset.

SVMMARIA.

1. *Heres & purè & sub conditione rectè instituitur: & quare.*
2. *Hereditas semel data, tacitè nunquam adimitur.*
3. *Sententia l. non ad ea duntaxat.* 39 *ff. de condit. & demonstrat.*
4. *Ex certo tempore, aut ad certum tempus heres institui nequit: & cur.*
5. *Sensus l. in tempus* 26 *ff. de heredib. instit.*
6. *Intellectus l. potest quis.* 56 *ff. eod. tit.*
7. *Quid lege duodecim tabb caveatur.*
8. *In contractibus ut conditio, sic & dies utiliter adjicitur.*
9. *Supremam voluntatem servari, publice expedit.*
10. *Ius non patitur, testatorem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere.*
11. *Dies incertus pro conditione habetur.*
12. *Heres sub die incerto institui poterit.*

EXposuimus hactenus, qvi nam heredes institui 1 possint, & qvomodo hereditates in institutionibus sint dividendæ: hic de forma & modo instituendi nonnihil audiemus: *de qua forma singularis extat titulus in ff. de conditionibus institutionum.* Ait autem Iustinianus Imperator: heredem & pure (hoc scilicet modo: *Titius mihi heres esto*) & sub conditione (ita nimirũ: *Sempron heres esto, si Cæsar hostes vicerit*) rectè institui posse. Ratio, cur sub cõditione heres institui queat, hæc est: tũ quia nulla juris regula id impedit, *ut notat Giph. hic in verb. & sub cõditione, & c.* Tũ qvia qvãdo cõditio existit, retrotrahitur ad tẽpus mortis testatoris, & pro puro facto, sive pura institutiõe habetur. *l. necet-*

necessariò.8.§.1.ff.de peric.& commod.rei vend.l.potior.est.11.§.1 ff.qui potior.in pign.vel hypoth.hab. Quin & quod sub conditione fit, jam est aliquid ab initio quasi conceptum, licèt nondum natum. *l.usufructus.26.ff.de stipulatione server.* Illud hoc loco non ignorandum: quòd is, qui purè institutus, sub conditione iterum instituitur, purè institutus censeatur: atque adeò prior institutio pura per sequentem conditionalem institutionem, deficiente conditione, revocata haud intelligatur. *l.si te solum.27.§.1 ff.de heredib.in-*
2 *stituend* Nec enim semel data hereditas, tacitè unquam adimitur, *argum l.ex parte 22 ff. de adimend. vel transferend.legat.* Cui non adversatur *l. non ad ea*
3 *duntaxat.89.ff.de conditionib & demonstrat.* ubi dicitur, si cui quid primò purè, deinde sub conditione legetur, quòd posterius legatum valeat. *Nam* aliud obtinet in legatis, quàm in institutionibus heredum. In legatis ultima voluntas seu dispositio prævalet. *l. sub diversis 51.& l quod traditum est 87 ff.d.tit.* ast in institutionibus plenior institutio heredis potior habetur. *d.l si te solum.27.§.1.ff.de heredib.instit.* ubi *Bartol.& Cuiac.Bronchorst.cent.3.ἐναντιοφανῶν.assert.30.Philipp.Hœnon.disputat.8.ad instit.controvers.9.*

4 Porrò ex certo tempore sive die (veluti: *Titius post quinquennium, quàm moriar;* vel *ex Calendis illis, heres mihi esto*) aut ad certum tempus sive diem (ut, *Titius usq; ad decem annos, vel, usque ad Calendas illas, heres esto*) heres institui non potest: sed, vitio temporis sublato, pura institutio manet, *hoc §. nostro, in fine.l.hereditas.34.ff hoc tit.* Idque favore testamenti receptum videtur, ut sustineatur potiùs quàm corruat, *arg l.ubi.21.ff.de reb.dub.l.legi 16 circa princ.ff ad SC.Trebellian* Ratio autem, cur heres ex certo tẽpore, vel ad certũ tẽpus, institui non possit, est: quia regula juris id impedit, nẽpe hæc: ne quis partim testat⁹, partim intestatus, decedat. *l.ius nostrum. 7.ff. de reg. iur.* Hoc enim fieret, si heres vel ad tempus, vel ex tempore institui posset, sive si quis aliquo tempore heredem haberet, aliquo non haberet. Siquidem & pars in tempore dicitur. *Connan.lib.10.Commentar.iur.civ.cap.6.num.1.*

5 Non obstat huic decisioni *l.in tempus 62.ff.hoc tit* in cujus principio habetur, rectè heredẽ institui in tempus, cùm quis capere poterit. *item l.si mater. 33. in princ.ff.de vulg.& pupill.substitut.* ubi etiam mater rectè filium heredem instituit, cùm erit annorum quatuordecim. *Etenim respondetur*: conclusionem nostram, quâ dicimus, heredem ad certum tempus, vel ex certo tempore sive die institui non posse, procedere tantùm in die nominatim ac expressim institutioni adjectâ. Ex die namque expressim hereditas non rectè datur; veluti, *post quinquennium, quàm moriar:* at tacitè rectè datur; veluti, *cùm capere poteris; cùm adoleveris.l.quotiens.9.§ penult.& d.l.in tempus.62.ff.hoc tit.d.l.si.mater.33.ibiq; Cuiac.tract.2.ad African.ff.de vulg.& pupill.substit.* Et ita sæpe fit, ut quæ expressa non valent, tacita tamen valeant, *arg. l. expressa nocent.195.ff.de reg.jur.& l.nonnunquam.52.ff.de condit.& demonstrat.*

Similiter non obstat *l.potest quis.56 ff.hoc tit.* ubi 6
Paulus ait, quòd hæc institutio, *Si intra annum septuagesimum decessero, Titius mihi heres esto,* valeat: cùm tamen ex die sive tempore facta videatur. *Ibi enim* non ad tempus, id est, intra annum septuagesimum heres instituitur, sed sub conditione; ut, si ante annum septuagesimum testator moriatur, decedat testatus: si postea moriatur, intestatus decedat. *Bronchorst.d.cent.3.assert.13.in fine.* Vel breviùs respondere poterit: *in d l.56.* institutionem factam esse sub conditione, quâ dies tantùm sive tempus demonstratur, *ut arguit l.si Titio.22.in prin. ff. quando dies legator. vel fideicommiss cedat.& notat Giphanius hic in ver. ex certo tempore,&c.* Et evidens est diversitatis ratio, cur aliud in die, aliud in conditione sit receptum. Nam ad conditionem quod attinet, sive existat conditio, sive nõ existat, testator semper vel testatus, vel intestatus decedit: secus vero est, si dies conditioni sit adjectus. *D.Becer.hicnum.12.p 376.*

Nihil præterea movet lex duodecim tabularum, to- 7
to jure recepta, qua ita cavetur: *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*: adeoque lex ista ostendit, quod quocunque ex die, quovecunque alio modo heres institutus sit, voluntas testatoris rata esse debeat *l.verbis legis.120 ff de verb.significat.* Nam supremæ voluntates omnes ex lege duodecim tabularum ratæ sunt: nisi quid excipiatur aliis legibus, & partibus juris, *ut non obscurè additur in d.l.verbis legis in fine.* Hoc autem exceptum inter cætera reperitur: ne quis ita testetur, ut pro parte tectum vel temporis testatus decedat, & pro parte intestatus. *d.l.ius nostrum 7 ff. de reg.iur.*

Rursus non obstat, quòd, cùm in contractibus ut 8
conditio, sic dies adjici possit utiliter, quò voluntas contrahentium servetur. *§.omnis.2.infr. de verb.obligat.* multo magis hæc eadem institutioni adjecta servanda sint, propter supremam voluntatem: quam servari & exitum habere, publicè expedit. *l. 1. Cod. de sacrosanct.Eccles.l.vel negare.5.ff.quemadm. testam. aperiant.* Respondetur enim: diem in contractibus & negotiis gerendis rectè adjici: quia eo adjecto non 9
fit, quo minùs, quod promissum est, de beatur statim, & ante diem: & dum id fit, non sane fit inutiliter. Siquidem adjicitur dies debitoris causâ: cui etiam affert solvendi dilationem. *d.§.omnis.2.infr.de verb.obligat.* Contraria verò est vis diei institutioni adjecti: qui si adjicitur ideo, ne institutus ante diem sit heres: testator to
fit pro parte intestatus; & pro parte testatus: quod jus civile non admittit. *d.l.ius nostrum. 7. ff. de reg. iur.* fin ideo, ut qui institutus est, sit jam statim heres, sed hereditatem ei non liceat attingere ante diem: adjicitur dies nullius commodo: *id quod fusiùs, more suo, explanat Donellus lib.6.Commentar de iure civil. cap.18.pag.54.& seq. ubi alias quoque obiectiones abunde diluit.*

Atque prædicta in die sive tempore certo ita obti- 11
nent. Dies quippe incertus (putà, *L. Titius, cùm capere poterit, heres esto*; vel, *L.Titius, cùm Caius morietur,*

etur, heres esto) conditioni æquipollet, & pro conditione habetur. *l. 1. & l. dies incertus. 75. ff. de condit. & demonstrat.* & consequenter cùm heres sub conditione rectè possit institui: rectè etiam heres sub die incerto institui poterit. *l. qui filio. 38. in princ. d. l. in tempus. 62. ff. hoc tit. l. extraneum. 9. Cod. eod. Wesenb. hic num. 2. & in paratit. ff. eod. num. 6. Viglius hic num. 3. & 4. Mynsinger. num. 6. Donell. dict. lib. 6. c. 18. pag. 53. in fine. Thadeus Pise lib. 2. var resol. c. 3 num. 3. & 4.*

12 Vbi autem incertus ille dies venerit; tum is, qui scriptus est, hereditatem ex testamento adibit: &, sicut in conditionibus fieri solet, retrotrahetur tempus aditionis ad tempus mortis testatoris, ut eo ipso momento successisse defuncto fingatur *l. heres. 54. ff. de acquirend. vel omittend heredit. Baduin. & Vultejus hic num. 5.*

§. Impossibilis. 10.

Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis & libertatibus, pro non scripta habetur.

SVMMARIA.

1 *Conditio quid sit, & quotuplex.*
2 *Conditio possibilis quid, & quotuplex.*
3 *Conditio potestativa quid.*
4 *Conditio casualis quæ.*
5 *Conditio mixta quæ.*
6 *Conditio possibilis quævis, institutioni adjecta, servari debet.*
7 *Extraneus sub qualibet conditione possibili heres institui potest: filius familias non item: hujusq; ratio.*
8 *Conditio impossibilis quæ propriè dicatur.*
9 *Quæ contra leges & bonos mores fiunt, nec facere nos posse, credendum est.*
10 *Conditio turpis etiam dicitur impossibilis.*
11 *Conditio impossibilis institutioni adjecta, pro non scripta habetur.*
12 *Differentia inter contractus & ultimas voluntates observanda.*
13 *In contractibus duorum voluntas spectatur; in testamentis, unius testatoris.*
14 *Sententia l. cùm heres. 4. §. 1. ff. de statu liber*
15 *Consideratio §. ult. Instit. de legat.*
16 *Sensus l. si Titius 16. ff. de conditionib. institut.*
17 *Explicatio l. si quis ita. 6. ff. de conditionib. institut*

1 CONditio nihil aliud est, quàm adjectio, quâ dispositio sive institutio heredis suspenditur in futurum eventum, *definitore Duareno ad tit. ff. de condit. institution. cap. 2.* Vel, conditio est modus sive quædam institutionis qualitas, quæ suspēdit actum, donec eâ existente confirmetur, *secundùm Vultejum hic nu. 6. & Beccerum num. 16. pag. 377.* Eaque aut possibilis est, aut impossibilis, *auctore Iulio Paulo lib. 3. sentent. tit. 5.*

2 Possibilis conditio est, quæ institutioni adjecta per rerum naturam fieri & evenire potest, *D. Obrecht. disp 20. th 387. Paul. d. tit. 5. in princ.* Et hæc triplex est: potestativa sive arbitraria, casualis seu fortuita: & mixta. *l. unic. § sin autem aliquid. 7. Cod. de caduc. tollend l. ult. Cod. de necessar. servis heredib. instituend. Viglius infr § proxime. num. 1. Osvvald. Hilliger. & Philippus Lechmannus in disputat. de conditionibus. cap. 2 th. 25.* Potestativa est, quæ in potestatem heredis instituti confertur: quæ ut impleatur, ab ipsius solo arbitrio dependet: veluti, *Cajus heres esto, si Titio centum aureos dederit: Mævius heres esto, si Capitolium ascenderit.* Quæ ex illo dicitur esse in potestate facientis. *l. suus quoq; 4. ff. de heredibus instit. l. ultim. ff. de condit. institution.* item esse in arbitrio, *l. 1. §. sciendum 8. vers idem erit dicendum. ff. de suis & legit. heredib. l. 1. § qui sub conditione. 8 ff. si quis omissa caus testament. ab intest. possid heredit.* itemque collata in arbitrium. *l. si, qui heres 13. in fine principii ff. de acquir vel omitt. heredit.* Casualis est, quæ in causa & eventu futuro consistit: veluti, *Titius heres esto, si navis ex Asia venerit: Mævius heres esto, si Rex Hispaniæ hoc anno morietur. l. si filius. 33. § 1. ibi, an in aliquo casu conditio consistat. ff. de fideicommissar. libertatib. l. cùm pupillus 78. in fine ff de condit. & demonstrat.* 4

Mixta conditio est, quæ ex utraque præcedente colligitur: quia partim ab animo pendet heredis, & partim ab eventu fortunæ: veluti, *Titius heres esto, si gradum Doctoratus utroque in jure acceperit: Mævius heres esto, si in Patriam redierit.* Vultejus *hic numer. 7.* Dn. Obiecht. *d. disput. 20. th. 393* Georg. Frantzkius *in resolutione famosissimæ l. Gallus 29. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. Disputat. 5. mrmbr. sect. 2. num. 11.* 5

Omnem autem possibilem conditionem institutioni adjici posse, adjectamqve servari debere, non ambigitur: quia testator id voluit, cujus voluntas totum in testamento fecit. *l. ex facto. 35. §. rerum 3. ff. hoc tit.* 6

Vbi tamen diligenter dispiciendum: an extraneus, an verò filiusfamilias sit institutus. Extraneus sub quavis conditione possibili heres potest institui: quoniam liberum est testatori, illum heredem facere, vel non facere. Et propterea, conditione existente, heres existit: non existente, non existit. Existere verò conditio potestativa tùm videtur cùm per heredem non stat, quo minùs impleatur. Tum enim pro completa habetur. *l qua sub conditione. 8. § pen. ff. de condit. institut. l. jure civili. 24. ff. de condit. & demonstrat. l. si mater 3. ubi Gothofred. C. de instit. & substit.* At filiusfamilias non, nisi sub conditione potestativa, rectè heres instituitur Nam si institutus est sub eâ conditione, quæ in ipsius potestate non est, institutio non valet, & testamentum nullius momenti est. *l. Lucius Titius. 83 ff. de condit. & demonstrat. l. ult. in pr. ff. de condit. instit l si pater filium. 4. Cod. de institut. & substitut.* Etenim si instituatur sub conditione casuali, non existente conditione, quod facile evenire potest, contra leges rēperitur præteritus. Ac proinde non expectato eventu, statim pro præterito habetur: quia non nominatim seu expressè est institutus, nec expressè exheredatus, *initio t supr. de exheredat. liber. §. eadem hac. 12. infr. de hereditatib. quæ ab intest. defer. Forster. libr 2. disp. 12. th. 15. Fachin lib. 5. controversf. jur. c. 71.* Et licet idem de qualibet conditione, quæ non existit, dici queat: tamen filio imputari meritò potest, quòd non paruerit ei conditioni, quæ in ipsius potestate fuit, *ut tradit Cujacius ad d. l. suus quoq. 4. ff. de heredib. instituend. Duaren ad d. t. ff. de conditionib. institut c. 4.* Ex quo enim potest filius conditionem adimplere, censetur quasi 7

quasi purè institutus: & ideò si illum non adimplet, videtur tacitè paternam hereditatem repudiare, *inquit Iulius Clar. lib. 3 sent. §. testamentum q 38 n. 1. Eandem pleniùs & accuratiùs tractavit Dn. Obrecht d. disp. 20. th. 402 cum multis subseqq. & Donellus lib 6. Comment. de jur. civ. c. 12 p. 25. & seq.* Quibus addend' est Polydotus Ripa *in Comment. de Actu in mortis articulo, c. 37. p. 230. & seq.* Hæc de conditione possibili sufficiant.

8 Impossibilis conditio (*de quâ hic § noster loquitur*) propriè dicitur, cui natura impedimento est, quò minùs existat: ut si dicā *si cœlū digito attigeris, si volaveris, si Rhenū ebiberis, &c. heres eris §. si impossibilis 11.*
9 *infr. de inutil. stip.* Quandoquidem autem id tantum posse dicimur, quod de jure & honestè possumus. *l. nepos Proculo. 125. ff. de verb signif.* quæ verò contra leges & bonos mores fiunt, nec facere nos posse cre-
10 dendum est. *l conditiones 9. & l filius. 15 ff. de conditionib. instit. l. si flagitii. 123 ff de verb. obligat.* idcircò inserta conditio, cujus honestas, seu boni mores repugnant, latiore significatu etiam impossibilis vocatur, quamvis de facto accidere possit. *l. facta. 63. §. si sub conditione. 7 ff. ad SC. Trebellian.* veluti, si quis dicat: *Mævius heres esto, si parentes ab hostibus non redemerit: si parentes non aluerit: si matrem uxorem duxerit: adulterium commiserit, si religionem suam, quæ in Imperio probata est, reliquerit, & aliam æquè probatam amplexus fuerit. &c.* Atque isthæc conditio convenientiùs turpis nominabitur, quàm impossibilis, *juxta*
11 *Viglium hic n. 5. & Mynsinger. n. 3. infr. e.* Cæterum in istis duabus impossibilis conditionis speciebus conditionem, institutioni adjectam, pro non scriptâ haberi, indubitatum est, *per hunc §. nostrum, l. 1. l. conditiones. 14. l. mulier. 20. ff. de conditionib. institut.* Ideòque heres, sub impossibili conditione institutus, heres erit perinde, ac si institutio purè facta, & conditio adscripta non fuisset: cùm testator intestatus decedere voluisse non præsumatur *hoc § nostro, ibiq. Wesenbec. numer. 2. Tradeus Piso libr. 2. var. resolut. cap. 3. n. 15. Iustus Sincli alias Schütz exercitation. jur. disput. 9 th. 8. pag. 139 & seq. ubi istud de mutatione religionis exemplum, latiùs explicat.* Adde de conditione impossibili naturâ vel jure, copiosiùs agentem Bachoviū *hic num. 2. & 3. pag. 470. cum seq.*

12 Cui non obsistit *d. §. si impossibilis. 11. infr. de inutil. stipulat. l. impossibilis. 7. & l si homo. 69. ff. de verb. obligat. l. non solum. 31. ff. de obligat. & action. l. impossibilium. 185. ff de reg. jur.* quibus ex locis apparet, quòd contractus, sub impossibili conditione initi, inutiles planè fiunt, & nullius momenti. *Nam* differentia in-
13 ter contractus & ultimas voluntates observanda. Quælibet conditio impossibilis vitiat contractum: non item heredis institutionem, aut legatum. Ratio differentiæ hæc est: quia in contractibus duorum voluntas spectatur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, appositâ eâ conditione, quam sciunt evenire non posse. *d. l. non solum. 31. ff. de oblig. & act.* Ast in testamentis sive ultimis voluntatibus, in quibus omnia seriò agi oportet, unius testatoris voluntas consideratur: ubi facile impossibilem cōditionem detrahimus hoc colore, quòd imprudenti exciderit. Occurrunt enim hic duæ contrariæ voluntates. Testator vult habere heredem: & vult sub impossibili conditione. In quâ varietate & dissensione benignior facienda est interpretatio, quæ rei gerendæ conveniat; hoc est, ut remota impossibili conditione, institutio tanquam purè facta sustineatur & valeat. *l in testamentis. 12. ff. de reg. iur.* Sed & nihil est, quòd heredi scripto aut legatario imputetur, quòd impossibilis conditio sit adscripta: ut in contractibus stipulatori: cùm heres testamentum non faciat, eoque ignorante conditiones impossibiles apponantur. *d. l. 1 ff. de condit. institut. l. 3. ff de conditionib. & demonst.* Eaq; de re inspiciantur *Viglius hic nu. 1 Borcholt. nu. 2. Anton Matthæus, Heigius, & Mynsing. n. 5. Boc. n 32. p. 379. Ant Fab lib. 6. conject. c. 12 Arumæus Exercit. Iustin 8 thes. 4. Bronch. cent. 3 ἀντιφάνων assert. 66. Donell lib 6. Comment. de jur. civ c 18. p. 57. & add. l. impossibilis. 7 n. 4. & 5. ff. de verb oblig.*

Præterea non obest *l. cùm heres. 4. §. 1 ff. de statu li-* 14
ber. ubi libertas ita relicta: *Liber esto, si millies dederis*, non valet; millies, id est, millies centena millia nummorum, *ut interpretatur. Anton. Augustin. lib 2 emendat c. 6. in fine.* Etenim isthæc conditio propriè impossibilis non est; sed tantùm difficilis; quæ duo inter se differunt. Illi siquidem obstat rerum natura; huic solummodò quædam habendi difficultas, ac idcirco ea cōditio libertatem suspendit, *arg. l. continuus 137. §. illud inspiciendum 4. ff. de verbor. oblig.* Sed &, cur penè impossibilis conditio dationem libertatis vitiet, planè verò impossibilis non vitiet, hæc est ratio: Quia qui impossibile aliquid imperat, videtur nihil imperare: ut, *Stichus, si digito cœlum attigerit, liber esto.* At qui imperat penè impossibile, sive difficile, imperat aliquid: quoniam imperat, quod fieri potest, licèt difficulter: ut, *Stichus servus meus, si heredi meo dederit millies, liber esto d. l. 4 § 1. ff. de statu liber.* Hoc etsi difficile est: tamen fieri potest: & propterea vitiatur datio libertatis, nisi conditionem Stichus impleverit, *docente hic Theodoro Marcilio.*

Sic quoque non repugnat § *ult. infr. de leg.* ubi dicitur, legatum pœnæ causa relictum valere, nisi turpe sit, aut impossibile. *Quia* aliud est, simpliciter legare 15
centum, *si digito cœlum tetigeris, ut in hoc §.* aliud, legare centum in pœnam heredis, *si ipse cœlum non tetigerit.* Cùm enim impossibilis natura heredi conditio ea sit: pœnam certè non meretur. Legatum ergo *in d. §. ult.* fit inutile, non propter impossibilem conditionē; sed quoniam punire voluit testator eum, qui non fecit id, quod facere non potuit, *ut rectè post Viglium hic n. 3. declarat Mynsing. nu. 10.*

Pariter non adversatur *l. si Titius. 16. ff. de condit. in-* 16
stitut. ubi conditio perplexa, quæ ita in se revolvitur, ut exitum non reperias, pro impossibili habetur: & tamen conditio illa institutionem heredis vitiat. *Ea namq;* impossibilis, quæ non est in sola conditione, sed in principali dispositione, ad conditionem relata, vitiat testamentum. Ergo si ita quis heredem instituat: *Si Titius mihi heres erit, Sejus esto: Si Sejus erit, Titius esto*

esto

sfo institutio omnimodò non valet, quia conditio existere non potest. Testamentum quippe hoc se ipsum demolitur. Conditio proinde ista non est impossibilis, sed institutio ei repugnat, ut simul utraque exitum habere non possit: quam impossibilitatem perplexitatis Interpretes appellitant, *prout latius Eguinarius Baro hoc loco explicat*.

17 Denique non obloquitur Vlpianus *in l. si quis ita. 6. ff. de conditionib. inst.* ubi ait, si quis institutus sit sub conditione, si intra triduū monumentū perfeci, quòd conditio evanescat, quasi impossibilis. *Quandoquidem* lex illa ita accipi debet, non quòd institutio hoc modo facta sit inutilis, sed quod tempus in conditione appositum pro nihilo habeatur. Proindeque tantum temporis concedetur à judice, intra quod monumentum perfici possit. Hoc enim in bonæ fidei contractibus & legatis receptum est, ut ob temporis angustiam non vitientur: sed tantum temporis judicis arbitrio indulgeatur, intra quod actus perfici queat. *l. insulam. 58. §. 1 ff. legati. d. l. si quis ita. 6 ff. de condit. instit.* Quod diversimodè in contractibus stricti juris obtinet: quos propter angustiam temporis vitiari, certum est. *l. 2 §. qui ita. 6. ff. de eo, quod certo loco dari oport. l. ult. § si inter. 4. ubi Bartol. ff. de verber. oblig. § leca. 5. infr. d. t. Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 5. cas 480. nu. 2. eumque referens Brenchorst. d. cent. 3 assert. 66. vers. quarto objicitur, &c.*

§. Si plures, 11.

Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt: siquidem conjunctim; utputà, si illud & illud factum fuerit: omnibus parendum est. Si separatim; veluti, si illud, aut illud factum erit: cui libet conditioni obtemperare, satis est.

SVMMARIA.

1. *Si plures conditiones conjunctim heredi instituto adscriptæ sint: omnes compleri oportet.*
2. *Ad copulati enunciati veritatem quid Dialectici requirant.*
3. *Conditiones in forma specifica adimplenda.*
4. *In enunciato disjuncto satis est, alterutram partium veram esse.*
5. *Quid juris sit, si plures conditiones in diversis partibus testamenti apponantur.*
6. *In legatis conditio novissima impleri debet in institutionibus unam existere sufficit.*
7. *Diversitatis hujus ratio.*
8. *Vtrum liberi in conditione positi, sint etiam in dispositione, adeóq; præsumantur ex testamento vocati.*
9. *Affirmativæ sententiæ Auctores.*
10. *Negativæ sententiæ Auctores.*
11. *Hujus sententiæ, utpote verioris, rationes.*
12. *Consideratio l. si quis. 16. ff. de vulg. & pupill. substit.*
13. *Ob quam rationem conditio nihil disponat.*
14. *Instantia dissentientium refellitur.*
15. *Consideratio l. si ita stipulatus 39. ff. de oper. libert.*
16. *Consideratio l. 2. C. de his, quæ sub modo, &c.*
17. *Declaratio l. Lucius. 85. ff. de heredib. instituend. & num. 29*
18. *Consideratio l. 1. C. de pactis*
19. *Res, restitutioni fideicommissariæ subjecta, alienari nequeunt*
20. *Consideratio l. ex facto 17. §. 5. ff. ad SC. Trebell.*
21. *Liberi positi in conditione, fructu paterno non debent defraudari*
22. *Conditio, si sine liberis, cur à testatore adjiciatur*
23. *Inducta ad unum effectum, ejus contrarium operari non debent*
24. *Favore alicujus inductum, non est retorquendum in ipsius odium*
25. *Intellectus l. inter socerum 26. §. 2. ff. de pact. dot.*
26. *Intellectus l. qui filium 26. ff. ad SC. Trebellian.*
27. *Intellectus l. cum filius 76. §. 5. ff. de leg. 2*
28. *Sola testatoris voluntas in fideicommissis debet attendi*
29. *Sensus d. l. Lucius 85. in fin. ff. de heredibus instituendis*
30. *Effectus quæstionis: an liberi in conditione positi, sint in dispositione testatoris*

PLuribus conditionibus heredi instituto adscriptis; videndum est, utrùm copulativè sive conjunctim, an alternatè seu disjunctim adscriptæ sint. Siquidem conjunctim: ut putà, *Titius si Romam iveris, & filiam meam uxorem duxerit, heres esto*: omnibus parendum, sive omnes simul compleri necessum est: quia unius loco habentur. *l. si heredi plures. 5. ff. de conditionib. institut.* Itaque una si desit, nondum paritum esse intelligitur: adeoque institutio nullius roboris aut valoris censetur. Quemadmodum enim Dialectici ad copulati enunciati veritatem requirunt, ut omnes ejus partes sint veræ, in tantum, ut unâ parte falsâ, totum enunciatum falsum esse dicatur: ita si plures conditiones institutioni conjunctim sunt adjectæ, necesse est, ut omnes impleantur: quia tota propositio verificanda est. *d. l. si heredi. 5. ff. eod. & hoc §. nostro.* & conditiones specificâ in formâ sunt adimplendæ. *l. qui heredit. 44. in prin. & l. Titie. 73. ff. de condit. & demonstr.* Sin verò alternatè seu disjunctim vel separatim plures conditiones scriptæ fuerint: veluti, *si Titius Romam iverit, aut filiam meam uxorem duxerit*, heres esto: cui libet, id est, alterutri conditioni obtemperare satis est, *auctore Iustiniano hic. & Paulo in d. l. si heredi. 5. ff. de condit. instit.* Nam quemadmodum apud Dialecticos in enunciato disjuncto satis est, alterutram partium veram esse: ita si plures conditiones disjunctim sive separatim sunt appositæ: satis est, vel unam saltem ex omnibus impleri, *juribus modo allegatis*: quoniam in disjunctivis & alternativis sufficit, alterutrum fieri. *l. si quis ita, 129 ff. de verb. oblig. l. si is, qui. 13 §. cum ita ff. de reb. dub. & tradunt hic Eguinarius Baro, Angelus, Mynsing. n. 3. & Vultejus n. 8.* Vbi tamen admonendi sumus: sive conjunctim, sive disjunctim, plures conditiones institutioni adjiciantur, non tam verborū dispositionem, quàm testatoris voluntatem esse spectandam, *arg. l. Lucius. 85. ff. de heredib. instit. & l generaliter. 6 Cod. de institut. & substitutionib.*

Quid autem statuendum, si plures conditiones neque conjunctim, neque disjunctim apponantur; sed in diversis partibus testamenti? veluti, si quis in unam testamenti parte dicat: *Titius mihi heres esto, si Sempronio decem dederit*: in altera verò parte dicat, *Titius mihi heres esto, si navis ex Asia venerit*? Ad hanc quæstionem responderi poterit: aliud in legatis, & aliud in institutionibus constitutum esse. Siquidem in legatis conditio novissima impleri debet. *l sub diversis. 51. l. quod traditum. 87 ff. de condit. & demonst. l. si quis eū. 16. ff. de vulg. & pup. substit. l. translatio. 6. in fine. & l-*

7 *nihil prohibet. 17. ff. de adimend. vel transfer. leg.* Ast
in institutionibus unam existere sufficit. *l. si plures 17.*
ff. de condit. institut. l. si te solum. 27. ff. eod. Diversita-
tis hæc reddi solet ratio: quia testator per posterio-
rem institutionem non videtur à priore voluisse rece-
dere, sed eam pleniorem efficere. *d. l. 27. §. 1 ibi, quia*
satis plena prior. ff. eod. At non idem videtur voluisse in
legatis: cùm in his non tam plena fiat interpretatio.
Faciliùs etenim adimuntur, quàm hereditas, *arg. l. ex*
parte 22. ff. de adimend. vel transfer. leg. D. Obrecht.
disput. 20 thes. 445. & dictum suprà in §. heres. 9. hoc
t. n. 2.

8 Nobilis hìc, & variè ventilata, occurrit examinanda
quæstio: utrùm liberi in conditione (*si sine liberis de-*
cesserit) positi, sint etiam in dispositione, adeòque præ-
sumantur vocati, ut succedant ex testamento; an so-
lùm sint positi in conditione ad exclusionem substi-
tuti, & succedant ab intestato? Si igitur ex facto pro
ponatur, quempiam heredi instituto onus adjunxis-
se, ut hereditatem alteri restituat, *si absque liberis deces-*
serit: ita nonnulli interpretantur hanc testatoris dis-
positionem, ut tacitè voluerit heredis filios ad succes-
sionem vocare, ac in eorum gratiam & favorem, ut i-
psis scilicet hereditas obveniret, conditionem illam
adjicere: atque ita ipsos in conditione positos filios ex
9 testamento vocatos censeri: *Oldradus consil. 21. in fi-*
ne. Barbat. consil 55. col. 5. lib 2. Baldus in l. 1. Codic de
condit. insert. Lud. Romanus in l si cùm dotem. 22 ff. so-
luto matrimon. Petrus Anchoranus cons. 70. Curt. Sen.
cons. 51. num 22. Nicol. Boer. decis. 155. Iul. Clar. lib. 3 sen-
tent. jur. § testamentum quæst. 77. Corasius lib. 2. Mi-
scellan. iur. civ. cap. 19 Menoch cōsil. 192 & consil. 353.
& libr. 4 præsumpt. 76. Mantica lib. 11 de conjectur. ul
tim. volunt. t. 2. Gœdd. ad l. non est sine liberis 148. n. 5.
ff. de verb. signif. Hotoman. illustr. quæst. 13. Forcat. in
Necyomant. dialog. 50. Fachineus lib. 4. controvers. jur.
cap 51. Claud. Chifletius in tract. de jur. fideicommiss.
libr. 2. cap. 14. Angel. Matthæacius lib. 3. de legat & fi-
deicommiss c. 19. num 21. Dn Bocer. class. 3. disput. 7.
th 33. edit. 2. Michael Graff lib. 1. recept. sentent. §. fidei-
commissum quæst. 13. Matth Stephani centur. 2 quæst.
7. Hackelman quæst. illustr disp 16. thes. 17. & disp.
10 *17. coroll. 1. aliique ab iis citati.* At contrariam negati-
vam sententiam (quòd videlicet filii in conditione po-
siti nō præsumantur vocati ex testamēto; sed succedere
ab intestato, excluso substituto) probârunt, *post gloss fin.*
in l. Lucius. 85. ff de heredibus instit. Bartolus ibidem.
Albericus. Angel de Perus. Iohan. de Imola. Raph. Cu-
manus, & alii, Alexand. consil. 91. numer 6. & cons.
108. numer. 3. libr. 1. & consil. 60 num 5. cons. 109. nu.
4. consil. 181. numer 15 libr. 2 & consil. 33 num. 3. lib. 3.
& consil. 55. num. 14 lib. 4 & consil. 201. n. 2. lib 7. Go-
mez. tom. 1. var. resolut. c. 3. num. 24. & c 3. nu. 42 ver.
sed his non obstantibus. & ibidem in addit. Emanuel.
Soarez. sub num 24. Guido Papa cons 140 & consil.
216. num. 9 & cons 218. num. 2 Paris. consil. 18. num. 10.
& consil. 31. num. 3. & cons 37. num. 19. & consil. 63. n.
9. lib. 1. Cravetta cons. 109. num 2 & cons 153. num. 2.
Gail. lib. 2. observat. 136. num. 18. Duaren. addit ff. de
condit. institut. c. 3. circa medium. Cujac. in d. l. Lucius.
85. ff. de heredib. instit. & in l. Gallus. 29. §. in omnib. 10.
ff. de liber & posthum. hered. instit. & consultat. 35. Pet.
Gregor. lib. 42 synt. jur. univers. c. 28. num. 29. & seq.
Sichard & Donell. in l. 1. Cod. de pact n 9. ibidemque Gil-
ken. n. 55. Anton. Faber. lib. 9. conject. jur. cap. 10. item
lib. 17. cap 19. & latiùs part. 2. de errorib. pragmat. de-
cad. 26. errore. 1. & seqq. Henric. à Suer. repet. lect. cap.
38 Daniel. Moller lib. 5. semest. cap. 44 Covarruv. in
c. Raynutius. § 3. numer. 2. de testament. Fernand Vas-
quius tom. 2. de success progress. libr. 1. §. 4 num. 3 Ioan.
Dilectus Durantes in tract. de arte testand. t. 5 de sub-
stit. caut. 36 Roland à Valle cons. 51. num. 5. & cons. 56.
num. 14. lib. 3. Celsus Hugo cons. 20. numer. 18. Bursat.
cons. 1. num. 8. lib. 1. Cephal. cons. 17. num. 13. Iason cons.
143. num. 4 lib. 2. Socin. Iun. cons 176. n. 17 & seq. lib. 2.
Valent. Forster. lib. 4. de successionib. c. 1 nu. 24. hujusque
filius Gulielm Forster. lib. 2. disp 12. th. 16. Arumæus
Exercitat. Iustin. 9. th. 19. Hœneu. disp. 8. contr 7. Wegn.
disput. 7 th. 5. lit. E. Schröterus decad. 5. diatribar. do-
mesticar. quæstion. 5. Hunnius. lib. 3. var. resol. jur. civ.
tract. 1. quæst 28. pag. 787. cum seq Anton. Gabriel. lib.
4. commun. conclusion. tit. de fideicommiss c. 4. num. 1.
Schickard. disp. 8. th. 1. num. 11. & resolut. quæstion. 12. 11
aliique ferè innumeri, ab illis relati. Atque pro hac
negativa parte vulgò sequentia afferuntur fundamen-
ta. I. Si liberi in conditione hac (*si sine liberis deces-*
serit) positi, essent etiam in dispositione, mutaretur
natura conditionis, quæ est, ut nihil disponat. *l si quis*
sub conditione. 8. ff si quis omiss. caus. testam. ab inte-
state, &c. ubi qui in conditione dandi seu faciendi po-
situs erat, omisso testamento nihil consequitur: quia
scilicet legatarius non fuit, atque sic ex judicio defun-
cti nihil petere potest. Sic *in l si fundum. 81. § 2. ff.*
de legat. 1. Stichus, qui itidem in conditione com- 12
prehendebatur, libertatem non consequitur. Idem
patet *ex l. si quis eum. 16. in fine. ff. de vulg. & pupill.*
substitut. ubi cùm pater duo fecisset testamenta, pri-
ùs perfectum, posterius ita, *si vivo se, filius suus*
decedat: prius testamentum non rumpitur posterio-
re, utpote inutili ob præteritionem filii. Proinde
licet filius, in conditione istâ (*si vivo me decedat*)
positus, fuerit præteritus: tamen in dispositione
non positus esse dicitur. Eòdem facit *l 1. §. item si i-*
ta. 8 ff. ad l. Falcid. & l. cùm sine præfinitione. 19. in
princ. ff quando dies legator. vel fideicommissor. ced. 13
Sed & ratio hujus, quòd conditio non disponat, sa-
tis clara est: quia scilicet conditio adjicitur dispositi-
oni sive ordinationi & actui: non verò est actus prin-
cipalis, sicut contractus, legatum, vel institu-
tio. Quocirca cùm conditio nihil disponat, effici-
tur inde, liberos in conditione istâ (*si sine libe-*
ris) positos, non contineri in dispositione: &
quod huic est consequens, ex testamento non esse 14
vocatos. Et quanquam contradictores regerant,
conditionem sæpe disponere. *l. si ita stipulatus. 39.*
ff. de operis liberto. l. 2. C. de his, quæ sub mo-
do legata vel fideicommiss. relinquunt: Ex eo ta-
men non statim sequitur, quod & in nostro

casu

casu conditio vim disponendi habeat: cùm modò demonstratum sit, regulariter conditionem non facere dispositionem. Quin nec in casu adductarum legum, si pensiculatiùs considerentur, conditio
15 disponit. Etenim *in d. l. si ita stipulatio. 39. ff. de oper. libert.* ipsemet Paulus expressè fatetur; operas, quæ in conditione fuerunt, non esse promissas, adeoque non esse in dispositione; sed fingi solùm promissas,
16 in favorem patroni, ne is omnino excludatur. Sic *in d. l. 2. C. de his, quæ sub modo, &c.* Imp. Gordianus non de rebus sub conditione, sed sub modo relictis agit: ut, *lego tibi fundum, ut Titio des decem*: modus disponit, non conditio. Et ratio hujus differentiæ hæc redditur: quia qui aliquid alteri relinquit sub hac conditione: *si dederis, si feceris*: is illud in ejus arbitrium confert. *l. 1. ff. de legat. 2.* at qui sub modo relinquit; non permittit hoc ejus arbitrio, sed vult id omnimodo
17 præstari, *docente Hunnio d. quæst. 28 pag 789* II. Nititur hæc sententia textu *in d. l. Lucius 85. ff. de heredib. instit.* ex cujus similibus verbis illis (*Non enim fratrem solùm heredem prætulit substitutis. sed & ejus liberos*) sic argumentari licet: Si testator prætulit liberos neque per institutionem, neque per fideicommissum: non prætulit ex causa testati. At verum prius. Ergo & posterius. Non per institutionem: quoniam ea ex conjecturâ non inducitur, sed verbis fieri debet. *§. imprimis 2. infr. de fideicomm. hereditatib. l. cùm proponebatur. 64. ff. de legat. 2. l. jubemus. 29. C. de testam.* Non per fideicommissum: quoniam id intercidit, quando heres scriptus ante aditam hereditatem moritur, dum non repudiârit in fraudem fideicommissarii. *l. ille, à quo. 13 §. quid ergo. 3. l. ita tamen 27 §. quotiens. 6 ff. ad SC. Trebell. l. non justam. 4. C. eod. leg 2. §. ult ff. de suis & legit. heredib.* Atqui frater, in casu *dict. l 85 ff. de heredib instit.* plusquam adiret, decessit:
18 *ut disertè ad finem istius l. affirmatur.* III. Confert huc textus *in d. l. 1. C. de pact.* ubi si liberi tacitè his verbis (*si sine liberis decesserit*) fuissent ad hereditatem vocati: non tenerentur servare pactum parentis sui, de illa ipsa hereditate, in cujus conditione positi erant.
19 Res siquidem, quæ subjectæ sunt restitutioni fideicommissariæ, alienari non possunt. *l fin. §. penult. & Auth. res, quæ C. commun. de legat.* Cæterùm contra hoc fundamentum quæ afferri solent à dissentientibus, ea prolixè refellit Hunnius *d quæst 28 pag. 790.*
20 IV. Accedit textus *in l. ex facto. 17. §. ex facto. 5 ff ad Senatusconsult. Trebell.* ubi dicitur, quòd heredis, qui gravatus est restituere hereditatem sub conditione, *si sine liberis decesserit*, bona fisco adjudicentur, post ipsius deportationem, etiamsi liberos habeat ante eam natos: Quod certò non fieret, si liberi jam à testatore
21 vocati essent. V. Adminiculatur huic decisioni *l. generaliter. 6. vers. cùm enim ferendus C. de institutionib. & substitutionib.* ubi habetur, quòd liberi positi in conditione, fructu paterno non debeant defraudari. Quibus verbis textus ille præsupponit: quòd liberi in conditione positi, magis succedant in bonis ipsius patris, quàm avi. Iam si per fideicommissum essent tacitè substituti: utique ex voluntate ipsius avi, & in
22 bonis ipsius succederent. VI. Quia hæc conditio, *si sine liberis decesserit*, à testatore adjicitur ad liberandum heredem ab onere fideicommissi, & ad extinguendum ipsum fideicommissum. Ideoque si gravatus heres decedat, liberis relictis: illa conditio non debet inducere aliud fideicommissum in favorem liberorum: 23
cùm inducta ad unum effectum, ejus contrarium operari non debeant, *arg l. legata inutiliter. 16. ff. de legat. 1.* VII. Quia quod favore alicujus introductum 24
est: non retorquendum est in ipsius odium sive incommodum *l nulla 25. ff. de leg. & l. quod favore. 6. C. eod.* Atqui fideicommissum istud favore heredis introductum, in ejus odium retorqueretur. Etenim si statuatur, liberos esse in dispositione: jam sequitur, bona, utpote restitutioni obnoxia, alienari non posse, *d Auth. res, quæ C. Commun. de legat.* Ast hoc contra favorem & commodum heredis esse, nemo inficiabitur. VIII. Quia hæc assertio frequentioribus Doctorum suffragiis comprobata, nec non rebus judicatis, Cameræque Imperialis præjudiciis (quibus tenaciter inhærendum, *velut post plures, à se laudates, docuit Alemann. consultat. 8. quæst. princ. 2. rat. decid 14 pag. 627*) confirmata est, *ut tradunt Duaren. & Gailius locis prææalleg.*

Cui non obstat *l. inter socerum 26. § cùm inter. 2. ff. de pact. dotalib.* ubi Papinianus expressè docet, verba *si sine liberis* facere dispositionem. *Ibi* enim conditio non disponit: sed Iurisconsultus ex natura contrariorum, seu potiùs ex defectu conditionis infert. Hic quippe sensus istius legis est: si pactum dotale inter socerum & generum hoc sit factum, ut dos, filia sine liberis in matrimonio defuncta restituatur socero; tacitè id actû videri, ut liberis relictis, dos non restituatur socero, sed restituatur genero. Id siquidê postulet côntrariorû ratio: ut, cûm socer dotem sibi tantum reddi, cùm nulli erunt liberi, voluerit: ex contrario censeatur noo voluisse sibi eam reddi, cùm liberi fuerint. *Hunnius d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 28. pag. 791.* 25

Nihil quoque obstat *l qui filium. 74. in princ. ff. ad Senatusconsult Trebellian.* ubi testator instituens filium suum, & filiam, mandat filiæ, *ut testamentum faciat, priusquam liberos susceperit.* Quæ verba Imperator sic accipienda esse pronunciavit, quasi ejus fidei commiserit, ut restituat hereditatem fratri suo, hoc est, filio testatoris. Idem & in hac, quam tractamus, specie dicendum videtur, cùm testator substituit aliquem filio suo sub conditione, *si sine liberis decesserit*, quasi ex testamento suo filios ad hereditatem vocare censeatur. Nihil, inquam, hoc obstat: quia respondetur: in ista lege 74. dispositionem esse, non conditionem siquidem verbis illis, *mando tibi*, disponit aliquid testator: & propter voluntatis conjecturam intelligitur per fideicommissum filio hereditas relicta. *Duaren. ad dict. tit. ff. de conditionib. institut cap. 5.* 26

Similiter non repugnat *l. cùm filius. 76 § pater. 5. ff. de legat. 2.* ibi cùm pater filiam ex semisse instituisset, eamq; rogasset, ut cùm moreretur, filio suo, hoc est, testatoris nepoti Sempronio plus, quàm cæteris, restitueret: quamvis fideicommissum cæteris liberis 27

nullum relictum esset: dicitur tamen omnibus fideicommissum deberi. *Nam respondetur*: nec ibi conditionem, sed dispositionem contineri. Deinde his verbis, *Sempronio nepoti meo plus tribuas*, satis testator voluntatem suam declarat, quòd alus etiam aliquid, sed minus, tribui velit. *Hunnius d. quæst. 28. pag. 792. vers. ad decimum, &c.*

28 Præterea non adversatur, quòd sola testatoris voluntas in fideicommissis attendi & servari debeat, quocunque modo significata fuerit. *l. in conditionibus. 19 & l. pater Severinam. 101. ff. de conditionib. & demonstrationib.* nemo autem sit, qui non eam defuncti testatoris mentem fuisse intelligat, ut instituti liberos vocare ex testamento voluerit. Hoc, *inquam*, non adversatur. Quia non sequitur, aut rectè colligitur: Testator instituti liberos voluit præferri substituto; eosque admitti ad hereditatem. Ergo voluit eos succedere ex testamento. Quid igitur voluit testator? Voluit nimirum jus legitimarum successionem ab intestato inter eos conservari, *arg. l. vel singulis 37. ff. de vulgar. & pupillar. substitut.* ubi testator substituit ex liberis suis ei, qui novissimus morietur: *& inquit Florentinus IC.* jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri vult: si unus ex liberis moriatur, vult alios ei ab intestato succedere. Sed & argumento est, quod dicitur *in l. conficiuntur. 8 §1 ff. de jure codicillor.* etiam legitimos heredes ab intestato succedere quodammodò voluisse testatorem. & tamen non idcò ex testamento succedere dicuntur. Idem habetur *in l. 3. in princ. ff. eod. tit.* ubi is, qui codicillos facit, nullos heredes instituit, & fideicommissa quædam relinquit, videtur velle eos sibi succedere; nonq.q. ex testamento quodam veniant ad hereditatem, propter istam voluntatem; sed ab intestato. Atque ita invalida consequentia est: Testator voluit eos admitti ad hereditatem: proindeque voluit eos succedere ex testamento, *ut benè animadvertit Duarenus ad d. l. 1. ff. de condit. institut. cap. 5. vers. Quartum argumentum est, &c.*

29 Pari ratione non obstat *d. l. Lucius 83. in fine. ff de heredib. instit.* ubi testator non tantùm fratrem; sed & ejus liberos voluit præferre substituto. *Voluit equidem* eos præferre: verùm incertum adhuc reliquit, an voluerit, eosdem ex testamento ad hereditatem vocari, an verò ab intestato. Cum itaq; hoc incertum sit, in dubio dicendum est, hancfuisse testatoris voluntatem, ut jus legitimarum hereditatum inter eos conservaretur. Quare *in ista l. Lucius*, non quæritur, num liberi fratris sint in dispositione, sed an substitutum excludant? Et indicat Scævola IC. eos excludere substitutum, eiq; præferri non ex testamento, tanquam vocatos à testatore, sed ab intestato. *Nec rectè regeritur*: Liberi instituti præferuntur substituto. At substitutus venit ex testamento. Ergo multò magis liberi. *Nam breviter respondendum*: liberos non præferri substituto quo ad successionem, sed tantùm quo ad exclusionem. *Atum. d. Exercit. Iustin. 9. sub th. 19. circa fin. ubi & aliis objectiunculis occurrit.*

30 Porrò utilitas & effectus hujus ita explicatæ quæstionis insignis est. Etenim si filii vel descendentes in conditione positi, non sunt in dispositione testatoris, sicq; non intelliguntur ab eo vocati: tes, quoad descendentes, redigitur ad causam intestati: & sic heres scriptus poterit bonâ hereditaria pro arbitrio alienare, & pro libitu de iis disponere, exclusis liberis. Diversum statuitur, si descendentes positi in conditione, censeantur vocati à testatore, & substituti. Tunc enim alternationem non permitti, indubitatum est. Enimverò hoc operatur illa conditio testatoris: ut filii, in conditione positi, ab intestato succedant heredi instituto, excluso substituto: quia ius legitimæ successionis ipsis per hujusmodi conditionem testatoris reservatū censetur: atq; adeò ab intestato duntaxat, non jure fideicommissi ex testamento, vocati reputantur. Ita, *post alios, tenent Iul. Clar. d. lib. 3. sent. jur. §. testamentum. quæst. 77. num. 1. Gail. d. lib. 2. observ. 136. num. 19. cum seq. Valent. Forster. d. lib. 4. de successionib. cap. 1. nu 19. & Mich. Graff. d. lib. 1. recept. sent. §. fideicommissum. quæst. 13. nu. 1.* Eadem de quæstione videatur Francisc. Marzarius *in tract. de fideicommiss. part. 2. quæst. 20. nu. 34. pag. 51. & seq.*

§. *Finalis.*

Ii, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt: veluti, si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, heredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

SVMMARIA.

1 *Ignoti quatenus heredes institui possint*
2 *Mens & intellectus l. extraneum. 11. C. de heredibus institut.*
3 *In testamentis amicos plerunq; & notos instituimus*
4 *Persona penitus incerta institui non potest*
5 *An pauperes vel finitè heredes institui queant*
6 *Finis heredum institutionis quis*

Ex hoc §. discendum est: ignotos etiam heredes institui posse, hoc est, eos, quos testator nunquam vidit, nec de facie novit, ullamve cum ipsis consuetudinem habuit: de illis tamen aliquid quandoque audivit. Atque ita accipi debet textus *in l. extraneum 11 C hoc tit.* ubi Impp. Theodos. & Valentin. rescripserunt: *extraneum etiam penitus ignotum, heredem quem instituere posse.* Neque enim de prorsùs ignotis, quos nec vidimus, nec de iis quicquam audivimus. Impp. loqui putandi sunt: sed potiùs de illis, qui nobis famâ, aut aliquâ fortassis virtute sunt cogniti. Est quippe latens ac tacitus interdum amor erga ignotos instinctus, non modò propter sanguinis necessitudinem, ut in fratris filios peregrinantes, sive in dissitis procul regionibus agentes: sed & propter eruditionis aut virtutis insignioris celebritatem, *ut eleganter hic notant Viglius & Mynsing.* Videbatur sanè, nos non posse heredem instituere eum, quem nec vidimus, nec novimus: quia in testamentis amicos plerunque & notos, aut benè de nobis meritos instituimus, vel aliquid iis legamus. *l. nec adjectio 9 ff pro socio.*

(Right-margin numbers beside the last paragraph: 1 at "…heredes in-", 2 at "C hoc tit.", 3 at "Videbatur sanè,")

socio. l. amicissimos. 36 in princip. ff de excusat. tutor. l. Pamphilo. 39. §. 1. ff de legat. 3. l. 3 §. 1 & 2. ff. de legatis præstand. Sed dicendum ignorantiæ huic præferendam esse voluntatem testatoris, eamque maximè spectandam, quæ quidem regulis juris consentiat: si videl. persona instituatur, cum quam alias testamenti sit fa-
4 ctio, & quæ aliquo modo certa & nota sit. Nam personam omninò incertam (puta, si testator dicat: *Qui primus ad funus meum venerit, heres esto*) institui non posse, constat *ex §. incertis. 25. infr. de legat. l. quotiens. 9. §. heres. 9. ff. hoc tit. & exquisitius paulò expli-*
5 *catum supr. ad princip. hujus tit. num. 11. & seqq.* Sanè favore piarum caussarum, institutio pauperum etiam indefinita valet. *l. id, quod pauperibus. 24. l. nulli 28. in princ. & l. si quis ad declinandam 49. C de Episcop. & Cleric.* Illudque de iis pauperibus intelligendum est, quos Episcopus loci duxerit eligendos: nisi testator in testamento facultatem eligendi pauperes, executoribus testamentariis concesserit. Nam tunc electio Episcopi cessat. Et in dubio Episcopus illius loci, ubi testator defunctus est, hanc electionem habet. *d. l. nulli. 28. §. 1. C eod. Azo. in summa C. de heredib. instit. Dn. Collega Besoldus in delibat. jur. ex lib. 28. ff quæst. 6. pag 106.* Finis porrò heredum institutionis (de qua 6
hactenus dictum & disputatum est) is perhibetur: ut heres hoc digniore titulo honoratus, in jus testatoris, mortuo exclusis heredibus ab intestato, succedat. *l. filium. 5. §. sed & si portio. 6. ff. de legat. præstand. l. hereditas 62. ff. de reg. jur.* Idcircò enim heres instituitur: ut is, testatore defuncto, ejus hereditatem accipiat. Et propterea si quis alterum heredem suum instituit: cum honorare, non gravare velle præsumitur, *l. unum ex familia 67 §. si rem tuam. 8. ff. de legat. 2. Wesenbec. in paratit. hoc tit. num. 7. D. Obrecht. disput. 20 thes. 446. & seq.*

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

TITULUS XV.

Principium Tituli.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere: utputà, si ille heres non erit, ille heres esto: & deinceps. in quantum velit testator: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere possit.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis*
2 *Substitutionis verbum æquivocum, & variæ significationis*
3 *Substituere generaliter quid*
4 *Substituendi verbum in quo significatu hic sumatur*
5 *Substitutio unde sic dicta videatur*
6 *Substitutionis definitio, ejusq; dilucida explanatio.*
7 *Institutio & substitutio differunt, ut genus & species.*
8 *Non infrequens est in jure, ut genus pro specie ponatur.*
9 *Exheredatus liberis quatenus substitui queat.*
10 *Sine heredis institutione testamentum non valet*
11 *An & quando vox institutionis, substitutionem complectatur*
12 *Non omnis substitutio est heredis institutio.*
13 *Substitutio quo gradu fieri possit.*
14 *Substituti an rectè dicantur heredes secundi, si tertio vel ulteriori gradu instituantur*
15 *Intellectus l. si quis ita. 82. ff. de heredib. instit.*
16 *Interpretatio l. si quis mihi. 25. §. 11. ff de acquir. vel omitt. heredit.*
17 *Differentia inter gradum & locum*
18 *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam reprehenditur: & utraq; substitutio definitur*
19 *Omnis vere ac propriè dicta substitutio, est heredis institutio*
20 *Semel heres, semper heres manet*
21 *Redarguitur Gilkenius*
22 *Verbum* substituo *an & quatenus commune sit*
23 *Fideicommissa distinguuntur à substitutionibus*
24 *Substitutio codicillis nequit*
25 *Cur Justinianus sæpius connectat substitutionem & restitutionem*
26 *Explicatio l. generaliter. 6 §. 1. C. de institutionib. & substitutionib.*
27 *Substitutio directa quæ dicatur.*
28 *Enodatio & sensus l. heredes mei. 57. §. 1. & 2. ff. ad SC Trebellian.*
29 *Vera substitutionis divisio in vulgarem & pupillarem*
30 *Duæ veræ & naturales substitutionum caussæ*
31 *Origo substitutionis unde juris accepta ferenda*
32 *Substitutio quid*
33 *Sententia l. 2 in princ ff de vulg. & pupill. substit.*
34 *Vulgaris substitutio quid, & unde*
35 *An & quatenus idem per idem definiatur*
36 *Genus de suis speciebus prædicentur in quid*
37 *Potest quis in testamento suo plures gradus heredum sive substitutiones facere*
38 *Substitutio vulgaris semper fit in primum casum, scilicet non acquisita hereditate*
39 *In codicillis facta substitutio regulariter non valet*
40 *An substitutio directis verbis in codicillis facta, saltem in vim fideicommissi sustineatur*
41 *Verba directa quibus in casibus obliquentur*
42 *Mens & sententia l. Seiæ. 76. ff. ad SC. Trebellian.*
43 *Expositio & sensus l. illud 13 §. 1 ff de jure codicillor.*
44 *Intellectus l. ult §. 1. C. de codicill.*
45 *Quando argumentum à contrario sensu non procedat.*

SUperiori titulo verba fecimus de primis heredib⁹, h. e. de institutione: consequenter dicendum est, de 1
secundis, i. e de substitutis sive substitutione. Antequã a. ad text. ipsum explicandũ accedamus: de verbo, definitione, divisione, & origine seu caussa substitutionis videbimus. *substitutionis* verbum homonymũ sive æquivocum est, & variæ significationis. Nam in latiore 2
significatu substitui dicitur legatarius in locum legatarii, fideicõmissarius in locum fideicõmissarii, Iudex in locũ alterius judicis, procurator in locũ procuratoris, actio alia in locũ alterius, tutor in locũ alterius tutoris, arbor in locũ alteri⁹ arboris; pecora in locũ pecorũ demor-

3 demortuorum. Et ita generaliter substituere Latinis est; in locum alterius quasi sublocare & submittere sive subrogare. *§ sed si gregis 38. supr. de rer. divis. l agri. 18. l vetus. 68. in fin. & l seq. ff de usufruct. l. in fraudem 45 §. penult. ff. de jure fisc. l si grege 22. ff de legat. 1. l. ut heredibus 50. ff de legat. 2. l. Sextiam 32. ff. de legat. 3 l. penult in fin. ff. judicatum solvi. l. 1 § hac actio. 10. vers. nam si in locum. ff si u. quis testamento liber esse jussus erit. &c. l. tutores 39. § in eum. 11. ff. de administrat. & peric. tutor. Duaren. ad tit. ff de vulgarib. & pupillarib. substitut. cap 11. circa princ ibiq. Anton. Govean. nu. 5. Alciat. nu. 7. & 8. Sfortia Oddus in prælud. substitut. quæst. 2. Paulus Leonius ibid. nu. 65. Alexand. Trentacinq. in præfat. de substit. nu. 4. & 5. Philipp. Massin. ad rubr. C. de impuber. & aliis substitut. nu 4 Charond. lib. 4. verisimil. cap 13. Vacon. à Vacuna lib. 4. declarat. 62. nu. 5. & 8. Hilliger in Donello enucleat. lib 6. cap. 23. ad lit. D Didac. Spino à Caceres in specul. testam. gloss. principal. 21. nu. 2. Fernand. Vasq. lib. 2. de success. in progress. §. 11. num 1. Petr. Gregor. in syntagm. jur. univers. lib. 42. cap 10. num 2 Graff. in tract. recept. sent. §. substitutio. quæst. 1 Dn Obrecht disput. 21. de substitutionib. th. 5. & seqq.*

4 Verùm hic substituendi verbum strictiùs, pro substitutione heredis tantùm, seu ea subrogatione sumitur, quæ in ultima voluntate fieri consuevit, utpote cùm testatoris in te-

5 stamento aliquem heredi instituto substituit. Quæ substitutio sic dicta videtur, quòd subtus, id est, non in prima cera (in qua heredis nomen ponebatur) sed in ima seu secunda cerâ, quæ sub priore collata erat, scriberetur: ut substitutio quasi subinstitutio, aut subtus facta institutio dicatur: unde nobis vocatur die Nahe-oder Affter-Erbsatzung. *D. Besold. in thesaur. practico lit. N. num. 2. pag 573.* Sicque Suetonius Tranquillus de Iulio Cæsare *cap. 83.* Novissimo (inquit) testamento tres instituit heredes, sororum nepotes: C. Octavium ex dodrante: L. Pinarium, & Q. Pedium ex quadrante: reliquos in imâ cerâ. *Alciat. lib. 4. Parerg. cap 6 cumq; non nullis aliis referens Ioan. Dauth. ad tit ff de vulgarib. & pupillarib. substitut. num 5.* Terminos istos Horatius *lib. 2. Sermon. Satyr. 5.* sequentibus versibus (quos etiam recitat Petrus Gregorius, *loco paulò antè designato.*) haud ineleganter expressit.

Si cui præterea validus malè filius in re
Præclara sublatus aletur: ne manifestum
Cœlibis obsequium nudet te, leniter in spem
Arripe officiosus: ut & scribare secundus
Heres: & si quis casus puerum egerit Orco,
In vacuum venias: perrarò hæc alea fallit,
Qui testamentum tradet tibi cunq; legendum;
Abnuere & tabulas à te removere memento:
Si tamen, ut limis rapias, quid prima secundo
Cera velit versu, &c.

6 Quà in strictiore significatione substitutio (rejectis diversis aliorum definitionibus, quarum viginti ordine recenset Nicolaus Intrigliolus *in tract. de substitutionib. cent. 1. quæst. 2.*) commodè definitur institutio heredis, secundo vel ulteriore gradu facta. *l. 1. in princip. l. potest. 36. l. ex facto. 43. §. Lucius 2. ff. de vulgarib. & pupillarib. substitut. ibiq. Duaren. cap. 1. l. si is, qui se l vende. 55 ff. de heredib. instit. Vultej. hic numer. 1. & lib. 1. Iurisprud. Rom. cap. 73. nu. 94. Cujus lib. 2. Institut. tom. 4. in princ. Marc. Lyklama lib. sing. de jur. studios. velit. leg. 3. pag. 124. cum seq. Treutler. disp. 11. th. 5. vol. 2. Andr. Gerhard. de testam. disp. 4. thes. 4.* Et hanc ipsam quoque definitionem, aliorum quorundam refutatis descriptionibus, tanquam omnibus speciebus convenientem, probat Dn. Collega 7 Bocerus *hic nu 9. in fine, pag. 391.* Rectè vocabulum *institutio* generis loco ponitur. Quia institutio & substitutio differunt, ut genus & species. Omnis substitutio propriè sic dicta, institutio est, non verò omnis institutio est substitutio. Vnde quemadmodum generis appellatione singulæ veniunt species: ita vocabulo institutionis substitutio venit. Ideoque jussus instituere aliquem, jussui satisfecisse creditur, si eum substituit. *l. mulier. 20. § ult ff de conditionib. instit.*

Nec obstat, quòd substitutio & institutio interdum, 8 tanquam diversæ ac disparatæ species, invicem opponantur. *d. l 1. in princip. ff. de vulgarib. & pupillarib. substitut. rubr.* C. *de institutionib. & substitutionib.* Nam non novum est in jure nostro, ut genus pro specie ponatur. Sic adoptio generatim & speciatim capitur. *l. 1. ff de adoptionib.* item cognatio. *l. non facilè 4. l. Iurisconsultus 10 ff. de gradib.* nec non actio. *l. pecuniæ 178. §. actionis. ff. de verb signif.* & jurisdictio. *l. si in aliam. 7. §. ult. juncto libris seqq. ff. de inoffic. proconsul & l. fin. §. 1. ff de offic. ejus, cui mand. est jurisd. Trentacinq. in prælud substitut. num. 13. & seqq. Chiflet. de subst. tut. cap. 4. Hunn. lib. 2. var. resol. jur. civ. tract. 6. quæst. 2. Donell. d. rubr C. de impuber. & aliis substitut. nu. 7 & lib. 6. Comment. de jure civ. cap. 23. pag. 37. nu. 52.*

Nihil quoque movet, quòd objicitur: exheredatis, 9 qui ab institutione prorsus sunt remoti, substitui posse *l. 1. §. 2 in princip. ibi, vel exheredati & l. sed si plures. 10 §. ad substitutos. 5 ff. de vulgarib. & pupillarib. substitut. §. non solùm. 4. infr. tit. proximo.* Breviter enim respondendum: quòd substitutio dicatur institutio respectu testatoris instituentis, non respectu ejus, cui fit substitutio, *ut ex Sfortia Oddo annotavit Gerhard. d. disput. 4. sub thes. 5. in fine.* Et sanè cùm idem Modestinus, qui scribit, substitui liberis tam heredibus institutis, quàm exheredatis posse, etiam scribat; substituere liberis patrem non posse, nisi heredem sibi instituerit; quippe cùm sine heredis institutione nihil valeat in testamento scriptum. *d. l. 1. §. 2. & 3. ff. de vulgarib. & pupillarib. substitut.* ex eo satis intelligitur, ita exheredatis liberis substitui posse, si 10 parens heredem extraneum instituent. Ergo substitutio sive institutione ne tum quidem procedet, quando liberis exheredatis instituitur extraneus. *Idque pluribus novissimè declarat Schiferdeghenus dict. lib. 2. tractat. 6. quæst 2. pag 90. & eadem de re nos latiùs ad d. §. non solum. 4. infrà. tit. proxim.* An 11 verò & quando vox *institutionis* in dubio substitutionum etiam contineat: certis regulis definiri ac deci-

decidi nequit : ſed, oblatâ ſacti ſpecie cujuslibet pru-
dentiæ dijudicandum relinquitur, *ut præclarè docuit*
Duaren. ad d. tit. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. cap. 1. verſ.
ſed quæritur, cùm hujus verbi, &c. eumq; ſecutus D.
Obrecht. d. Diſp. 21. th 32 & ſeqq.

12 Dicitur deinde in definitione, *heredis*. Quæ dictio
additur ad differentiam reliquarum ſubſtitutionum.
Non etenim quæcunque ſubſtitutio hîc definitur: nec
omnis ſubſtitutio eſt heredis ſubſtitutio ; ut videre
eſt in legatis, in fideicommiſſis, in donationibus cau-
ſa mortis, & ſimilibus : quæ minus propriè, ſed per
quandam analogiam & ſimilitudinem ſubſtitutione
dicuntur. *dict. l. ut heredibus. 50. ff. de legat. 2. dict. l.*
Sextiam. 32. ff. de legat. 3. l. coheredi. 41. §. quòd ſi he-
redem. 3. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut. l. herede
mei 57 § 1. & 2. ff. ad SC. Trebellian. l ei, cui. 10. ff. de
mort. cauſ. donat. Duaren. dict. cap. 1. verſ. ſequitur
in definitione, &c.

13 Præterea in definitione dicitur : *ſecundo vel ulte-*
riore gradu. Quia ſubſtitutio non ſecundo ſolùm, ſed
etiam tertio, quarto, & ſequenti gradu fieri poteſt *d.*
l. 1. in princ. & l. quidam 30. ff. de vulgar. & pupill ſub-
ſtit. l. ſi poſthumus 14. in princ. ff. de liber. & poſthum.
heredib. inſtit. l. æquiſſimum 2. §. defertur 4. ff. de bonor.
poſſeſſ. ſecundum tabul. Ob id autem ſubſtitutio dici-
tur inſtitutio ſecundo vel ulteriori gradu facta, ut i-
pſam primam inſtitutionem, quæ nunquam ſubſtitu-
tio vocari poteſt, excludat. *Trentaciaq in tract. de ſub-*
14 *ſtit. in prælud. num. 12.* Sed & ſubſtituti non inſcitè di-
cuntur heredes ſecundi, licèt tertio vel quarto gradu
ſint inſtituti. Siquidem ſubſtitutus conferri debet cū
eo, in cujus locum ſubſtituitur, ex cujus perſonæ rela-
tione etiam ſubſtituti nomen accipit. *ſicuti hæc fuſiùs*
demonſtrat Donell. d. lib. 6. Comment. de jure civ. cap.
23. pag 74 nu. 40. & 50.

15 Non adverſatur *l. ſi quis ita 82. ff. de heredib. in-*
ſtit. ubi ſecundus ſucceſſionis gradus ſtatuitur: & ta-
men ſubſtitutio non eſt. *Nam reſpondetur*: ſi quis ita
heres inſtituatur, *ſi legitimus heres vindicare nolit he-*
reditatem meam, legitimum heredem neq; tacitè, neq;
expreſsè inſtitutum; &, quod hujus conſequens eſt, il
lum alterum haudquaqitam ſubſtitutum, ſed primo
potiùs gradu inſtitutum dici, ſub illa conditione, ac ſi
dictum eſſet: *Si navis ex Aſia venerit.* Et quod Scæ-
vola ſubjungit, deficere conditionem teſtamenti, legi-
timo hereditatem vindicante : ea conditio ad inſtitu-
tionem pertinere intelligenda eſt, non ad ſubſtitutio-
nem, *ut rectè poſt alios, à ſe citatos, ſentit Ioan. Dauth.*
ad tit. ff. de vulgar. & pupill ſubſtitut nu. 9. ubi dicit,
quamvis de iſto textu magna ſit controverſia, tamen
hanc ſententiam probabiliorem eſſe, & ipſam verita-
tem, *juxta Leonium in prælud. ſubſtit. nu. 36. cum ſeqq.*
de vulg ſubſtit. nu. 45.

16 Sicquoque non obloquitur nobis Vlpianus. *in l ſi*
quis mihi bona. 25. §. ſed ſi mandavit. 11. ff de acquir.
vel omitt. heredit. ubi ſi pater mandavit filio ſuo, ut
adeat hereditatem ſibi delatam ex inſtitutione, filius
adire poteſt, etſi ex ſubſtitutione delata fuerit: & con-
trà ſi mandaverit, ut ex ſubſtitutione delatam adiret
hereditatem, & delata fuerit ex inſtitutione, adire po-
teſt filius. Vnde videtur appellatione ſubſtitutionis in-
ſtitutionem contineri etiam eam, quæ primo fit gra-
du. Non, *inquam,* Vlpian. nobis obloquitur. Quia in-
terpretatio illa non arguit, eam eſſe propriam verbi ſi-
gnificationem. Ibi namque oſtendere voluit Iuriſcon-
ſultus, quod dictum eſt à patre, producit ad inſtitu-
tionem propter conjecturam voluntatis : quoniam
credibile eſt, patrem idem ſenſiſſe de inſtitutione factâ
in primo gradu, quod de ſubſtitutione ; & credibile
eſt, id ab eo dictum fuiſſe: quia credebat, filium inſti-
tutum eſſe in ſecundo gradu. Sic quod dictum eſt de
ſubſtitutione propter conjecturam voluntatis, exten-
ditur ad inſtitutionem : non tamen inde rectè colligi-
tur, ſubſtitutionem eſſe inſtitutionem in primo gradu
factam, *ut diſertè explicat Duaren. præd. cap. 1. verſ.*
Deinde in definitione dicimus, &c. Vt igitur inſtitutio
ſimplex, in ſpecie dicta, in primum gradum: ita ſubſti-
tutio in ſecundum vel ſequentes concipitur : adeòq; 17
gradus inſtitutionem à ſubſtitutione ſejungit. Gradus
v. hîc non ſignificat locum: ſed inter gradum & locum
magna differentia deprehenditur. Heres in teſtamento
aut primo, aut medio, aut ultimo loco rectè ſcribitur.
l quo loco. 20. in princ ff. de heredib. inſtituend. At he-
res non, niſi primo gradu, inſtitui vel ſcribi poteſt. *d. l. 1*
in princ. ff. de vulg & pupill. ſubſtit. Vlpian. in fragm. In-
ſtit. tit. 22. §. heredes aut inſtituti, &c. Deinde ſecundo
loco ſcriptus, coheres eſt : ſecundo gradu ſcriptus, eſt
ſubſtitutus. *l. qui ſolvendo. 60. ff. de heredib. inſtit.* De-
niq; locos numeramus juxta ordinem ſcripturæ, aut
numerum perſonarum. *l. ſi quis heredes 14. & l. ſeq ff.*
d. tit. gradus juxta ordinem ſucceſſionis. *d. l 2. § defer-*
tur. 4. & § ſeq. ff. de bonor poſſeſſ ſecund tab. l ſi poſth.
14 ff. de lib. & poſth. hered. inſtituend & cui primo he-
reditas defertur, inſtitutus eſt; cui ſecundo, ſubſtitutus
d. l. 1. in princ. ff. de vulg. & pupill ſubſtit. Iul. Paul. li 3.
ſent. tit. 5 §. heredes, &c. Borcholt. hic nu. 4.

Definitionem ſubſtitutionis ſequitur ejus diviſio. 18
Communiter autem Interpretes ſubſtitutionem par-
tiuntur ac dividunt in directam & fideicommiſſariam
ſive obliquam. Directam ſubſtitutionem vocant, quâ
teſtator vult, ut à ſe, & ex ſuo teſtamento hereditas re-
ctà, non ab herede priùs inſtituto, ad ſubſtitutū tranſ-
eat: ut ſi hoc modo ſubſtituat teſtator: *Si Titius heres*
non erit, Sempronius heres eſto Item: *Si filius meus im-*
pubes heres erit. & intra pubertatem deceſſerit, Cajus
heres eſto Fideicommiſſariam ſeu obliquam ſubſtitu-
tionem appellitant, quà teſtator heredem, à ſe priùs in-
ſtitutum, rogat, ut hereditatem acquiſitam alteri reſti-
tuat, vel vivus, vel poſt mortem ſuam. §. 2 *inſtr. de fidei-*
commiſſ hereditatib. l. 2. C. communia de legat. Bart.
Ioan. ad Imola. Raphael Cuman Albericus, Bartholo-
mæus Socin. & Bolognet. ad rubr. tit. ff de vulg. & pu-
pill. ſubſtit. Alex. nu. 2. Coraſ. nu. 18. & Gilken. nu. 12.
ad rubr. C. de impub. & aliis ſubſtitutionib. Covarruv.
in cap. Rayant. 16. §. 4. extr. de teſtament. Donell. lib. 6.
Comment. de jur. civ. cap. 23. pag. 75. Petr. Gregor. Tho-
loſ. in ſyntagm. juris univerſ. lib. 42. cap. 11. num. 2. &
cap. 28. per totum. Sfortia Oddus in tract. de ſubſtitut.
part. 1. quæſt. 5. nu. 20. Vacon. lib. 4. declarat. 10. Althuſ.
lib. 1 dicæolog. cap. 48. nu. 13. cum ſeq. pag 173. & cap. 49
nu. 1.

nu.1 & 2 pag.176. Alexand. Trentacinq. in præfat. de substitut. num 20. cum seq. Vincentius Fusarius in tract. de substitutionib. part.1 quæst.2. nu.3. Zasius in tract. de substit. vers. nunc ad substitutionis, &c. Duar. in explicat. tit. ff de vulg. & pupill. substit. c.2. Paul. Leon. in prælud. substit. nu 59 Lancellot. Polit. in princ. de substit. nu.28. Ioh. Dauth. ad tit. ff. de vulg. & pupill. substit. n.16. & 17. D. Obrecht. disp 21. th.39. V. sq. li 2. de successionum progress. §.1. num.6. Intriglioliis cent. 1. de substitutionib. quæst 8. nu.18. cum seqq. Mynsinger. hic nu 5. & Schneidevvin. nu.6. item Hunnius libr.2. var. resolut. jur. civ. tract.6. quæst.3. pag.604. & Timæus Faber disput.19. ad Instit Imperiales. th 11. Verum isthanc distributionem magni nominis quidam Iurisconsulti repudiantes, nullam propriè sic dictam substitutionem fideicommissariam esse, sequentibus

19 potissimùm rationibus ostendunt. I. Quia omnis verè ac propriè dicta substitutio est heredis institutio. *l. mulier 26. § ult ff de conditionib instit. l. ex facto. 43. §. Lucius 2. vers. nihilominus interest. ff. de vulgar. & pupillar substit & constat ex substitutionis definitione nostrá explicatá suprà num.6.* At fideicommissarius propriè heres institutus non est *§. restituta.3. infrà de fideicommissar. heredit. l. si filiusfamilias.5. §.1. in fin. ff. quod cum eo, qui in alien. potest. est, neg. gest. esse dicet. l. postulante.44. § 1. vers. nam & quedamme dè. & l. si heres. 68. in fine principii. ff. ad SC. Trebellian.* Si ergo fideicommissum species substitutionis esset; u-

20 tique in genere convenirent. Equidem fideicommissarium, acceptá hereditate, heredem non fieri certum est: cùm, qui semel heres extitit, semper heres maneat, *l. ait prætor. 7. §. sed quod; Papinianus 10. in fine ff. de minorib. l. ei, qui solvendo. 88. in*

21 *fine. ff. de heredib. instit.* Cæterùm hanc rationem ita enervare conatur Gilkenius *ad d. rubr. C. de impuber. & al. substit. num.21.* ut dicat, se non inficiari, quòd non pronunciatione heredis, fideicommissarius propriè non contineatur; verùm se non animadvertere, quid hæc consideratio ad propositum faciat, cùm nomen heredis planè directum sit: diversa autem causa censeatur verbi *substitutionis*, quod commune appellet Modestinus Iurisconsultus *in l. jam hoc jure. 4. §.2 ff de vulgar. & pupill. substit.* Sed vitiosam hanc esse dissolutionem, utpote quæ falso præsupposito sit extructa, benè asserit Schifordegherus *lib.2 ad Anton.*

22 *Fabr. tract 6. quæst.5. pag.94.* Nondum quippe demonstratum est; verbũ *substituo*, commune esse, eo que directam & fideicommissariam substitutionem exprimi. Modestinus enim allegato in loco non tractat de fideicommissaria, sed tantùm de vulgari & pupillari & pupillari substitutione, quæ utraque directa est. Et *commune* verbum dixit Modestinus totam illam formulam *eosq; invicem substituo*, in qua dictio, *invicem*, solá illa est, quæ facit, ut substitutio sit communis, & reciproca inter illos omnes, quibus facta fuit, ac si alter alteri nominatim, vicissimque per duplicem formulam fuisset substitutus, Quæ interpretatio apertè *ex præcedenti §.* confirmatur. Nam ibi ait Iureconsultus: si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat: in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri, Divum Pium constituisse. Ex quo intelligere promptum est: hanc formulam, *invicem substituo*, ideo communem dici, quòd sit reciproca: cùm alioquin heredibus invicem substitutis, reciproca substitutio non induceretur, si hæc formula, *eos invicem substituo*, tam ad directam, quàm fideicommissariam substitutionem trahi deberet. ut rectissimè, *post Antonium Fabrum de erroribus pragmat. decad.34. error.2. & conjectur. jur. lib.15. cap.10.* explicuit Schifordegherus *d.*

lib.2. tract.6 quæst.3 pag.91. II. Quia fideicommissa in jure à substitutionibus, tanquam diversa, distinguuntur. Vnde tituli *de substitutionibus*, non distinguuntur tantùm, sed longo etiam intervallo à materia fideicommissorum separantur. Quin & planè diversa esse fideicommissum & substitutionem, arguit *Rubrica Cod de impuberib. et aliis substitutionib.* In eo quippe titulo non agitur solùm de pupillari, sed & de aliis substitutionibus: nihil tamen de fideicommissaria substitutione, quam vulgus Doctorum somniat. 23

III. Confert huc, quòd substitutio ita propriè dicta, codicillis utiliter fieri nequeat. *l. Scævola. 76 ff. ad SC. Trebellian.* cùm tamen codicillis fideicommissum rectè & utiliter relinquatur. *§. codicillis 2 vers. directè autem. infrà de codicillis.* IV. Ratio sumitur *ex l. Titia Sejo.87. §. Seja libertus 2 ff. de legat.2.* ubi Paulus duos substitutionis gradus factos esse ait, & quidem in fideicommisso; nec tamen ponit, factum fuisse fideicommissum per verbum *substituo*, sed per verbum *fideicommitto*, adjecto etiam illo *restituat*: & consequenter nullam fideicommissariam substitutionem inducit, V. Huc facit *l. tutores 39. §. heres 3. ff. de administrat. et pericul. tutor.* ubi Papinianus ait; heredem, qui impuberi restituere debuit hereditatem, non habere substitutum. Sic Vlpianus *in l. recusare. 6. §. Titius 5. ff. ad SC. Trebellian.* inter substitutionem & fideicommissum distinguit. VI. Quia substitutio semper fit in locum heredis deficientis. *l. quamdiu. 3. junctá l. quamdiu institutus 69. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Atqui fideicommissarius non admittitur, nisi herede existente. *§. in primis. 2. infrà de fideicommissar. heredit.* VII. Accedit auctoritas Imperat. Iustiniani, qui sæpiùs connectit substitutionem & restitutionem, additá particulá *vel*, explicandi causâ, *ut in l. generaliter. 6 in princip. ibi, substitutione eorum, vel restitutione. item ibi, certo substitutionis vel restitutionis fine concludi. C. de institutionib. et substitutionib. et in l. ult. §.2. ibi, quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita. et §.3. ibi, substitutione vel restitutione. C. communia de legat.* Quod certè nullam aliã ob causam facere putandus est, quàm ut ostendat, directam & fideicommissariam substitutionem non esse species: quæ si essent, cur Imperator non contentus fuit, solum substitutionis nomen in fideicommisso apposuisse? Quod etiam ipsa tituli Codic. inscriptio docet, quæ est *de institutionibus, et substitutionibus, et restitutionibus, sub conditione factis.* Neque verò movet, quod contra objicitur, videri Imperatorem propterea in ista Rubrica mentionem fecisse restitutionis, ne errandi causam illis præberet, 24 25

qui

qui existimarent, in hoc titulo duntaxat de substitutione directâ tractari. *Nam* Imperator non tantùm in ipsius tituli inscriptione; sed & in ipso legum contextu substitutionem & restitutionem distinxit, *ut paulò antè indicatum.* Ideoque propter hanc caussam Imper. substitutionem per restitutionem explicasse credendus est, ne existimaretur, pronunciatione substitutionis fideicommissum comprehendi, *ut exquisitiùs idem declarat Schiferdegher. dict. lib. 2. tract. 6. quæst. 5. pag 95.* Eidem ante illum docuerunt *Anton. Faber. d. lib. 15. conjectur. cap. 12. & part. 2. de erroribus pragmat. decad. 31. error. 6. Baldus, Castrens. Salicet. Cornens & Philipp. Dec. in d. rubr. C. de impub. & aliis substit. Æmil. Ferret. in d. rubr. ff. de vulgar. & pupill. substitut. num. 4. Connanus libr. 10. Commentar. juris civilis. cap. 8. num. 11. Hieronym. Cagnol. in l. precibus 8. num. 50. C. de impuber. & al. substitut. Vultejus hic num. 2. D. Bocer. class. 3. disput. 5. thes 4 edit. 2 & in hoc tit. num. 10. & seqq. pag. 392. Bellen. libr 3 supputat. c. 19. Arum. Exercit. Iustin. 8. th. 9. Vaud. lir. 2. q. 11. Gerhard. prad. disp. 4. th. 10. Hillig. in Donell enucl. lib. 6. c. 23. ad lit. I. in fine, aliiq; ab his designati.*

26 Quorum sententiam non evertit *d. l. generaliter. 6. § cùm autem. 1. C. de institutionib. & substitutionib.* ubi verbum *substitutionis* sæpè repetitum invenitur; cùm tamen Imperator de fideicommisso disponat, ut proinde ipse omninò censendus sit, substitutionem pro fideicommisso dixisse. *Nam respondetur:* quando in jure nostro nomen *substitutionis* usurpatum legimus, cùm de fideicommisso agitur, ponere debemus, relictum fideicommissum fuisse verbis precariis, & fideicommisso convenientibus, *ut constat ex l. cùm acutissimi. 30 C de fideicommissis. & l. cum avus. 102. ff. de condit. & demonstrationib.* quæ leges *cum d. l. generaliter* conjungendæ sunt. Ideoq; indubitatum est, *in casu d. l. generaliter.* v. ubi *substituo* fideicommissum non induxisse; licet substitutio pro fideicommisso dicta sit, ex equivocatione nominis, q longe diversum est. Aliud siquidem est: subrogationem illam fideicommissarii in locum heredis, quæ fit per fideicommissum esse substit aliud vero dicere, quæ advarsarii volunt, fideicomisu quoq; nō minùs, quàm substitutionem, per verbum *substituo* fieri; q certè falsum est, *ut acutè observavit Ant. Fab. d. decad. 34. error. 2.*

27 Eandem sententiam non infringit, quòd in jure directæ substitutionis fit mentio, eaque à fideicommissariâ, tanquam diversâ specie, separari videtur. *l. centurio. 15. ff. de vulgar. & pupill. substitut. l. post aditam. 5. Cod. de impuberib. & aliis substitutionib.* Etenim illud certum est, quòd alia substitutio sit directa, quæ videlicet directis sive civilibus fit verbis: illud verò falsum, quòd alia sit fideicommissaria: cùm in liberis juris nostri nulla mentio fiat fideicommissariæ substitutionis, sed potiùs precariæ, *ut in l. cùm proponas. 16. Cod. de pact* quomodo & precaria voluntas legitur *in l. cum proponebatur. 64. ff. de legat. 2.* & precaria institutio, *in l. quærebatur. 19. ff. de testament. milit.* Vnde facilè intelligitur, substitutionem non dividi in directam & fideicommissariam; sed potiùs directæ opponi precariam. Et quomodo quæsò ritè substitutio hoc modo divideretur: cùm directum & precarium invicem in usu juris inter se pugnent: & fideicommissa precativo modo relinquantur: verbis autem directis institutiones & substitutiones fiant? *Nec valdè urget*, quòd precaria substitutio nihil aliud sit, quàm fideicommissaria. *Quandoquidem* jam exploratum est; in libris nostris legi substitutionem precariam: non itidem legi fideicommissariam. Nec unquam Iurisconsulti simpliciter dicunt substitutionem, ut fideicommissum exprimant: sed semper per fideicommissi mentionem faciunt: cùm è contrario heredum substitutionem sæpiùs exprimant. Substitutio igitur directa non malè dicetur appellata, ad differentiam precariæ substitutionis; cui cùm contraria sit directa; manifestum est, illam precariæ substitutioni, præter nomen, nihil communicare. Quâ tamen ex causa, nova substitutionis species fabricanda non est: cùm eodem modo & legataria & arboraria & gregaria (si fas esset ita loqui) ejusque generis aliæ substitutionum species induci possent. *Schiferdegh. d. lib. 2. tract. 6. q. 4.*

Nihil præterea nostræ decerpit sententiæ *l. heredes mei. 57. § 1 & 2. ff. ad SC. Trebell.* ubi Papinianus fideicommissum, de hereditate restituendâ, disertè substitutionem vocat. *Papinianus* namq; in ista lege non illud tradit, ut *substituendi* verbo fideicommissum factû intelligatur: sed utroque in paragrapho utitur verbo *restituendi*: ac postea, primam substitut. nominat; ut & factam fideicommissi substitutionem dicit, nullâ certè aliâ de causa, quàm ut cognoscatur, appellare eum substitutionem fideicommissi, nomine duntaxat, non re. Ex quo communi nomine, tantum abest, ut substitutionis species quædam introducatur, ut etiam Papinianus non simpliciter substitutionem proferat: sed dicat *primam substitutionem, fideicommissi substitutionem*, hoc nimirum modo genus diversum indicans: cùm alioqui satis fuisset, substitutionem simpliciter nominari, quomodo illa in institutionibus appellatur. *Verùm consulatur Schiferdegherus loco præallegato, ubi & ad alias dissentientium objectiones accuratè abundèq; respondet.* Ex quibus omnibus ita expositis quovis electro apparet dilucidiùs, nullam propriè sic dictam substitutionem fideicommissariam esse. 28

29 Rectiùs igitur (non attentis aliis, iisque variis substitutionis speciebus, quas *post Dd. à se allegatos*, refert Intrigliolus *in tractat. de substitutionibus centur. 1. quæst. 7.* & aliqua ex parte defendere allaborat Antonius Merenda *libr. 4. controversiar. jur. cap. 6. num. 31. & seqq. pag. 245. & seq.* nec non Iustus Schütz *exercitation. jur. disput. 9. thes. 12. pagin. 136.* substitutio in vulgarem & pupillarem dividitur. Hæc siquidem bimembris distributio veteres Iurisconsultos auctores habet; imò ipsimet etiam Iustiniano Imperatori probata fuit, *uti satis argunt rubrica hujus tit. nostri, & tit. proxime sequentis, & tit. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* quæ præter has duas, nullas alias substitutionis species præ se ferunt. Eandem partitionem amplectantur Cajus *lt. 2. Institut. tom. 4. Anton. Matthaus, Vultejus num. 3. & Bor-*

Borcholt.nu.5.in hoc princip. Wegner.disput.7.thes.7.lit.C.Matthias Stephani cent.2.quæst.71.lit.A.Trentl.vol.2.disp 11.thes.5.lit.D.Cujac.in l.1.ff.de vulgar.& pupill.substit.in rubr. C.de impuber. & al.substit.& lib.6 respons.Papin.ad l.verbis civilibus.7.ff.de vulg.& pupill.substit. Hujusque divisionis fundamentum ex ipsa substitutionum naturâ sumitur. Sunt enim duæ solùm veræ & naturales substitutionum causæ (quemadmodũ eas vocat Iavolenus *in l.cùm ex filio.39.§ 1.ff.de vulgar. & pupill.substit.* quæ alibi casus, itemq; eventus appellantur *l.jam hoc jure 4.ff eod.& l.precib.8.C.de impub.& aliis substit.*) duæ, inquã, solùm causæ sunt, quarũ intuitu substitutio fieri possit, & quæ substitutioni locum faciant, videlicet hereditas non acquisita, sed filii impuberis mors: quarum illa vulgarem, hæc pupillarem producit: illa prior, hæc posterior substitutionis casus dicitur. *d.l.precib 8.C.d.tit. Vult.hic nu.4.* Et de vulgari quidem *hoc tit.* de pupillati verò *sequenti tit.* Imperator agit.

31 Origo porrò substitutionis juri gentium rectè adscribitur; tametsi nomina & formæ substituendi à jure civili adinventæ sint. Illudque maximè constat ex Diogene Laertio, qui in vitâ Aristotelis refert ejus testamentum, in quo puella, si prius moreretur, quàm nuptui esset collocata, vel postea sine liberis, Nicanorem quendam substituit. Sed & cùm omnes gentes heredes instituere poterint, *ut decuimus suprà ad princip tit.de testam.ordinand.nu.63.& seq.* cur non

32 igitur & substituere? cum substitutio nihil aliud sit, quàm secundo vel ulteriori gradu heredis institutio, *ut ex definitione supr.nu.6.allatâ clarescit.*

33 Nec huic obstat *l.2.in princ.ff.de vulgar.& pupill.substit.item princip tit proxime seq.in fine.* ubi moribus, sicq. jure civili introductum esse dicitur, ut quis liberis impuberibus testamentum facere, iisve substituere possit: *argum. l patre furiosi 8. ibi, cùm jus potestatis moribus sit receptum.ff.de his, qui sui vel al.jur.sunt.* Nam primò respondetur: non firmam esse consequentiam hanc: moribus substitutio introducta est: ergò juris civilis est: quia mores in jure nostro non tantùm pro lege civili, *ut in d.l.8.* sed sæpenumero etiam pro jure gentium accipiuntur, *l.libertinus 8.l sororis 19 § 1 junctâ l.ult.ff.de rit.nupt. l.postliminium.19.in princ. ff. de captiv.& postlim. revers.* Deinde haud absurde respondeti poterit: ratione formæ moribus substitutionem introductam dici. Quasi diceret Vlpianus: moribus Romanorum in persona liberorũ formam aliam, aliis gentibus inusitatam, receptam esse: quod ex toto istius legis contextu evincere non difficile est, *ut tradunt sentiuntq. Arum. Exercitat. Iustin.8 thes.8. Sfort.Oddus in tract.de substit.part.1.quæst.3.Gilken.in prælud.tit.C.de impube.& aliis substit.nu.2.& Intrigliol.in tract.de substit cent.1.quæst.4.* Licèt aliis aliter videatur *Donello ad d.tit.C.de impuber.& aliis substit.nu 22.Ant.Ferret. ad.d.l.2 ff.de vulgar.& pupill substitut. Forster.lib.2.disput.13.thes 1.Matthia Stephani centur.2.quæst.71.sub lit. A. Hunnio disput.9. thes 1 & libr. 2. variar. resolut. juris civil. tractat.6. quæst. 1. pag.601. Schickhardo disput.8.thes.3 lit.A. & resolut quæst.1. Ioanni Dauthe ad tit.ff.de vulgar.& pupillar.substit.5.nu.4.& cæteris ab eo relatis.*

34 His ad majorem subtilissimæ difficilimæque hujus materiæ evidentiam præmissis, nunc ad principii hujus explicationem progrediemur: in quo, *ut & §.1.* forma vulgariter substituendi, sive formula vulgaris substitutionis continetur. Vulgaris autem substitutio non infulsè definitur substitutio, à quolibet testatore cuilibet facta, in eum casum; ut, si primò institutus heres non sit, secundo seu ulteriori loco vocatus ad hereditatem admittatur. Vulgaris inde nuncupata, quasi communis, & vulgò passimque usitata, quòd vè cuivis heredi, & à quovis testatore, testamenti factionem activam habente, fieri possit, *argum. l.si servus 42.ibi, vulgaris formula ff de furt. l.Babius Marcellus.30.vers.ex diverso ff. de pact. dotalib. l. quidam cùm 46. circa finem.ff.de heredib.instit. l.edicto.13. §.extat.5. in fine.ff.de jur.fisc.* Et ab isthac definitione non planè abhorret *Corasius ad l.post aditam.5. nu.2.C.de impuber.& al.substit.Cujac.ad tit. C.de institut.& substitut.in princ.Trentacinq. in tractat.de substit.part.1.cap.1.nu.1. Duaren.ad tit.ff.de vulgar & pupill.substit.cap.4. Donell.ad.d.tit. C.de impub. & aliis substit.nu.32 & Vultej.hic nu.5.*

35 Nec adversatur definitioni nostræ, quòd substitutionem nonnulli rectiùs institutionem definiri affirmant, ne scilicet idem per idem definiretur. *Iason. in l.1.nu.13.ff. de vulgar. & pupill.substit. Sfort. Ord. in tract. compendiosa. part 2 quæst.1. Anton. Fumaus in tract.substitut.vers.vulgaris substitutio.nu.8.Leonius de vulgar.substit.nu.16.* Etenim tum idem per idem definiretur, si de genere substitutionis definiendo quæreretur. Nunc autem in aperto est, substitutionem, esse genus, & continere sub se vulgarem & pupillarem substitutionẽ, ut species. Iam v. genus de suis speciebus prædicatur in quid, *quod vel puero ex Logicis notũ est.*

36 Alias aliorũ substitutionis hujus definitiones memorãt *Intriglio l d.cent 1. quæst.9. & Dauth.ad.l.1. nu 3.ff.de vulg.& pupill.substit.* sed eas ferè omnes vel ex genere, vel ex formâ laborare, constat.

37 Cæterùm hoc loco Iustinian. *ex Marciano* ait: posse quem in testamento suo plures gradus heredum, id est, substitutiones facere. *l.potest quis 36 ff.d.tit.* Quasi diceret Imper. quemadmodum testator non unum tantùm, sed plures primos heredes instituere potest: ita & plures gradus heredum facere potest. videlicet hoc modo: *Sempronius mihi heres esto. Si heres Sempronius non erit, Cajus heres esto. Si Cajus heres non erit, Titius heres esto.* Hîc tres sunt heredum gradus: Sempronius primo gradu est institutus, & solus est heres: Cajus & Titius, cohæredes Sempronii non sunt: sed Cajus secundo gradu institutus est, & substitutus dicitur. Si Sempronius non erit semper heres: tunc Cajus heres est: & cùm Cajus simul non est heres, Titius erit: sed Titius tertio gradu est institutus, ac substitutus est Cajo. Si igitur Cajus heres non erit: tunc demũ Titius ad hereditatem est admittendus Et sic deinceps testator, quotquot tandem voluerit, heredũ gradus per substitutionem potest facere, & noviss. loco.

loco in subsidiũ vel servũ necessariũ heredem (de quo explicatum est suprà *ad §. 1. tit. quibus ex caus. manumit non lic. & dicetur inf. § 1. de hered. qual. & differ.*) instituere, hoc modo: *Sempronius heres esto. Si Sempronius heres non erit, Cajus heres esto. Si Cajus heres non erit, Titius heres esto. Si Titius heres non erit, Stichus servus meus heres esto.* Hic quatuor heredum sunt gradus: & servus quarto gradu est institutus: & tunc demum heres est, cùm prioribus gradibus here-
38 des instituti, heredes esse nolunt. Semper enim substitutio vulgaris fit in primum casum, in eventum scilicet non acquisitæ hereditatis, *d. l. potest quis 36. ff. de vulg. & pupill subst. & hoc principio, ibiq; Borcholt. num. 11.* Porrò diligenter observandum, quòd hic dicit Imperat. *in testamento suo* posse quem plures gradus heredum facere. Eo namque significat, in codicillis factam substitutionem non valere: ne confunda-
39 tur jus testamentorum & codicillorum. *§. penult. infr. de codicill.* Parentibus tamen, inter liberos testantibus. *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de test.* militibusque, & aliis nonnullis hoc jus remissum est: cùm sola eorum voluntas spectetur. *l. 1. ff. de testam milit. & notat Viglius hic n. 2.*

40 Hinc gravis oritur disceptatio: an substitutio directis verbis in codicillis facta, cùm directo jure valere nequeat, saltem in vim fideicommissi in dubio conservetur? Et conservari sustineri que posse, communiter Doctores statuunt: *Accurs. hic super verb. in testamento, Heigius num. 4. Viglius numer. 5. Mynsinger. num. 8. Schneidevvinus n. 15. & alii. Quibus subscribit quoq; Dn. Obrechtus disp. 21. thes. 163. & seqq.* Verùm contrariam sententiam, non quidem decidendi, sed disputandi solummodò gratiâ, forsan non ineptè quis de-
41 fendere poterit. Nam pro ea militat regula generalis quod verba directa naturam suam retineant, nec obliquentur, nisi in casibus à jure expressis, *l. verbis civilibus 7. ff. de vulg. & pupill subst.* ubi substitutio directis verbis impuberi facta, ultra tempus pubertatis ad fideicommissum non reducitur.

42 Nec obstat textus *in l. Scævola. 76. ff. ad senatusc. Trebell.* ex quo plerique colligunt, substitutionem verbis directis in codicillis impuberi factam, pro fideicommisso accipiendam. *Quod* enim illic jure singulari constitutum est, in consequentiam trahi non debet *l. quod verò. 14. & duab. ll. seqq. de legib.* Siquidem quòd ibi directa substitutio, in codicillis facta, in vim fideicommissi sustinetur: præcipuo quodam & singulari pupilli favore introductum est, cujus interest, valere potiùs quovis modo, quo valere potest, directam substitutionem à patre factam, quàm perire. Lex namque hanc de parte, filio impuberi substituente, fiduciam habet, ut præsumat, istam substitutionem eum magno pupilli emolumento conjunctam. Itaque favor hic pupilli non debet impediri propter imperitiam patris, qui malè, & contra juris ordinem, in codicillis directo impuberi filio substituit. Hæc autem favoris ratio cùm cesset in vulgari substitutione, utpote quæ pupillorum favorem minime concernit: quoad eam sequi debemus jus commune, quod verba, directam substitutionem importantia, ad fideicommissum reduci non patitur. *d. l. verbis. 7. de vulg. & pupill substit.*

Minùs adversatur *l. illud. 13. §. 1 ff. de jure codicillor.* 43 ubi institutio directis verbis in codicillis facta, in vim fideicommissi conservatur. *Quoniam* in specie hujus legis institutio directis verbis facta ad fideicommissum ideò reducitur, quòd liquidò constabat, testatorem ab heredibus legitimis fideicommissum scripto heredi relinquere voluisse. Idque patet ex illis textûs verbis: *Sed multum interest, utrùm fideicommissariam hereditatem à legitimo per hanc scripturam relinquerit, &c.* Aliter autem se res habet, quando post institutionem vel substitutionem, directis verbis factam in codicillis, colligi aut cognosci non potest, testatorem voluisse heredibus legitimis mandare, ut scripto heredi vel substituto hereditatem restituerent. De quo casu nos loquimur: &, substitutionem istam directis verbis factam, in dubio ad fideicommissum non reduci, putamus.

Multò minùs officit *l. ult. §. illud quoque. 1. C. de codicill.* ubi Theodosius Imp. ait; non licere ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis voluntatem transducere, si testator testamentum facere decrevit. Ergo à contrario sensu, licita erit traductio, si codicillos facere testator voluit. *Dupliciter etenim respondetur.* Nam primò *in d. l. ult.* Hoc tantùm dicitur, testamentum imperfectum non posse ad fideicommissum trahi, si testator maluit testari, quàm codicillari, *uti loquuntur.* Hinc à contrario sensu hoc quidem colligitur, testamentum imperfectum ad fideicommissum posse reduci, ubi testator in vim codicillorum voluit illud valere. Sed male colligitur inde, directam substitutionem, in codicillis factam, ad fideicommissum flecti reducive posse. Siquidem de institutione, quæ propter verba directa inutilis fuit, ibi nihil fuit quæsitum; sed tantùm de imperfecto testamento, quod consentiente testatore, ad fideicommissum reduci potest. *Deinde breviter respondendum;* argumentum à contrario sensu non procedere, ubi lex clara, vel juris ratio ei resistit, *ut traditum est ab Everhardo à Midelburgo, in locis suis legal. loco, à contrario sensu. num. 4 & seq. Huc referri potuerũt, quæ annotavimus infrà ad princip. tit. proximi, n. 33. & seqq.* 44 45

§. Et plures 1.

Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in pluriũ, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

SUMMARIA.

1 *Potest testator in unius heredis locum plures substituere: & contrà*
2 *Substitutio reciproca quæ, & unde dicatur.*
3 *Malè illa à Dd. brevis quæ indigitatur.*
4 *Reciproca substitutio novam speciem non constituit*
5 *Effectus vulgaris substitutionis*
6 *Quando institutus non fit heres*

7 *Ecquid vulgaris ſubſtitutio in unum caſum facta, ad alium caſum porrigatur*
8 *Intellectus l. Gallus 29. §. 5. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.*
9 *Intellectus l. 4. in princ. ff. de vulgar. & pupill ſubſtit.*
10 *Intellectus l. ultim. C. de inſtitut. & ſubſtitut.*
11 *Nolle & non poſſe, an ſint paria*
12 *Intellectus l. ult. C. de poſthum. heredib. inſt.*
13 *Intellectus l. Titius 25 §. 1. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.*
14 *Intellectus l. ſi mater 3. Cod. de inſtitut. & ſubſtitut.*
15 *An ſpectetur, quòd eadem ſit ratio in caſu omiſſo, quam in expreſſo*
16 *Si teſtator filiumfamilias heredem inſtituat, eique ſub hac conditione (ſi heres non erit) alium ſubſtituat: filiusfamilias autem ille hereditatem repudiet: num pater ipſius, an ſubſtitutus ad hereditatem ſit admittendus*
17 *Vulgaris ſubſtitutio quando locum habeat*
18 *Proviſio teſtatoris expreſſa facit ceſſare proviſionem legis*
19 *Servus & filiusfamilias æquiparantur*
20 *Sicut nemo repudiando heres unquam exſtitit: ita nec alium heredem facit.*
21 *Quæ facti ſunt, ad patrem vel dominum tranſire non poſſunt.*
22 *Quando pater, filio repudiante, adire hereditatem valeat*
23 *Voluntas ac diſpoſitio teſtatoris obſervanda, & contrariæ legis diſpoſitioni præferenda*
24 *Verba (ſi heres non erit) quem habeant ſenſum*
25 *Pater & filius una eademq; perſona*
26 *Voluntas teſtatoris quocunq; jure potior*
27 *Si monachus heres ſit inſtitutus, eiq; ſubſtitutus a teſtatore datus, an ſubſtitutus monaſterio ſit præferendus, vel contra.*
28 *Ex teſtamento quis ſuccedat*
29 *Quando ſubſtitutioni fiat locus*
30 *Monaſterium quatenus per monachum acquirat.*
31 *Jus adeundi ſemper perſonæ inſtitutæ adhæret*
32 *Monachus nihil proprii habet, ut & ſervus*
33 *Penes ſervum quæ ſit ſpecies voluntatis*
34 *Nunquid fiſcus vulgarem ſubſtitutum excludat*
35 *Culpa & incapacitas inſtituti ſubſtituto nocere non debet*
36 *Niſi inſtitutus hereditatem jam adierit.*
37 *Mens & ſententia l. ſi ſequens. 25 ff. de ſenatuſconſ. Silan.*
38 *Fraus non præſumitur*
39 *Conſideratio l. in ſervitutem 16. § 10. ff. de bon. libert.*
40 *Virium ſubſtitutio vulgaris jus ſiutatis vel ſanguinis tollere poſſit.*
41 *Et verba & mens teſtatoris ſpectanda*
42 *Suus, habens vulgarem ſubſtitutum, etiam tacendo heres fit, & ſubſtitutum excludit*
43 *Subſtitutio in ſubſidium inſtitutioni indulta*
44 *Aditio hereditatis non neceſſaria in ſuis*
45 *Heres heredis cenſetur heres teſtatoris*
46 *Inſtitutus ſub conditione (ſi heres eſſe voluerit) non neceſſarius, ſed voluntarius heres intelligitur*
47 *Cur filiusfamilias ſit heres patris ipſo jure, & invitus.*

1 IN recenſendis vulgaris ſubſtitutionis formulis pergit hoc loco Imperator, & oſtendit: quòd teſtator in unius heredis locum plures ſubſtituere poſſit; veluti, *Sempronius mihi heres eſto. Si Sempronius heres non erit: Lucius, Titius, Mævius & Publius heredes ſunto.* Et è contrario poteſt teſtator in plurium heredum locum ſubſtituere unum, hoc modo: *Lucius, Titius, Mævius & Publius heredes ſunto. At ſi heredes hi non erunt: Sempronius heres eſto.* Poteſt quoque teſtator ſingulos in ſingulorū locum ſubſtituere, ita *Titius mihi heres eſto. Si Titius heres non erit: Marcus heres eſto, &c.* Et denique invicem ipſi, qui heredes ſunt inſtituti, ſubſtitui poſſunt hac forma: *Titius, Sempronius, & Flaccus heredes mihi ſunto: eosq; invicem ſubſtituo. l. qui plures. 23. & l poteſt. 36. §. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Vel, *Publius, Marcus & Cajus invicem ſubſtituti, heredes mihi ſunto. l. cùm in teſtamento. 37. §. 1. ff. de heredib. inſtit.* Vel *Titius & Seius, uterve eorum vivet, heres mihi eſto.* Hocque modo
subſtitutione facta, ſi uterque vivat, ambo ſimul heredes exſtent: mortuo autem altero, is, qui ſupervixerit, ex aſſe heres erit. *l. Titius & Sejus. 24 ff. eod. tit.* Hæc ſubſtitutio reciproca dicitur, *in l. jam hoc jure. 4. §. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* inde quidem, quòd ſemper eo, unde venit, iterum ſe recipiat, *ut ex Varrone libr. 6. de Ling. Lat. notat D. Obrecht. diſput.* 2
21. th. 155 Viglius hic num 3 & Mynſinger. num. 5. Eam 3
vulgo Doctores breviloquam appellitant: ſed barbarè ac inepte. Tum quia ſi breviloqva dicenda; hoc abſurdi ſequeretur, quod alia huic contraria eſſet, nempe multiloqua. Tum quia brevitas verborum non facit ſubſtitutionem reciprocam; ſed viciſſitudo. Tū quia non ſolum brevi orationis compendio ſeu formulâ, ſed etiam cum quodam verborum apparatu, & prolixis formulis concipi poteſt, hoc modo: *Titius heres eſto: Sempronius heres eſto. Si Titius heres non erit, Sempronius heres eſto: ſi Sempronius heres non erit, Titius heres eſto.* Duaren. *in Comment. ad tit ff. de vulg. & pup. ſubſtit. cap 8. Donell. libr. 6. Commentar. de jure civil. c. 23. Viglius hic num. 4. Mynſinger. num. 6 Bachovius pag. 476. Dn. Celliga Becer. claſſ. 3. diſp. 5 theſ. 16. Dn. Obrecht. dict. diſput. 21 th. 154. & ſeqq.* Neque verò reciproca hæc ſubſtitutio novam ac diſ-
tinctam aliam ſpeciem a vulgari & pupillari conſtituit. Non enim verba rem & eſſentiam rei transmutant: 4
nec int reſt, quibuscunque verbis quid dicatur, dummodo idem verbis exprimatur. *l. quoniam indignum. 15. Cod. de teſtam. l. 2. Cod. communia de legat.* Vide Antonium Merendam *lib 4 controverſ. jur. cap. 6. nu. 26. & 30 pag. 244.* Itemque Paulum Æmilium Gallum *in tract. de except. in ſucceſſ. tam ab inteſt. quam ex teſtam. pars. 2. tit. 4. except 21. per tot. fol. 411. & ſeqq.*

Porrò effectus vulgaris ſubſtitutionis, quocunque 5
tandem verborum ordine fiat, is maximè perhibetur: quòd, ſi heres inſtitutus heres non erit, ſubſtitutus ad hereditatem ſibi delatam admittatur, *arg. §. ult. infr. hoc tit. l. quamdiu. 3. & leg. quamdiu inſtitutus. 69 ff. de acquir. vel omitt. heredit:* Duobus autem contin-
git modis, ut, qui inſtitutus eſt, heres non ſit: aut quia 6
non potuit eſſe heres; aut quia noluit eſſe heres. *§. cum autem quæritur. 7. verſ. hac ratione. infr. de hereditatib. quæ ab inteſtat. defer. l. cùm proponas. 3. Codic. de heredib inſtitut.* Non poteſt eſſe heres, qui vel vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam adiret hereditatem, deceſſit; vel conditione, ſub qua heres eſt inſtitutus, defectus eſt, *§. poſteriore. 2. verſ. ideo que ſi quis. infr. quibus mod. teſtament. infirment.* Non vult eſſe heres, qui repudiat hereditatem, ut extraneus *§ ultim. verſ ſicut autem nuda. infr. de hered. quali. & differ. l. heres 3. C de impuber. & alis ſubſtitut.* vel qui abſtinet hereditate, ut ſuus. *§. ſui autem. 2. verſ. ſed his prætor. infr de hered. qual. & differ l neceſſarius. 57. ff. de acq. vel omitt. hered. l. ait prætor. 7. § ſed quod 10 ff. de minorib.*

Quæſtio hinc exoritur minimè vulgaris an vulga- 7
tis;

garis substitutio in unum casum facta, utputà si heres esse noluerit, ad alium casum, si heres esse nō potuerit, vel contrà, porrigatur. Et porrigi autumant *Bart nu. 14. Alexander, Iason, Socinus & Ripa in l. 1. ff. de vulg. & pupill subst. Arumaus. Exercitat. Iustin. 8. th. 15. D. Bocer. d. class. 3. disp. 5. thes. 32. Alexander Trentacinq. de subst. part 1 c. 1. n 25. Schickhard. disp 8. th. 3. nu. 1. & resolut. q. 2. Menochius de prasumpt lib. 4 prasumpt. 65. & alii ab his relati.* Verùm contrariam sententiam probabiliter defendunt *Duarenus ad d. l. ff. de vulg. & pupill. substitut. c. 9. Fachineus lib. 4. controv. jur. c. 61. Paulus Berons disp. 7. ad Inst. them. 1. q. 1. Mantica de conjectur. ult. vol lib. 5. tit 1. nu. 3. ubi plures citat.* Primò enim illam confirmat textus satis manifestus *in l. commodissimè. 10 ff de liber. & posth. heredib. inst.* ex quâ patescit, vulgarem substitutionem ab uno casu in ea expresso, ad alterum interpretatione extendendā non esse. Deinde pro hac assertione adducitur l. *Pater Severianam. 101. in prin. ff. de conditionib. & demonst.* ubi prædium filiæ relictum, *si Ælio Philippo nupsisset*, non deberur, si non nupsisset eam ob causam, quòd *nondum viripotens puella diem suum obiisset*, & sic nubere non potuisset. Præterea accedit textus evidens *in l si ita quis. 21. ff de vul & pup. subst.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Si ita quis substituerit: Si filius meus, intra 10. annum decesserit, Sejus heres esto: deinde hi: ante quartum decimum, post decimum decesserit: magis est, ut non possit bonorum possessionem substitutus petere. Non enim videtur in hunc casum substitutus* Cujus legis argumento & in proposita quæstione rectè concluditur: substitutum petere bonorum possessionem sive hereditatem non posse: quia hunc in casum substitutus non videtur.

8 Huic sententiæ primò non obstat *lex, Gallus. 28. §. & quid si tantùm. 5 ff. de liber. & posthum. heredibus instit.* ubi dicitur, ex mente legis Velleæ omnes casus, ad similitudinem mortis, esse admittendos *Nam respondetur:* in specie istius legis eundem effectum obtineri tam per mortem, quàm per deportationem filii: quia videlicet nepos in locum ejus succedens testamentum rumpit. Quare ex legis sententia idem juris in utroque casu meritò est constitutum. *Fachin d. lib. 4. c 61. versf. nec difficile est, &c.*

9 Secundò non obstat *l jam hoc jure. 4. in princ. ff. de vulg & pupill substit.* ubi sub hac conditione, *si heres non erit*, etiam hæc conditio comprehenditur; *si heres erit, & intra pubertatem decesserit.* Id enim singulari jure & ratione, propter voluntatem testatoris, nominatim inductum receptumque est: cùm jus præsumat, testatorem, qui filio impuberi in hunc casum substituit, *si impubis heres non erit*, etiam in alterum substituisse, *si heres erit, & impubes decesserit.* Non est autem jus illud, quod singulari ratione nititur, extendendum ad alios casus, in quibus dispositum est, substitutionem vulgarem strictè accipiendam esse, *argum. l. quod verò 14. cum seqq. ff. de legib.*

10 Tertiò non obstat *l. ult. Cod de institutionib. & subst.* ubi substitutio facta, *si posthumus natus non fuerit*, protrahitur ad eum casum, quo natus fuerit, & impubes decesserit, matre in medio non existente. *Ibi namq;* substitutio facta, *si posthumus non nascatur*, ideò ad eum extenditur casum, *quo nascatur & in pupillari ætate decedat:* quia in vulgari substitutione expressa inest tacita pupillaris. sive quia vulgaris expressa pupillarem tacitam continet. *d. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. subst.*

Quartò non obstat, quòd hæc duo paria esse videantur, *velle, & non posse, arg. l. 1. § usus 2. ibi, vel nolunt, vel non possunt. ff. de procuratorib.* Ergò cùm substitutus in hunc casum *si heres esse noluerit*, datus est: meritò & in alterum casum, *si heres esse non potuerit*, datus intelligitur. Non obstat, *inquam:* quia non idem est, *nolle & non posse:* ac propterea substitutus in uno casu non succedet, alio diverso casu eveniente, licèt aliquando æquiparentur casus omissus & expressus. Siquidē in substitutionibus sufficit, non venisse casum, quē testator designavit. *Berons. d. disp. 7. th 1. q. 1. in fin.* 11

Quintò non obstat *l. ult. Cod. de posthum. heredibus instituend.* ubi si is, qui testamentum fecit, his verbis usus fuerit: *Si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meā editi fuerint, heredes sunto*, sive vivo testatore, sive post mortem ejus intra decē menses, à morte testatoris numerandos, filius vel filia fuerint progeniti; manet testatoris voluntas immutilata. *Respondetur enim:* testatorem ibi unū tantùm casum expressisse, quòd se statim moriturum putabat; & nihilominus voluisse, filium vel filiam heredem esse in omnem casum: *idq; patet ex ipso contextu, ibi: testatorum voluntates adjuvantes, &c.* 12

Sextò non obstat *l. Titius. 25. §. Lucius. 1. ff. de liber. & posthum. hered. instit.* ubi institutio facta ejus, qui est in utero matris, valet; etiamsi partus conditi testamenti tempore editus fuerit. *Namque* ibi favore testamenti, & propter ignorantiam, præsumptamq; voluntatem testatoris, natus pro non nato habetur. Nemo quippe dubitat, testatorem aliter fuisse provisurum, si partum editum esse scivisset, *arg. l. mulier. 22. in princ. ver. Brasidas quidam ff ad SC. Trebell.* 13

Septimò non obstat *l si mater. 3. C. de inst. & subst.* ubi si filii à matre fuerint heredes instituti sub ea conditione, *si fuerint emancipati à patre*, locum habet isthæc institutio, etiam in alio longè diverso casu, nēpe si pater deportatus fuerit. *Etenim* illic idem planè effectus tam ex emancipatione, quàm ex deportatione sequitur: quia scilicet filius patris potestate liberatur: ad quod respexit testatrix, quæ nihil ad patrem pervenire voluit. *Fachin. d. c 61. ver. ad quintum respōdeo, &c.* 14

Ultimò non obstat, quòd eadem ratio videatur esse in casu omisso, quæ in expresso: cùm vulgaris substitutio, *si heres esse noluerit*, eam ob causam facta esse intelligatur, ut defunctus heredē habeat, si is, qui primò institutus est, heres esse noluerit. Testatoris siquidem defuncti interest, heredem habere. *§. 1. sup. quib. ex caus manum. non lic.* Hæc autem ratio eo etiam in casu obtinet locum, qui à testatore omissus est, nempe eū heres esse non potest. Illud, *inquam*, non obstat Nā paucis respondetur: non esse id spectandū, an eadem sit ratio: quando quidē omissum casū sub expresso nō contineri, constat *ex d. l commodissimè 10 ff de lib & posth. heredib. inst. d l. si ita quis. 21. ff. de vulg. & pup. subst. Fach. d. c. 61. in fin.* 15

Tar-

16 Tractati hic potest & hæc quæstio admodum controversa: si testator alicujus filiumfamilias heredem instituat, eique sub hac conditione, *si heres non erit*, alium substituat: filius autem familiâs ille hereditatem repudiet: utrùm pater ipsius, an verò substitutus ad hereditatem sit admittendus? Et quamvis patrem adeundo sustitutum excludere, Doctorum communior sit opinio, *quam tenent Bartolus, Secinus, Dauth. nu. 525. enm seqq. & alii ad l. 1 ff. de vulg. & pupill substitut. Duarenus in Commentariis ad eundem tit. c. 10. Bald. Philipp. Corn. Iason. Sichard. & Fulgosius, aliiq; in l. cùm proponas 3. Cod. de heredib. instituend. Zasius in tract. de substitut. t. de vulgari. in puncto 4. verf. at verò nos. &c Vasquius lib 1. de successien progress. § 5. num. 17. Andr. Gerhard. dec. ad. 9 quæst. 4. Forster. libr. 2. disp. 13. th 3. Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tr. 6. quæst. 5. pag. 608. cum seq. Ioann. Iacob. Plebst. disp. 3. de jure topice Wirtemberg. th. 135. edit. 1. Locamer. quæstionum jurid. fasciс. 28 quæst 9 & alii citati à Trentacinque in tract. de substitutionib. part. 1. cap. 6.* attamen in puncto juris, patri substitutum præferendum, rectiùs contendunt *Alexander ad d l 1. ff. de vulg. & pupill substit. Guido de Suzar. Gulielm. de Cun. Iacobus de Bello vis. & Alberic. in l fin. in princ. Cod. de bon. quæ liber. &c. Angel. num. 1. Cynus num. 9 & Gilkenius num. 15. in d. l. cùm proponas. 3. Cod. de heredib. instit. Donellus lib. 6. Comment. ar. de jure civ. cap. 24. p. 84. Viglius in § ult. num. 3. infr. hoc tit. Connan. lib. 10. Commentar. jur. civ. cap 7. num 4. Petr. Gregor. Tholos. in syntagm. jur. univers. lib 42. cap. 15. Dn. Bocer. class. 3. disput 5. th. 33. edit. 2. & in hoc tit. numer. 50. & seqq. pag. 400. & seq Ant. Faber de error. pragm. decad. 33. error. 7. in princ. Fachineus libr. 4. controvers. jur. cap. 63. Arumæus exercitat. Iustin. 8. th. 10. Matth. Stephani centur. 2. quæst. 73. Paul. Berens disputat. 7. ad Institut. them. 1. quæst. 2. & Hœnonius disp. 8. controvers. 14* adducti sequentibus rationum momentis.

17 Tum quia vulgaris substitutio locum habet, si heres institutus aut nolit, aut non possit esse heres. *l. 1. § 1 & tot. tit. ff. de vulg. & pupill substit. l. quamdiu substitutus. 69. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Sed in nostrâ quæstione filiusfamiliâs non vult esse heres: quoniam repudiat hereditatem. Ergo substituto datur locus

18 Tum quia provisio testatoris expressa facit cessare provisionem legis, *l. ex facto. 43. §. item, quæro. t. in fin. ff. de vulg. & pupill. substit. l. fin. Cod. de pact. conven.* Atqui substitutus venit ex testatoris voluntate expressâ: pater verò ex legis tantùm provisione: siquidem lex eum facit heredem: substitutus autem legali heredi præfertur. *Auth. hoc amplius. Codic. de fideicommissis.* Tum quia servus non adiens hereditatem, non acquirit domino, sed ad substitutum eam transmittit. *dict. l.*

19 *cùm proponas. 3. Cod. de heredib instit.* Ergò idem in filiofamiliâs obtinebit: cùm servus & filiusfamiliâs æquiparentur, *per princip. tit. infr. quod cum eo, qui in aliena potest. est, negoc. gest. esse dicit. l. qui in alienâ. 6. & l. si quis mihi. 25. §. jussum. 4. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Tum etiam quia aliàs filiusfamiliâs patrem heredem faceret repudiando, quemadmodum adeundo: quod absurdum est, Sicuti enim nemo repu-

20 diando heres unquam existit: ita nec alium heredem facere potest: quippe non vult heres esse. qui hereditatem ad alium transfert. *l. non vult 6 ubi Pet. Fab. ff. de R. I. l. 3. § 4. ff. si quis omissa caus. testam. &c.* Tum postremo quia ille institutum, facti est; heredem verò, juris. Quæ autem facti sunt, ea neque ad patrem, neque ad dominum transire possunt. *l. quis heredi. 44. ff. de condit. & demonstrat.*

Huic ita munitæ sententiæ nô adversatur *l. ult. in princ. v. sive pater adire filium famil. &c. & §. similiq; modo 2. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* ubi pater, filio repudiante, adire hereditatem potest, non aliter, ac si ipse, heres institutus esset. *Nam* hoc tum demùm verum esse dignoscitur, cùm filio repudianti substitutus non est datus. Id etenim pater consequitur per occasionem quidem repudiationis filii; veruntamen beneficio legis, quæ repudiante filio patrem admittit: non autem per filium, qui jus adeundi repudiando & à se repellendo amisit, *arg. l. nemo plus. 54. ff. de reg. jur.* Illud autem in nostro casu, quo filio repudianti substitutus datus est, dici nequit: cùm voluntas ac dispositio testatoris (quæ est, ut instituto herede non adeunte hereditas ad substitutum devolvatur) omninò observari, adeòque contrariæ legis dispositioni præferri debeat. *l. in conditionib. 19. in princ. ff. de condit. & demonstr. l. 1. Cod. de SS. Eccl. Nov. 22. c. 2. in prin.* 21 22 23

Pariter non observatur *§. ult. infr. hoc tit. nostro. lex si paterfamilias 40. ff. de heredib. instit. & l. si quis filiumfamiliâs 7. ff de acquir. vel omitt heredit.* ubi dicitur, ista verba, *si heres non erit*, hunc habere sensum: si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit. *Hoc siquidem* procedere intelligitur, cùm filius vel servus adivit, & sic adeundo patrem vel dominum heredem fecit; non autem, cùm non adivit. Quia si non adivit servus: non domino, sed vulgari substituto, hereditas acquiritur. *d. l. 3. Cod de heredibus. instit. Fachin. & Berens locis præalleg. infra.* 24

Nihil præterea obstat, quòd pater & filius una eademque persona esse censeantur. *l. ultim. C. de impub & aliis substitut.* ac proinde haud referat, instituto filio herede, uter herditatem adeat, ipsemet filius, an pater ejus. *Nam* in testamentis voluntas testatoris totum facit, auctore Vlpiano *in l. ex facto. 35. §. rer. 3. ff. de heredib. instituend.* eaque voluntas dicitur regere conditiones, testamentis adscriptas *d. l. in conditionibus. 19. in princ. ff de condit. & demonstrat.* Imò voluntas testatoris lex est, & quocunque jure potior est habenda. *d. Novell 22 c. 2. in princip.* Atqui testator, herede instituto filiofamilias, eique substituto dato, id velle certum est, ut, si filiusfamiliâs ille, vel ipse sibi hereditatem non acquirat, vel per se, id est suâ aditione patrē suum heredem non efficiat, substituto locus fiat, *d. §. ult. infrà hoc tit. d. l. si paterfamilias. 40. ff. de heredib. institu. d. l. cùm proponas. 3. C. eod.* Ideoque ad evertendam hanc testatoris voluntatem, non licet arguere à juris fictione, quâ pater & filius pro una eademque persona habentur. Quinimò fictio illa magis juvat, quàm enervat nostram sententiam. Si enim pater & filius una reputantur persona, utique remoto filio ab hereditate, putà quia eam repudiavit, remotus quoque ab ea intel- 25 26

intelligetur pater ejus; atq; ita substituto locus concedetur. *D. Bocer. in hoc tit. nostre. n. 53. p. 401.* Vide Antonium Merendam *lib. 4. contro v. jur. c. 8. num 3. pag. 248.* ubi putat, filio hereditatem recusante, nec patrem eam adire posse, nec substitutum.

27 Similis quæstio vulgo moveri solet de monacho: si is heres institutus fuerit, eique datus sit substitutus à testatore, an substitutus præferendus sit monasterio, an contrà, monasterium substituto? Et hoc casu, quo monachus repudiavit delatam sibi hereditatem, substitutum monasterio præferri, veriùs ego (non attentâ opinione contrariâ, communissimè receptâ, cujus au-ctores plures laudat probatque Dauth. *ad d. l. 5. num.*

28 *128. & seqq ff. de vulg. & pupill subst.*) putaverim. Primò enim is demùm ex testamento succedit heredi-tatemque acquirit, qui in eo heres est institutus. *§. en extraneis. 4. infr. de hered. qualit. & different. tot. tit. supr. de hereditat. liberor* Atqui in propositâ specie nō est monasterium institutum, sed ipse monachus. Ergo monasterium adire hereditatem ex testamento non

29 poterit. Deinde quoties conditio substitutionis existit, & institutus deficit: toties substituto fit locus *d. l. quamdiu institutus 69. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. heres. 3. C. de impuber. & al substitut.* Atqui in nostro casu id accidit: quia heres institutus, videlicet

30 monachus, defecit. Ergo substituto fit locus. Præterea licet monasterium omne, quod acquirit, per monachum acquirat. *l. Deo nobis. 56. §. hujus autem. 2. C. de episcop. & cleric.* id tamen, facto & aditione monachi intercedente, intelligendum est. *l. ei, qui. 13. ff. de conditionib institut.* præsertim cùm aditio in omnibus (exceptis suis & necessariis) heredibus necessaria reputetur. Nemo quippe ex eo, quòd heres institutus sit, locupletior perhibetur, nisi ipsa aditio accesserit, *l. pretia rerum. 63. in princ. vers. sed nec heredem. ff. ad leg. Falcid.* Et sanè nihil absurdius est, quàm ut is, qui in aliena est potestate, aut facilioré, aut alio modo, alium quempiam heredem faciat, quàm quo ipse heres esse posset, si sui juris esset. Iam verò exploratum est; monachum, si sui esset juris, aliter heredem esse non posse, quàm adeundo. *l. ii, qui heres 13 ff de acquir. vel omitt. heredit l. cùm proponas 3. Cod. de heredib. insti-*

31 *tuend.* Adde, quòd jus adeundi semper personæ institutæ ita adhæreat, ut nullo modo ab eâ avelli possit, *arg d. l. is, qui heres. 13. & l. is potest. 18 ff. de acquir. vel omitt heredit. l. potuit. 5. Cod. de jur. deliberand.* Ejus siquidem est adire hereditatem, cui illa delata est. *l. delata. 151. ubi Gœddæus ff. de verb signif.*

32 Nec sententiam nostram destruit *can. non dicatis. 11. caus. 12. quæst. 1. & cap si religiosus. 27. extra, de electione & electi potest. in 6.* ubi expressum est, monachum nihil proprii, adeoque neque velle, neque nolle habere: sed ipsius voluntatem ex Imperio ac potestate sui Superioris seu Prælati dependere. *Hoc etenim* quantumvis concedatur: nulla tamen subest causa, cur monasterium hereditatem monacho delatam, nullo ejus facto interveniente, acquirere posse statuatur. Hac namque ratione idem de servo pronunciandum foret, *contra tenorem dictæ l. cùm proponas. 3. C. de heredib. instit.* quippe cùm & servus nihil proprii habeat, & quæcunque acquirit, dominò, cujus in potestate est constitutus, acquirat, *initio & §. item vobis acquiritur. 3 supr. per quas pers. cuiq; acquirit l. etiam invitis 32 ff de acquir. rer. domin.* neque etiam ullam voluntatem habere censeatur, *argum. l. velle 4. ff. de reg. jur.* 33

Tametsi interim non negetur, penes servum eam voluntatis speciem esse, quæ in mero facto consistit, & hic desideratur. Ius quidem facere potest, ut quis sit heres, non autem, ut institutus sit: quoniam hoc facti est. Atque facti sunt, in alium, sive is dominus sit, sive pater, sive alius quispiam, transire nec solent, nec possunt, *l qui heredi. 44. in pr. ff. de condit. & demonstrat.* Quare talem voluntatem, quæ facti est, nec in monasterium transire posse certum est; maxime cùm hereditas non monasterio, sed ipsi monacho sit delata. *d. l. Deo nobis 56. §. 1. C. de episcop. & cleric.* Quā de re videantur *Claud. Chiflet. in tractat. de success. ca 9. Ant. Fab. de error. pragm. dec. 26. error. 7. Pel. de vulg. subst. n. 54. Sfort. Odd. in prel. part. 2. q. 4. n. 5. Ant. Pereg. de fideicomm. ar. 28. n. 76. Hunn. d. l. 2. var. resol. jur. civ. tr. 6. q. 6. p. 61 t. Gove. ad tit ff. de vulg. & pup. substitut. num. 21. & seqq. itemq; Antonius Merenda d. lib. 4. contro v. jur. cap. 7. pag. 247. & seq.*

Est & illa hoc loco excutienda quæstio: num fiscus 34 vulgarem substitutum excludat? Et sane affirmative concludit Bartolus *in l. 1. num. 26. ff. de vulg. & pupil. substitutio. eumq; secuti Alexander ibidem, Socinus & Iason, item Fernandus Vasquius de success. progress. in præfatione, lib. 2. num. 12. & alii, quos annotavit Trentacinqius part. 1. de substitutionib c. 8. num. 1.* Verùm contrarium, quòd nimitum fiscus non excludat substitutum, si fortè institutus ante hereditatis aditionem eâ indignum sese fecerit, quia mortem testatoris ultus non est, vel alio modo, veritati magis consonum judicatur. Etenim existente substitutionis conditione (quæ est, *si primus institutus heres non erit*) substitutio fit locus *d. l. heres. 3. Cod. de impub. & aliis substitut. l. unic. §. cùm autem. 13. C. de caduc. tollend.* Atqui in proposito casu existit conditio; quoniam heres primo gradu institutus non potest esse heres; cùm indignus factus sit. Meritò itaque hereditas ad substitu- 35 tum, non verò ad fiscum, devolvitur. Culpa namque & incapacitas heredis instituti, substitutio nocere non debet *argum. l. Papinianus. 8. § meminisse. 14 ff. de inoffic. testament.* Cæterùm aliud dicendum est eo ca- 36 su, quo heres institutus jam adiit hereditatem, eaque se indignum reddidit: idque propter manifestam juris rationem: quia simulatque hereditas per institutum adita fuerit, spes substituti evanescit, *l. post aditam. 5. C. de impuber. & aliis substit.* Ideoque isto casu non modò hereditas, sed etiam actiones, putà legatorum nomine, ad fiscum devolvuntur. *l. cum fisco. 9 ff. de senatuscons. Silanian.* Atque ita sentiunt *Angel. & Daut. num. 133. in d. l. 1. ff. de vulg. & pupill substitut. ibiq; Duaren. in suis Comment. c. 10. vers. alia igitur. quæstio est, & c. Petr. Gregor. in syntagm juris univers lib. 42. cap 14. num. 2. D. Bocer. class. 3. disputat. 5. thes. 34. & in hoc t. n. 54. pag. 401. Ant. Fab. de error. pragm. decad. 38. error. 9. Fachineus lib. 4. contro versiar. jur. ca. 64. Hænon. disput. 8. controvers. 15. Loriot. de apicibus jur.*

jur.t.de substit.axiom.26. Stephani cent.2. q.77.& Nigerdinus lib.2.disp.5.thes.3 q.3.
37

Nec quicquam huic sententiæ facessit negocii *l.si sequens.15.in princip.ff. de senatusconsult. Silan.* ubi Marcianus in hæc verba respondit: *Si sequens gradus ultus fuerit necem testatoris, an prioris hereditas ad illum transferatur? Et ait Papinianus, non esse hoc. Nam pœna illius, hujus premium esse non debet.* Etenim lex ista omninò de herede instituto, qvi hereditatem adiit, & adeundo exclusit substitutum, exaudienda est, *ut arguit l.necessarios.5 § non alias ff.d.tit.* Ratio autem dubitandi erat: qvia substitutus (qvi à Iurisconsulto ibi seqvens sive secundus gradus vocatur) ultus erat necem testatoris: ac propterea eum succedere debere, dicendum videbatur. Sed contrarium respondit I C. nempe heredis pœnam, qvi privatus erat hereditate propter accusationem omissam, hujus, id est, substituti, licèt vindicantis necem defuncti, præmium esse non debere. Et sanè responsum illud de herede, qvi jam adiverat hereditatem, accipiendum esse, ratio evidens svadet. Siqvidem per iniqvum absurdumqve esset, eum ullâ pœnâ affici, qvi necem testatoris non vindicasset, si ejus hereditatem adire noluerit, eamqve contempserit. Qvòd si verò qvis heredi institutus, tunc pœnâ affici debet, si occisores defuncti non accusaverit: cùm is jurare debeat, se necem defuncti vindicaturum.
38 *Nec me verit*, si replicetur, heredem non adeuntem videri in fraudem fisci id facere, & idcirco perinde esse, ac si adivisset, *arg l.non justam.4. C. ad senatuscons. Trebellian. Quandoquidem* fraus illa non est præsumenda: cùm heres ex aliis qvoqve causis adire non possit. *l.quod autem.6. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt, &c.*

39 Sic qvoqve nihil ad rem facit *l.in servitutem.16.§. ai,qui.10.ff de bonis libertor.* ubi si patronus indignus efficiatur eam ob causam, qvòd contra tabulas bonorum possessionem petat, locus substituto non erit. *Nam* (vt Vlpianus ibi indicat) non est locus substituto in eâ parte, cujus possessio patrono data est. Qvod nostræ assertioni non est contrarium: qvæ habet, qvòd herede adeunte, substitutus excludatur. *Sed vide fusius hanc quæstionem explicantes Ioannem Dauth. Duarenum & Fachineum locis praallegatis.*

40 Circa effectum vulgaris substitutionis & hoc in disqvisitionem vocatur: vtrùm illa jus suitatis vel sangvinis tollere possit? Et post miros variosqve Interpretum conflictus, crebriùs in eam sententiam decessum est, vt per vulgarem substitutionem suitas filiorum familias tollatur, atqve adeò ex suo & necessario herede voluntarius fiat. *Accurs. in l. Papinianus. 8. §. quarta autem.9. super verb. ad substitutum. ff. de inoffic. test. Bartol. Imola, Angelus, Alexand. & Iason. in l. si filius heres.16.ff.de liber. & posthum. hered instit. Socin. in l. 1.n.47.ff.de vulg. & pupill substit. & consil.20. num. 18 lib.1. Guilielm. Benedictus in c. Rainutius de testam. in verb. mortuo itaque.n 190. Alexand. Trentacinq. de substitutionib.part.1.c.14. heiq; citans Fachineus lib. 4.controvers.jur cap 71. Vasqui. de successi. resolut. libr.2.§.21.num.32. Dauth. in d.l.1.nu.197.& seqq.ff. de vulg.& pupill.subst. ubi plures, easq; discrepantes eare Doctorum opiniones refert* Verùm ut ut sit, negantiū sententiam juris rationibus magis consentaneam esse, arbitror. Tùm qvòd non solùm verba in conditionis interpretatione, sed & ipsius testatoris mens spectari debeat *l.in conditionibus.19 in princ.ff. de condition. & demonst.* Atqvi hæc verba testatoris, *si heres non erit*, non modò ad substitutum, sed etiam eos, qvi ex filii heredis instituti persona succedunt, pertinere evincitur *ex §.ult.inf.hoc t. & l.si paterfamilias. 40. ibi, vel sibi acquisierit, vel mutatâ conditione, &c.ff. de heredib. instituend.* Tum qvod impubes, vulgarem substitutū habens, adhuc dicatur exstitere heres. *l si plures. 10.§.2. ff. de vulg & pup.subst.* qvodq; suus, habens vulgarem substitutū, etiam tacendo heres fiat, & substitutum excludat, *uti arguit textus in l Lucius.45 ff. de vulg & pup.subst.* idq; suorum proprium est. *§ sui autem.3.inf. de heredit.quæ ab intest.defer.l.in suis. 11. ff. de lib. & posth hered.inst l.si fratris tui.3.C.de jure deliberand* 41 42
Tùm qvod substitutio in subsidium institutionis sit inducta, ita ut testator de herede sibi prospiciat, causasq; caduci evitet *l.potest quis.36.in fine princ. ipsi.ff. de vul. & pup subst.* non vero in ruinam & detrimentum filiorum seu suorum. *l.nihil interest.50.§.2.in fin ff. de bon.libert.l.si miles.3.ff.de test.mil. Peregr. de fideicommiss.art.34 nu.72.* Tùm deniq; huc facit responsum Pauli *in l.si quis filiumfam 7.§ 1.ff.de acq vel omit. hered.* vbi si filius prius, qvàm sciret, se necessariū patri extitisse heredem, decesserit, relicto filio necessario: permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, ex hac ratione: qvia & patri ejus idem tribueretur. Iuris 44 autē non est incognitū, aditionē hereditatis in suis haud qvaqvam necessariam esse: cùm ipso jure heredes existant. *d.§.3 inf.de hered quæ ab intest. defer. d.l.in suis. 11.ff.de lib & posth hered. inst.* Ideoq; nihil absurdi est, 45 si hereditatem non aditam, vt aditam, ad suos transmittant: siqvidem & heres heredis censetur heres testatoris. *l quidam test.30.ff.de vulg. & pup subst l.unic.§ in novissimo.5.& §.cùm autem.13.C.de cad.tollend. l. unic.C.de his, qui ante apertas tab. hereditatem transmit. l.apud hostes.8 C.de suis & legitimis liberis.* 43

Nec nobis refragatur *l verba hæc.12.ff de conditionib.inst.l Cornel.69 & l.jam dubitari.80.ff.de hered. inst.* ex qvibus legibus apparet, qvod institutus sub cōditione (*si heres esse voluerit*) non necessarius, sed voluntarius sit heres. At is, cui vulgariter substituitur, institutus intelligitur sub conditione, *si heres esse voluerit* Ergo is, cui vulgaris fit substitutio, arbitrarius heres esse intelligitur, non suus. Hoc, *inquam*, nobis non refragatur. Nam licet per verba hæc (*si voluerit*) heres fiat voluntarius, atq; ita necessitas adeundi remittatur: non tamen ideò etiam ipsa suitas tollitur. Etenim 47 qvod filiusfamilias sit heres patris ipso jure, & invitus qvoqve: non ex eo fit, qvod sit suus, sed qvod sit necessarius. Et è contrario, qvod filiusfamiliâs non sit heres necessarius iis casibus, qvibus pater eidem abstinendi potestatem dedit: non facit, vt desinat esse suus, maximè cùm declarando, se nolle abstinere hereditate paternam, non tam in patris hereditate, qvàm in liberiore proprii patrimonii administratione succedere perhibeatur, *d.l.in suis, 11.ff.de lib. & post.hered. inst.* Et ab 46

hac

hac sẽtentiã non sunt alieni *Bald. Christoph. de Castellio Raphael Cuman. & Paul. de Cast. in l. si filius heres. 16. ff. de lib. & post. hered. inst. Gom. tom. 1. var. resol c 3. n. 15. & ibi Soarez. in addit. n. 26. Corasius lib. 1. misc. jur civ. c. 2 Pet. Greg. in synt. jur. univ. part. 3. lib. 42. c. 13. n. 3. Ant. Fab. de error. prag. dec. 31 err. 8 dec. 32. err. 26. & lib 14. conject. c. 19. in fin. Gov. ad rub. ff. de vulg. & pup. sub. n. 38. Duar. ibid. in suis Comment. c. 10. v. superiorb. loc. &c. Gail lib. 2. observ. 131. n 6. Donell. libr. 6. Comm. de jur. civ. c. 24. p. 85. Zas. in tract. de subst. c. 10. & ad l. 1. n. 17 ff de vulg & pup subst. Andr. Gerhardi dec. 9. q. 1. & in Disputationib. de testam. disp. 4. th. 33. Reinerus Bachov Echtius in lib. Disputation. miscell. c. 20. ubi perquam eleganter quæstionem illam explicat.*

§. *Et si ex disparibus, 2.*

Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem in substitutione partium habuerit: eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit. Et ita divus Pius rescripsit.

SVMMARIA.

1 *Heredes ex æquis partibus instituti, reciproca forma possunt substitui.*
2 *Quid statuendum, si plures ex diversis partibus sint scripti, & omnes invicem substituti.*
3 *Testator in substitutione eas partes dedisse videtur, quas in institutione expressit.*
4 *Nisi aliam mentem testatoris fuisse, evidenter fuerit expressum.*

1 HEredes ex æqvis partibus institutos reciprocâ formâ substitui posse, non obscurè relucet *ex fine præcedentis §. & l. jam hoc jure. 4. § 1. l. qui plures 23. l. si pater. 25. l. Lucius. 45. ff. de vulg. & pupill. subst. & similibus.* Veluti: *Cajum & Sempronium heredes instituo, & eosdem sibi invicem substituo.* Qvid au-
2 tem, si plures ex partibus diversis sive disparibus sint scripti, & omnes invicem substituti? Vt si testator dixerit: *Primus ex unciâ, Secundus ex besse,* id est, octo unciis, *Tertius ex quadrante,* id est, tribus unciis, *heredes mihi sunto, eosq; invicem substituo.* Si Tertius partem suam repudiat: quæritur, qvomodo quadrans inter Primum & Secundum dividi debeat? Hoc casu qvadrans dividetur in novem partes: & ex his unam partem habebit Primus: octo verò partes Secundus. *l. si plures. 24. ff. eod. tit. l. 1. C. de impuber. & aliis sub-*
3 *stitutionib.* Ejusqve ratio est: Tum qvia, *inquit hoc loco Imperator,* eas partes in substitutione testator dedisse videtur, quas in institutione expressit. Ast in institutione Secundo dedit bessẽ, hoc est, octo uncias, & Primo unam. Tum qvia qvatenus testator heredes dilexit instituẽdo, eatenus cẽsetur dilexisse substituẽdo, nec verisimile est, aliam substituentis affectionẽ fuisse *argum. l. licet Imperator. 74. ff. de legat. 1. l. Publius 36. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* Atqve hoc sic obtinet,
4 talisqve divisio in casibus similibus semper fieri debet

nisi fortè (ut Vlpianus subjicit, *in d. l. si plures. 24. ff. de vulgar. & pupill. substitut.*) alia mens fuerit testatoris: qvam tamen aliam fuisse, non est credendum: nisi evidenter fuerit expressum. Evidenter autem expressum est, non solùm, cùm testator verbis expressis disposuit, ut substituti partibus æqvalibus succederent: sed etiam si propriis nominibus in substituendo usus fuerit: qvia tunc magis personarum, qvàm portionum datarum ratio habetur. *l. si heredes nominatim. 124. ff. de legat. 1.* aliàs magis portionum datarum, qvàm personarum, ratio haberi solet, *secundum hunc §. nostrum, & l. coheredi. 41. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit.* Illudque latius explicant *hic Viglius, Vulsejus, Mynsingerus, Heigius, Boeerus, n. 36. p. 306 & alii. Sichardus, Donellus, & Gilkenius ad l. 1. Cod. de impuber & aliis substitut.*

§. *Sed si instituto, 3.*

Sed si instituto heredi, coheredi de substituto dato, alius ei substitutus fuerit: divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutũ admitti.

SVMMARIA.

1 *Casus hujus §.*
2 *Substitutus substituto intelligitur substitutus etiam instituto.*
3 *Mens & sententia l. qui habebat. 47. ff. de vulgar. & pupill. substit.*
4 *Eo quod Primo & Secundo substitutus, utriusque partem jure accrescendi, an virtute substitutionis consequatur.*
5 *Duo, quæ per unum & idem verbum determinatur, æqualiter determinari necesse est.*
6 *Pluribus gradibus substitutionum successivè factis, quatenus ille qui postremo loco substitutus est, etiam primo substitutus censeatur.*
7 *Ius accrescendi quando locum non habeat.*

UT hic § paulò obscurior, rectiùs intelligatur, talis ponendus est casus: Primus & Secundus heredes sunt instituti: & Secundus Primò substitutus. Ita duo 1
hic sunt coheredes instituti, & alter eorum coheredi suffectus. Tandem Secundò substitutus est Tertius. Vtroq; instituto, videlicet Primo & Secundo, deficiente, qværitur an Tertius Secundo substitutus capiat partẽ non solùm Secundi, sed etiam Primi? Et eum capere partem utriusque, indicat Imperat hic *ex Iuliano in l. si Titius. 27. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Substitutus 2
etenim substituto, intelligitur etiam substitutus instituto; quocunqve ordine postremi substitutio facta sit, sive ante, sive post Secundi substitutionem. *l. coheredi. 41. in princ. ff. eod.* Divi namqve Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramqve partem Tertium substitutum admitti, *ut hic dicitur. Idq; copiosius explanat Donellus lib. 6. Commentar. de jur. civil. c. 14. p. 81. nu 40 & seq.*

Non obstat responsum Scævolæ *in l. qui habebat. 47. ff de vulg & pup. substit.* ubi testator filiam substituit filio: & filiæ postea uxorem suam & sororẽ: filia prior decedit, deinde filius: qværitur, utrùm hujus filii he- 3

hereditas ad uxorem & sororem substitutas, an ad legitimos pertineat? Respondet Scævola, pertinere ad legitimos, non ad substitutos. Non obstat, *inquam*, hoc responsum. Nam substitutio pupillaris, *de qua agitur apud Scævolam*, à vulgari, *de quâ in hoc nostro tit.* distinguenda est. In vulgari substitutione Tertius ad utramque partem admittitur: ne alioqui testatorem pro altera parte testatum, pro alterâ intestatum decedere contingat, *contra l. jus nostrum. 7. ff. de reg. jur.* Quod utique contingeret: si in unâ parte substitutus, ex testamento, in alterâ legitimus, ab intestato succederet. In pupillari verò substitutione duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, *§ igitur. 2. infr. t proximo.* quæ regulam illam non offendunt, etiamsi unum eorum defecerit. *Anton. Matthæus hic in suis notis, Borcholt. num 3 & Vultejus num. 4. itemq; Iustus Reifenbergius disp. juris civ. renovata 1. th. 42 p 26. & seq.*

4 Porrò cùm *in proposito hujus § casu* Tertius ille substitutus admittatur ad utramque partem non tantùm Secundi, cui substitutus est, sed etiam Primi: consequenter de illo dubitatur; an utramque partem jure accrescendi, an verò virtute substitutionis consequatur? Et (nihil resistente *Dyni & Bartoli in d. l. si Titius. 27. ff. de vulg. & pup. substit. Fabri, Porcii, Schilbockii & Hegii hic numer. 9. Lancelloti Politi in tractat. de vulgar. substit. num 107. & Cujacii lib 12. obs. cap. 11.* opinatione contrariâ) verius est, Tertium illum partem utramque jure substitutionis sibi acquirere, *per textum in d. l. si Titius. 27. ff. de vulg & pup. subst.* ubi diserte Iulianus ait: *in utramque partem Sempronium substitutum esse.* Atque hoc etiam sentit Iustinianus *in hoc §.* quando dicit: ad utramque partem substitu-
5 tum admitti. Verbum enim *admitti*, quo ostenditur, substitutum ad utramque partem vocari, demonstrat, eodem jure eum vocari, *per regulam l. jam hoc jure. 4. & l. Lucius. 45. ff. eod.* quæ habet: duo, quæ per unum & idem verbum determinatur, æqualiter determinati. Cùm autem certum sit, partem Secundi jure substitutionis ad Tertium devolvi: apparet inde, partem quoque Primi eodem jure ad Tertium pertinere. Sed & aliàs nulla foret dubitandi ratio, si intelligeremus, Primi partem jure accrescendi deferri Tertio: cùm nemo ignoret, partem vacantem alteri accedere: nec ad id quicquam constitutione divi Severi & Antonini opus erat, *Quod pluribus declarat hic Viglius num. 3. & Duarenus in Comment. ad d. t. ff. de vulg. & pup subst. cap. 10. ante finem. vers. hinc illud vulgò dicitur, &c.* Vnde quidam in universum
6 colligunt: pluribus gradibus substitutionum factis successivè, illum, qui postremo loco substitutus est, censeri etiam Primo (aliis deficientibus) substitutum, antequam vacet Primi portio, ita ut si postea vacua fit, admittatur ad eam, ac si ipsi nominatim fuisset substitutus, *arg. l. quidam testamento. 30. ff. eod. Paulus de Castro in d. l. si Titius. 27. ff. d. t. eumq; laudans Mynsingerus hic num. 4.* Cæterùm quæstionis illius effectus non est exiguus, ut ex hoc exemplo patet: Testator instituit tres heredes, Primùm, Secundum, & Tertium: Primo substituit Tertium: & Tertio Quartum. Quòd si primus & Tertius repudiant hereditatem, 7
Quartus jure substitutionis utriusque portionem percipiet, & Secundum, qui jure accrescendi ad Primi partem concurrere volebat, omninò excludet. Hujusque ratio manifesta est: quia ubi expressa voluntas testatoris adest, vel præsumpta sive tacita ex substitutione collecta: jus accrescendi locum non habet. *Ioan. Fab. hic num 3 & Vigl num. 4.* Vide Timæum Fabrum *disputat. 19. ad Institut. Imperial. th. 13.*

§. *Si servum. 4. & ultimus.*

Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus, heredem scripserit: & si heres non esset, Mævium ei substituerit: isque servus jussu domini adierit hereditatem: Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba, *si heres non erit*, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit: in eo verò, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant: si hereditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.

SVMMARIA.

1 *Facti species hujus §.*
2 *Servo instituto hereditatem adeunte, substitutus regulariter excluditur.*
3 *Sententia l. si paterfamilias. 40. ff. de heredib. instit.*
4 *Vbi non valet institutio, ibi non potest subsistere substitutio.*
5 *Cujacii & Boceri corrollis rejicitur.*
6 *Intellectus l & hoc Tiberius. 41. ff. de heredib. instituend.*
7 *Generi per speciem derogatur.*
8 *Lex generalis ex aliâ declaranda.*
9 *Sensus l. cùm proponas. 3. Cod de heredib. instituend.*
10 *Militis voluntas ubique observanda.*
11 *Sententia l. 4. & 7. C. de heredib. instit.*
12 *Sententia l. idem est 13. §. 3. ff de test. milit.*
13 *Referuntur auctores, nostram facti speciem, approbantes*
14 *Enumerantur dissentientes*
15 *Quomodo vulgaris substitutio extinguatur*
16 *Suus heres ipso jure, absque aditione, hereditatem acquirit*
17 *Cur vulgaris substitutio adita hereditate expiret*
18 *Conditio specificè implenda*
19 *Duo in solidum heredes esse nequeunt*
20 *Cùm suus abstinet hereditat. substitutus admittitur*
21 *An substitutio convalescat per integrum restitutionem minoris.*
22 *Semel heres semper heres manet*
23 *Consideratio l. aut prætor. 7. §. sed quod Papinianus. ff. de minoribus*
24 *Bachovius Fabrum confutat*
25 *Sententia l. ult. ff. de successor. edict*
26 *Iure civili quis pro herede habeatur.*
27 *Explicatio Lex contractu. 44. ff. de re judicat.*
28 *Ad excludendum substitutum vulgarem quid requiratur*
29 *Beneficium personale in commodum alterius non extendendum.*

30. Verùm

30 *Utrùm aditione unius ex institutis heredibus, finiatur substitutio vulgaris,pluribus in totum facta*
31 *Heredes conjuncti pro una persona habentur.*
32 *Oratio universalis in uno falsa,in omnibus falsa existit.*
33 *In alternativis sufficit,alteram partem veram esse*
34 *Idem juris est in oratione distributiva,quo alternativâ*
35 *Bonorum possessores vice heredum habentur*
36 *In conditionibus interpretandis voluntas testatoris maximè attenditur*
37 *Substitutio vulgaris interit supervenientiâ liberorum*
38 *Ultima hominum elogia humaniter interpretanda*
39 *Nemo alienam successionem suæ propriæ anteponere præsumitur*
40 *Quicquid est omissum,hoc pro omisso habitur.*

1 FActi species ex hoc loco talis constituitur: Testator aliquis Stichum, servum alienum, existimans eum liberum esse,& sui juris, heredem instituit: & si heres non esset,Mævium ei substituit. Testatore defuncto,Stichus servus jussu domini sui hereditatem adit: contrà Mævius substitutus eam ad se pertinere prætendit. Quæritur: an locus sit substitutioni. vel
2 potius servus ex persona sui domini admitti debeat: Et quidem notum est,servo instituto hereditatem adeunte,substitutum regulariter excludi. *l. quamdiu.3. & l. quis filiumfamilias 7. ff de acquir vel omitt. heredit.* Sed tamen ab hac regula, propter dubiam testatoris voluntatem,hic exceptio affertur; quâ dominus Stichi non totum assem habebit, sed partem duntaxat. At quam partem? Respondet Accursius: semissem unum, ut præcipuum, soli domino Stichi heredes instituti deberi: alterum verò semissem inter dominum & Mævium substitutum dividendum: adeòq; substitutum non in integrum semissem, sed in semissis partem admittendum esse; *idq; per apertum textum* (ex quo hic §.desumptus,& supplendus est) *in*
3 *l.si paterfamilias 40.in fin.ff.de heredib.instit.* ubi disertè Iulianus ait: quòd alter tantùm semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, & substitutum æquis portionibus sit dividendus. Ratio autem,cur ad istum modum divisio fiat,hæc reddi solet: quia nec, contradicente substituto,heres potest esse servus,propter errorem testatoris,qui ingenuum heredem habere voluit; nec substitutus heres esse potest, nisi servi institutio valeat & rata sit. Nam ubi non valet insti-
4 tutio, ibi nec subsistere posse substitutionem, certum est. *l.ex pupillari.44.ff.de vulgar.& pupill substit.* Ut igitur utriq; consulatur,& domino servi,& substituto: putatum est æquius, inter utrumq; eo, quo diximus, modo hereditatem dividi, quàm contra testatoris mentem,institutione & substitutione annihilata,everti voluntatem ejus, qui testatus, non etiam intestatus, decedere voluerit. Et quanquam Cujacius *hic in suis*
5 *notis & lib.17. observ. cap.21.* eumque referens Dn. Collega Boceius *in hoc tit.nu.64 pag.407. Tim Fab. disp 19.ad Instit. Imperial. th.14.* aliique nonnulli opinantur, in *d.l.si paterfamilias 40.in fine.ff. de heredib. instituend.* pro *alter semis* legendum esse AS, eò quòd,cùm grandioribus literis forsassis scriptum esset AS,& inter duas hasce literas fortè fortunâ punctum incidisset,id Tribonianus errore lapsus pro dictionum compendio acceperit: attamen quàm imbecillis ac divinatoria isthæc sit conjectura, facilè quivis conjicere potest. Nullo siquidem certo juris fundamento,nullaque firmâ ratione, aut textu stabilitur. Proinde quâ facilitate adducitur,eâdem rejicitur: atq; ideò minime probanda est, *argum. l.si putator.31.in fin. ff.ad L. Aquil l.si fidejussor.29. § si cùm debitor.2. ff.mandati. cap.unic.post princ.ext. Ut ecclesiast. beneficia sine diminut,conferant. Corn.vol.3 cons 292. in princip.& vol.4.cons.235.nu 4* D.Hunn.*lib.2.var.resol.jur.civ. tract.6.quæst.8.pag.614.& seq.*

Non obstat *l & hoc Tiberius 41.ff.de heredib.instit.* 6
quæ generaliter loquitur, sicq; æqualem totius hereditatis divisionem urgere videtur. *Etenim*, ad contrarietatem evitandam, illa non incommodè exaudiri & accipi potest juxta divisionem *in d.l. si paterfamiliâs.*
40.ff.eod. In toto quippe jure generi per speciem de- 7
rogatur. *l.in toto.80.ff de reg.jur.cap. generi.34. ibiq;*
Dynus eod.tit.in 6. & lex generalis ex alia,quæ apertè 8
distinguit, explicanda & declaranda est. *l.non est novum 28.& seqq.ff.de legib.*

Rursus non obstat *l. cùm proponas.3.C.de heredib.* 9
instituend. ubi in simili specie hereditas planè non dividitur,sed tota substituto defertur. *Primò* enim in illâ lege hoc tantùm traditur: servo alieno,qui paterfamiliâs esse putabatur, herede instituto, eiq; substituto dato,voluntatis esse quæstionem,quid testator volue-
ris. Non definitur etiam ibi,quid in ambiguo consti- 10
tuendum sit: sed id definitum est *hoc in loco,& d.l si paterfamiliâs 40.ff.eod. Borcholt hic nu.3.* Deinde lex ista non de testatore pagano, sed equite & milite expressè loquitur: cujus voluntatem,rejectis juris subtilitatibus. ubiq; observandum esse, haud obscuri juris subtilitatibus. ubiq; observandam esse, haud obscuri juris est *l.1 ff.de testam militis initio tit. supr. de militari testam.idq; fusius enucleat Vigl.hic nu.10.*

Ampliùs non obstat,quòd si testetor illos,aut illos, 11
heredes instituerit,quos sibi filios,fratres & sorores arbitrabatur,detectâ rei veritate, vitietur in totum institutio,nec in partem aliquam institutus admittatur. *l. si pater.4.& l.nec apud.7.C.de heredib.instituend. & l.neq; professio.5. Cod. de testament.* ac proinde in nostro etiam casu, quo quis eum, quem liberum putabat, cùm servus esset, heredem instituat, idem planè dicendum videatur: institutionem videl.heredis in totum esse vitiosam: adeoq; neutrum,nec institutum, nec substitutum,admitti. Hoc, *inquam.* non obstat: quoniam in adductis legibus ideo in totum vitiatur institutio, quòd ibi de voluntate testatoris jam certo constiterit: quòd nempe si scivisset, instituros non esse illos, quos ipse putavit, noluerit sibi eos esse heredes. Hæcq testatoris voluntas illis in locis ex eo perspicuè satis colligitur, quòd proponitur testator ibi illos, ut filios,aut fratres,instituisse. Et ita Cujacium respondere testatur Hunnius *d.quæst 8. vers. ad tertium respondet Cujacius,&c. pag.615.*

Præterea non obstat *l.idem est.13.§ si servum.3.ff.* 12
de testam.militis. ubi expressè habetur, quòd licèt miles servum proprium sine libertate heredem instituerit;quem liberum esse credidit. non tamen institutio valeat. Quod cùm in milite, qui testari potest,prout voluerit.*d.l.1.ff.d.tit.*obtineat: multò certè magis in

pagano obtinere debet. Non obstat, inquam, lex illa:
quia respondetur, eam loqui de servo testatoris pro-
prio: hunc verò non posse heredem esse, nisi sit liber:
cùm nemini possit hereditatem acquirere, ac ne sibi
quidem: liberum autem eum ideò non esse: quia à
domino suo sine libertate fuerit institutus, qualis o-
lim inutiliter institutus erat, per princip. tit. supr. de
13 heredib. instit. vers. propriee autem olim, &c. Atque ita
præmissam facti speciem, huncq; §. nostrum non ab-
surdè intelligunt, expliceantque Accursius, Bartolus,
Baldus, Alberic. & Cuman. in d. l. si paterfam. 40. ff. de
heredib instituend. Arumaus Exercit. Iustin. 8. th. 11.
Hunn. disp. 9. th. 9. & d. quæst 8. pag. 614. cum seq. &
14 Forster lib. 2. disp. 13. thes. 5. Tametsi alii aliter, & mi-
rificè dissentiant, Iacobus, Cujacius, Vultejus, Baldui
nus. Bachovius, Wesenbecius, Baro, Giphanius, Hei-
gius, Schilbock. Mynsingerus, Ant. Matthaus. & cæteri
ad hunc §. Donell lib. 6. Comment de jure civ. cap. 24.
ibiq; latè Hilliger. in suis notis ad lit. L. Alciatus lib. 1.
dispunct. cap. 2. Connan. li. 10 Comment. jur. civ. cap. 7
nu. 4. Marcus Lyclama à Nicholt. lib 5. membranar.
eclog. 15. Vacenius à Vatuna lib. 6 declarat. 85. Chiflet
in tract. de subst it. cap. 12. Henric. à Suerin. repetit lect.
cap. 37. Duaren. ad tit ff. de vulgar. & pupill. substit.
cap. 10. circa med. vers. excipiuntur quidam casus, &c.
Govean. lib. 1. lect. cap. 6. Lancellot. Polit. in tract. de
vulgar substit. Vasq. lib. 1 de succes. progress §. 15. nu. 16.
Gilken. ad d. l. 3. C. de heredib. instit. num. 8. cum seqq.
Anton Faber. part. 1. Decad. 33. error. pragmat. 7.
num. 1. & 2. pag. 472. Vngepaur. exercit. Iustin. 8.
quæst. 8. pag 333. cum seq. edit. ult. Georg. Martin.
in coutrar. non controvers. disput. 2. th. 38. Ioannes
Schrôterus Diatrib. domesticar. decad. 5. quæst. 6.
& novissimè Dn. Becerus in hoc tit. num. 63. & seq.
pag. 406. & seq.

15 Expositio hactenus sufficienter textu hujus tituli:
superest, ut quomodo vulgaris substitutio extingua-
tur, quasi coronidis vice attexamus. Extinguitur au-
tem & evanescit hæc substitutio, cùm heres primo
gradu institutus ipsemet hereditatem acquisierit. l.
quamdiu prior. 3. & l. quamdiu institutus. 60 ff. de ac-
quir. vel omitt. heredit. l. post aditam. 5. C. de impuber.
16 & aliis substit. Quemadmodum verò suus heres ipso
jure, absq; aditione. § sui autem heredet. 3. infr de he-
reditatib. quæ ab intest. defferunt. l in suis. 11 ff. de liber.
& posthum. hered. instit. ita extraneus aditione acqui-
rit hereditatem. §. item extraneus 7. infr. de hered.
17 qualit. & differ. Ratio, cur vulgaris substitutio adi-
tâ hereditate expiret, est. Tum quia hæc substitutio sub
hac formulâ sive conditione concipitur: Si heres primo
gradu institutus, heres non erit. alter heres esto. l. 1 &
passim tot. tit. ff. de vulgar. & pupill. substit. Sed aditâ
hereditate deficit conditio, sub quâ alter institutus
18 est: ac proinde & ipsa substitutio. Neque etiam quid-
quam juris sibi hoc casu substitutus vindicare potest:
cum conditionem specificè impleri oporteat. l. Mæ-
vius 55 ff. de condit. & demonstrat. Tum quia, aditâ
hereditate, bona ipsius defuncti fiunt proprium patri-
monium hereditatem heredis. l. sed si plures. 10. §. filio
2. ff. de vulgar. & pupill substit. l. 1. §. veteres. 16. ibiq;
gloss. & communiter Dd. ff. de acquir vel amitt. possess.
ita ut postea substitutus heres esse non possit: quo 19
niam uni testatori duo in solidum heredes esse neque-
unt. l. quod contra. 141. §. ult. & ibi Pet. Fab. de reg jur.
l. de heredit. 19. §. pater 3 ff. de castrens. pecul. Petr. Greg.
Tholos in syntagm. jur. univers li. 42. cap 16. nu. 11. Chi-
flet. in tract. de substit. cap. 18. Sichard. & Donell. nu. 3.
ad d. l. post aditam. 5. C. de impuber. & aliis substitut.
Adde Paulum Æmil. Gallum in tract. de exceptionib.
in success. tam ab intestat. quàm ex testam. part. 2.
tit. 4. except 18. num. 7. & seq. fol. 375. Quamvis autem
suus ipso jure heres existat, absque aditione, adeòque
simul atque testator decesserit, substitutio intereat: at- 20
tamen si hereditate paternâ abstineat, substitutus ad-
mittitur. l. ait prætor. 7 § sed quod Papinianus 10. ff. de
minorib. l. ex contractu. 44 ibi. & ita bona defuncti ad
substitutum. ff. de re judicat. Hujusq; evidens ratio est:
quia cùm suus abstinet paternâ hereditate, non vult
heres esse, neque aliũ heredem facit: ac propterea absti-
nendo hereditatem ad substitutũ transferr. l. non vult
heres. 6 ff. de reg jur. Quòd cùm fit, substitutus omnes
ab intestato venientes excludit. d. l quamdiu. 3. & d l.
quamdiu. 69. ff. de acq. vel omitt. heredit.

Porrò si heres institutus minor, cui substitutus da- 21
tus est, hereditatem adierit; postmodùm verò benefi-
cio restitutionis in integrum fretus eam repudiaverit:
valde controversum est: an substitutio vulgaris, quæ
hereditatis aditione evanuerat, in integrum restitutio-
ne convalescat, ita ut substitutio locus fiat? Et locum
fieri, post Bartol & veteres Interpretes, contendunt
Ant. Fab. lib. 3. conjectur. jur. civ. cap. 4. Donell. libr. 6.
Comment. de jur. civ. cap. 24. pag. 84. Fachin. lib. 4.
controvers jur. cap. 73. Hænon disput. 8. controvers. 16.
Schickh. disp. 8. th. 3. nu. 2. & resol. quæst 3. Mynsing. ad
princip hujus tit. nu. 9. Paul. Berens disp. 7. ad Iustitut.
them. 1. quæst. 5 Trentacinq. part. 1 de substit. cap. 28. a-
liiq; per eum citati. Verùm in contrariam negativam
sententiam eunt Duaren. ad tit. ff. de vulgar. & pupill.
subst. cap. 10. vers hinc quæstio nascitur, si minor, &c.
Cujac. ad d. l. ait prætor. 7 § sed quod Papinian. 10. ff. de
minorib. Dn. Collega Becer. class 3. disp 5. th. 30. ed. 2. &
in h. tit. nu. 61. pag. 405. Govean lib. 2. var. lect. cap. 13.
& Reiner. Bachov. Echtius in lib. disp. miscell. cap. 20.
pag 182 & seq. Atq; hæc opinio probabiliter defen-
ditur per d. l post aditam. 5. C. de impub & aliis substit.
ubi notatur, quòd simulatq; institutus adit heredita- 22
tem, omnis spes substituto protinus amputetur: ad-
eò, ut etsi post aditionem institutus moreretur: ta-
men substituto non fieret locus: præsertim cùm con-
stet; eum, qui semel heres fuit, heredem semper jure
civili, licèt nomine tenus tantùm, manere. l. ei, qui sol-
vendo, 88 in fine. ff. de heredib. instituend. Accedit for- 23
tissimus textus in d l. ait prætor. 7. §. sed quod Papinia-
nus de minorib. ubi Vlpianus Papiniani sententiam
refert, ut minore post aditionem restituto, substitutus
servus necessarius nec liber, nec heres esse possit: nisi
hereditas non sit solvendo. Ad quem textum licèt
Ant. Faber d. loco, ejusq; asseclæ respondeant, eumque
eludere conentur allatâ distinctione inter servum sub-
stitutum, & alium substitutum: quòd videlicet servus
sub-

substitutus non possit esse, nisi necessarius heres, adeòq; statim post mortem testatoris: & ea propter, cùm in casu *dicta l.7.* tempore mortis testatoris, alius heres extiterit, fieri non possit, ut unquam servus heres fiat; cùm necessarius ampliùs esse nequeat: attamen hanc Fabri solutionem omninò frivolam esse, Bachovius *loco praallegato* sequentibus verbis osten-
24 dit: *Pone* (inquit) *filium exheredatum, vel etiam nepotes suos aut liberos fæminini sexus præteritos* (His enim prætetitis, valebat jure veteri testamentum, *per princ. supr. de exheredat. liberor.*) *alii heredi scripto substitutos. Nemo utiq; dixerit, instituto repudiante, vel post mortem testatoris decedente, non posse illos admitti: quod tamen omnino consequens est responsioni Fabri. quippe cùm magis necessariò sint sui, quàm servi. Quid si heres institutus, cui servus substitutus est, post mortem testatoris repudiet, vel decedat: an excludemus servum? Hoc quidem ex Fabri sententia sequitur. Verum enim est, tempore mortis testatoris alii hereditatem delatam fuisse. Sed idem proculdubio & rationi & voluntati testatoris apertissimè refragatur. Neq; verò in d. l.7. hæc illius assertionis ratio est: quòd tempore mortis servo hereditas delata non fuerit: alioqui nunquam forè substitui servus posset: sed quòd adita hereditas fuerit. Sed & hoc omnino Fabri conjecturam evertit: quod hoc ipsum, servum necessarium esse heredem, non aliquam qualitatem denotat in persona servi, ex qua aliquod jus habeat in bonis testatoris, sicut heredes sui: sed simplicem & puram necessitatem adeundi significat, ubi bona potiùs servi, quàm testatoris nomine veneant: ut adeo non nisi inepte illud considerare possis, an ne tempore mortis delata servo hereditas fuerit, nec'ne. Hoc enim ad necessitatem illâ nihil omnino facit: quippe quæ non in favorem servi: sed potiùs in onus illius sit introducta. Apparet igitur, per responsionem Fabri non corruere disputationem Duareni & Cujacii, uti improvide pronunciat Fachin. d. lib.4 controvers. cap.73.* Hactenus Bachovius.

25 Præterea negatam sententiam non parùm confirmat *l. ult. ff. de successor. edicto.* ubi aperte Papinian. scribit; cognatum inferioris gradûs; edicti successori beneficium non habere, si prior ex propriâ parte possessionem acceperit, licèt ob auxilium ætatis abstinendi facultatem impetraverit; ob idq; fisco ea bona tanquam vacantia deferenda esse. Et quanquam de cognato inferioris gradûs, non de substituto loquitur: eadem tamen utriusq; ratio esse censetur, ut post aditam ab altero hereditatem, aut petitam bonorum possessionem excludantur, & fisco postponantur. Licèt v. Faber *praalleg. loco* ad istum text. respondeat: multùm interesse, an de legitimâ, an de testamentaria successione quæratur: hocq; casu non haberi hereditatem pro agnitâ: nisi quę cum effectu agnita sit, secus in illo: tamen præterquam quòd certum est, *ut paulo post copiosius indicabitur.* satis cum effectu agnitam esse hereditatem, quæ adita est, tametsi postea restitutio secuta sit: insuper & aliâ ratione isthæc Fabriana solutio defendi nequit: quòd indubitatũ est, in testamentaria successione præcipuè spectari & obtineri rationẽ juris civilis; in legitimâ magis juris prætorii, eo utiq; casu, quo de edicto successorio agitur. At verò jure ci- 26
vili habetur pro herede etiam, qui restituit, qui abstinuit, qui restitutus est; & uno verbo, qui nudo nomine heres est: ex jure prætorio is tantùm, qui cum effectu bona possidet. Certissimũ planè est, prætorem ubiq; veritatem magis & rem ipsam, quàm subtilitatem juris spectare. Agitur autem *in tit. de success. ed.* de jure prætorio. Ergo inverso potiùs modo se res habet, ut in legitima magis successione, certè eâ, quæ est ex jure prætorio, non habeatur pro agnitâ hereditas, nisi quæ agnitâ sit omnino cum effectu, *ut nervose & erudite docet Bachov. pradicto cap.20 pag 185.*

Neq; obstat assertioni nostræ *l. ex contractu.44 ff.* 27
de rejudic. ex qua colligi posse videtur: hereditatem ad substitutum pervenire, quæ semel adita fuit, si institutus, qui adiit hereditatẽ, restitutione imperatâ, abstinuerit & repudiaverit. Non, *inquã*, lex illa obstat. Nã in ea dicitur, abstentã fuisse à tutorib. suis puellã, & bona ad substitutũ pervenisse Nõ exprimit illic Iureconf. ex qua causa ad substitutũ bona pervenerint: ait simpliciter, *bona ad substitutũ pervenisse.* Itaq; potest dici, pervenisse bona ad substitutũ; quia fortè hereditas nõ erat solvendo, secundùm distinctionem Vlpiani *in d. l. ait prator.7. §. sed quod Papin.10. ff. de minor.* Et hoc satis credibile est. Proponitur n.; mulierem fuisse pupillã, habentem, qui eam abstinuerunt à bonis paternis. Boni equidem tutoris non est, pupillam abstinere à bonis parentis, si hereditas solvendo sit. Credibile igitur est, hereditatem solvendo non fuisse, atq; ita hereditatem ad substitutum, restitutione imperratâ, pervenisse: *id quod latiùs explanat Duaren. loco supr. designato.*

Nihil quoq; ad rem pertinet, quod adversarii obji- 28
ciunt: ad excludendũ substitutum vulgarem requiri, hereditatem cum effectu esse aditam; ac verbum *heredis* de nuda existentiâ ejusdem accipi non posse. *Quia respondetur*, non posse eum, qui revera adire hereditatem, haberi pro eo, qui nomine tenus heres existit: licèt postea ille beneficium restitutionis contra aditionem impetraverit. Siquidem hoc prætorium beneficium, 29
ipsius rei veritatem tollere nequit; maximè cùm sit personale, adeoq; contra mentem prætoris, in commodum alterius, minimè extendendum, *arg. cap. privilegium.7. de reg. jur. in 6 & l. privilegia.196. ff. eod.* Neq; probè quis replicaverit, eandem esse rationem extranei, contra aditionem restituti, & sui abstinentis: cùm tam abstentionis, quàm restitutionis beneficium ex prætoris jurisdictione descendat. *l. necessarius.57. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Longè namq; plus est in aditione, quàm in nuda existentia sui heredis; uti vel inde patet, quòd suus abstinet sine speciali prætoris interpellatione. ast ad restitutionẽ omnino decreto prætoris opus est: atq; ita non existentia, sed immistio rectè aditioni comparabitur. *Bachov. d. cap.20. p 183.*

De eo quoq; non sine contentione quæritur: utrùm 30
aditione unius ex institutis heredibus finiatur substitutio vulgaris, pluribus in totum facta? Ad quam quæstionem non ineptè per distinctionem respondetur: Aut enim facta est substitutio omnibus heredibus institutis copulativè & conjunctim, hoc scilicet modo: *Titius & Mævius heredes mihi sunto, & si heredes*

non

non erunt. Cujus heres esto. Aut facta est substitutio
pluribus institutis simpliciter seu indefinitè, nimirū:
si Titius & Mævius heredes non erunt, Cajus heres e-
sto. Aut substitutio pluribus est facta separatim. Primo
casu, uno ex omnibus heredibus adeunte, finiri sub-
stitutionem, communiter placuit, *teste Grasse in lib.*
sent. §. substitutio. quæst.15.nu.2. Ejusq; multiplex est
ratio: Tum quia substitutio ista facta pluribus inde-
finitè, *si heredes nō erunt*, sub conditione facta dicitur:
proindeq; dividi non debet. *l. qui duob.23.ff de condi-*
tionib & demonstrat. atque ita consequenter uno ad-
eunte, & altero repudiante, substitutus non debet ad-
31 mitti. Tum quia hoc casu heredes conjuncti pro uno
corpore, unâq; persona habentur. Ergò substitutio illis
indefinitè per illa verba, *si heredes non erunt*, facta, in
defectum totius illius corporis & personæ factâ dici-
tur: & consequenter si unus hereditatem adit, alter
verò repudiat, substitutus non admittitur. Tum etiam,
quia si Titius & Mævius instituti sunt heredes, & dein-
de si heredes non erunt, sit substitutus Cajus: certè
hic Cajus non singulis, sed universis substitutis cense-
tur. Hinc quibusdam exclusis, non admittitur: sed
tùm demùm, ubi omnes exclusi fuerint. *Et eo de casu*
videantur Petr. Greg. Tholos. lib. 42. syntagm. jur. uni-
vers. cap.16.nu.13. cum seqq. Fachin. lib 4. controvers.
32 *jur. cap.72. aliiq; per hos allegati.* Secundo casu, simi-
liter unius aditione vulgarem substitutionem expira-
re, obtinuit, *Graff loco præallegato* Ratio in promptu
est: quia ut oratio universalis, in uno falsa, in omni-
bus falsa existit. *l. si is, qui ducenta.13. §. utrùm.3.ff. de*
rebus dubiis, sic ad veritatem copulativæ, necesse est,
utramq; partem esse veram *l. si quis ita.129.ff. de verb.*
obligat. At nostro hoc casu oratio facta est copulati-
vè: quia substitutio ita facta est: *Si Titius & Mævius*
heredes: non erunt. Igitur ad hoc, ut quælibet pars
vera sit, necesse est, quòd nullus sit heres: & per conse-
quens uno herede existente, substitutus excluditur.
Zasius nu.46. & Dauth. nu.231. in l.1. ff. de vulgar. &
pupill substit. Tertio casu, quando videlicet substitu-
tio plurib. separatim facta est, unius aditione non ex-
tinguitur substitutio, quo ad omnes; sed uno ex scri-
ptis heredibus decedente, substitutus in ejus locum
vocatur. *Petr. Gregor d cap.16. num.15. Bart. ad d. l.1.*
nu 48. ff. de vulgar. & pupill. substit. Idq; procedit, sive
substitutio alternativè, sive distributivè, sive per ex-
33 pressam separationem fiat. Alternativè fit: ut, *Si aut*
Titius, aut Mævius heredes non erunt, Cajus heres
esto. Hoc casu sufficit, conditionem in unius persona
impleri: cùm in alternativis alteram partem veram
esse sufficiat. *l. si quis ita stipulatus.129. in fin. ff. de*
verb. obligat. cap. in alternativis 70. de reg. jur. in 6.
Distributivè fit: ut, *Titius & Mævius heredes sunto, &*
si quis ex jam dictis heres non erit, Cajus heres esto.
Hoc casu pariter sufficit; in unius personâ impleri cō-
ditionem: cùm idem juris sit in oratione distributivâ,
quod alternativâ, *argum. l. qui filiab 57. § 1 ff. de leg.1.*
34 Per expressam separationem fit, ut *si Titius heres non*
erit, Cajus heres esto: & si Sempronius heres non erit,
Mævius heres esto. Hoc casu, ut & in prioribus duo-
bus, uno ex scriptis heredibus decedente, substitutus
in ejus vocatur locum: cùm in dispositione sit expres-
sa separatio facta, & uterq; alteri distinctè substitutus.
Atq; ita hanc quæstionem perspicuè enodat Clarissi-
mus Dn. Obrecht. disput.21. th.324. & multis seqq. De
eâdem quæstione consulantur Gomez. tom.1. resolut.
cap.3 num.35. Trentacinq. de substit. part.1. cap.17. nu.
12. & seqq. Intrigl. cent.1. quæst.46. nu.7. cum seqq.
Vasq. lib.3. de success. progress § 23. & aliquot seqq. alii-
que ab his relati.

Expirat præterea vulgaris substitutio, si heres jure 35
prætorio bonorum possessionem secundum tabulas
nactus fuerit. Hujusq; non una ratio est: Tum quia
notorii juris est, in omnibus bonorum possessores vi-
ce heredum haberi. *l.2 ff de bonor. possess. l.1. ibi, quos*
ipse velut heredes. ff de possessoria hered. pet. Tum
quia quemadmodum hereditatis; ita & bonorum
possessionis appellatio juris est. *l. bona autem.3 § 1. ff.*
de bonor. possess. l hereditatis.119. ff. de verb. sign. Tum
etiam, quia per agnitam bonorum possessionem indu-
citur gestio pro herede: ac proinde ea æquè nocebit
substitutio, atq; aditio *l puberem.12. C. de jure delibe-*
rand. Tum deniq;, quia in conditionibus interpretan 36
dis primum locum voluntas testatoris obtinere de-
bet. *l. in conditionib.19. & l pater Severianam.101. ff.*
de condit. & demonstrat. Iam verò his verbis, *si heres*
non erit. non modò eum, qui jure civili, sed etiam qui
jure prætorio heres existit, testator intellexisse credi-
tur, *argum. l. filio præterito.17. in fin. ff. de injust. rupt.*
irr. fact. testam. d. l. bona.3. §.1. ff. de bonor. possess. l. nun-
nunquam.14. & l si duo.16. ff de legat præstand. Cæ-
terum hoc accipiendum est de bonorum possessione
secundum tabulas: quia ea maximè secundum volun-
tatem defuncti datur: non etiam de bonorum posses-
sione contra tabulas: quoniam hæc contra defuncti
voluntatem competit, & contra ipsum testamentum
petitur. *l. sed cùm patrono.6 §.1. ff. de bonor. possess. l. il-*
lud notandum 4. in princ ff. de bonor. possess. contra ta-
bul. D. Obrecht d. disput.21. th.353. & seq. Enimverò
ex Iustinianeâ constitutione substitutionem reconva-
lescere apparet; si heres institutus. aditâ hereditate, te-
statoris voluntatem (quam exitum habere, Reipubli-
cæ interest. *l vel negare.5. ff. quemadm. testam. aperi-*
ant. l. verbis civilib.7 ff. de vulgar. et pupillar. substit. l.
quidam.4. vers. nobis itaq; C. de posthum hered. instit.)
adimplere recusaverit. *Novell.1. cap.1. ubi Cujac. et*
Auth. hoc amplius C. de fideicommissis. ibiq; Sichardus
num.21. et seq.

Est insuper & alius modus, quo substitutionem 37
vulgarem interire videmus: putà si testator parens fi-
liis suis, qui liberos non habent, substituat: qui si
postea liberos susceperint, substitutus excluditur Nec
refert, an conditio hæc, *si sine liberis*, addita fuerint, nec
ne: siquidem tacita semper subintelligitur: præsertim
cùm favor liberorum in causa sit, ut potius hi, quàm
substitutus, admittantur. *l. generaliter 6. § cùm au-*
tem. C. de institutionib. et substitutionib Sed & testa- 38
menta & ultima hominum elogia clementer, huma-
niter, ac piè sunt interpretanda, non duriter atq; inhu-
maniter, *notante Cyno ad d. l. generaliter. C. eod.* Quò
etiam confert; quòd cùm pater instituit filium, eiq;
post

post mortem alium substituit, ex illa dispositione elu-
39 ceat: patrem testatorem magis voluisse bona sua pe-
nes filium remanere ac esse, quàm penes substitutum.
Nemo enim alienam successionem suæ propriæ ante-
ponere præsumitur. *l. cum acutissimi. 30. in fin. C. de fi-
deicommiss.* Quam rationem etiam militare pro libe-
ris, post substitutionem susceptis, constat *ex d. l. gene-
raliter. 6. §. cùm autem. C. de instit. & substit.* Neq; ob-
stat pervulgata illa juris regula: quòd quicquid sit o-
missum, hoc pro omisso habeatur. *l. commodissime. 10.*
40 *& ibi Dd. ff. de liber. & posthum. hered. instit.* Hic au-
tem nulla apposita sit conditio: ac propterea non ap-
ponenda, sed purè dispositio exaudienda: ne scilicet

lege sapientiores simus. *Etenim* contrarium perspicuè decisum extat *in d. l. generaliter. 6. §. cùm autem. C. de instit. & substit.* ubi Iustinianus Imper. sancit: quandocunque filii instituuntur, iisve substituitur, quòd tum semper hæc conditio, *si sine liberis decesserint*, subintelligatur; tametsi nihil prorsus de ea testator dixerit. *Huicq; sententiæ subscribunt Ioannes Sichardus num. 12. Donellus & Gilkenius aliiq; ad sæpe allegatam. l. 6. §. cùm autem. C. d. tit. Dn. Collega Bocer. d. class. 3. disput. 5. th. 44. & Menoch. in Comment. de præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 89. ubi plures in hujus rei confirmationem rationes auctoritatesque Doctorum adducit.*

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

TITULUS XVI.

Principium Tituli.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solùm ita, ut suprà diximus, substituere potest: id est, ut si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres: sed eo ampliùs ut si heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit ei aliquis heres: veluti si quis dicat hoc modo: *Titius filius meus heres mihi esto. Et si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit, & prius moriatur, quàm in suam tutelam venerit: tunc Sejus heres esto.* Quo casu, siquidem non extiterit heres filius: tunc substitutus patri fit heres. Si verò extiterit heres filius, & ante pubertatem decesserit: ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est, ut cùm ejus ætatis filii sint, in qua sibi testamentum facere non possunt: parentes eis faciant.

SVMMARIA.

1 *Pupillaris substitutio quid, & unde sic dicatur*
2 *Pupillus qui propriè appelletur*
3 *Vulgaris & pupillaris substitutio quomodo differant.*
4 *Liberorum appellatione qui contineantur*
5 *Puberibus non substituitur pupillariter*
6 *Substitutio pupillaris quibus liberis fieri nequeat*
7 *Intellectus l. si mater. 33. ff. de vulg. & pupill. substit.*
8 *Num mater vel avus maternus jure novissimo liberis suis impuberibus pupillariter substituere possit*
9 *Emancipationis & patriæ potestatis differentia quatenus sublata*
10 *Ratio est anima legis, adeoq; pro lege habetur*
11 *Quo tempore impuberes subditi patriæ potestati esse debeant, ut substitutio pupillaris valeat*
12 *Quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit*
13 *Cum requiritur aliqua qualitas ad actum, quo tempore illa adesse debeat*
14 *Patria potestas in pupillari substitutione pro forma exigitur*
15 *Qualitas verbo adjecta, intelligi debet secundum tempus verbi*
16 *Confirmatio non suo tempore facta, nullius momenti censetur*
17 *Principium cujusq; rei pars potissima*
18 *Explicatio l. coheredi. 41. §. 2. ff. de vulgar. & pupillar. substit. & num. 27*
19 *Intellectus l. 2. in fine principii ff. d. tit.*
20 *Sententia l. si cognatis 19. ff. de reb. dub.*
21 *Sensus l. intervenit. 24. ff. de legat. præstand.*
22 *Mens l. non intelligitur 3. §. 2. ff. de jure fisci.*
23 *Cur etiam posthumi rectè substituantur*
24 *Quatenus posthumi pro jam natis habeantur*
25 *In dispositionibus conditionalibus regula Catoniana non attenditur*
26 *Consideratio l. servus 3. §. 3. ff. de heredib. instituend.*
27 *Mens & intellectus d. l. 41. §. 2. ff. de vulg. & pupill. substit.*
28 *Num intermedio tempore patria potestas ad substitutionem pupillarem sit necessaria*
29 *Filius primò emancipatus, deinde à patre suo iterum adoptatus, non tam translatus, quam redditus, videtur*
30 *An & quatenus procedat regula illa: quòd extinguatur negocium, si ad eum pervenerit casum, à quo incipere non potest*
31 *Si pater filio suo impuberi pupillariter substituerit, & pubertatem excesserit: an substitutio penitus sit inutilis*
32 *Utile per inutile vitiatur*
33 *Nunquid pupillaris substitutio, facta in tempus, quo filius desinet esse impubes, jure saltem fideicommissi valeat*
34 *Substitutio pupillaris post 14. ætatis annum verbis civilibus frustrà fieri dicitur*
35 *Evanescere quid sit*
36 *Actus semel in vim testamenti approbatus, amplius ad codicillos inflecti nequit*
37 *Cur pater filio impuberi testamentum facere possit*
38 *Mens & enucleatio l. Scævola. 76. ff. ad SC. Trebellian.*
39 *Consideratio cap. Raynut. 16. de testam.*
40 *Declaratio l. centurio. 15. ff. de vulg. & pupill. substit.*
41 *Quatenus verba directa ad fideicommissum trahantur*
42 *Substitutio pupillaris intra arctius tempus coerceri non prohibetur*
43 *Indefinitè substitutio pupillaris facta, usq; ad 14. annum valere præsumitur*
44 *Pupillariter substitutus quatenus sit heres patris, quatenus filii*

45 *Effe-*

1 VUlgaris substitutionis natura & proprietatibus
superiori titulo expositis: rectè non sequitur altera species substitutionis, quæ pupillaris dicitur. Eaque non malè definitur, quòd sit substitutio heredis, quâ pater, testamento sibi facto, liberis suis impuberibus, in potestate constitutis, heredem instituit, in hunc casum, quo sui juris adhuc impuberes demortui fuerint, *per hoc princip. & tit. hunc totum l. 1. §. ult. & l. 2. & passim ff. de vulgar. & pupill. substit. & per tot. ferè tit. C. de impub. & aliis substitutionib.* pupillaris inde appellata, quòd non nisi pupillo fiat, habita tamen magis temporis, in quod confertur, & quo pupillus est futurus is, cui substituitur, nempe post mortem pa-
2 tris, quàm temporis, quo fit, ratione. Siquidem quo
tempore fit testamentum, ille, cui substituitur, nondum erat pupillus: cùm pupillus propriè is vocetur, qui cùm impubes sit, in patris potestate esse desiit. *l. pupillus. 239 ff. de verb. signif.* Atis, cui substitutio fit, in potestate nondum esse desiit: alioqui ei pupillariter substitui non posset: *ut, post Viglium hic nu. 5. tradit Vultejus & Mynsinger. nu. 1.* In eo autem potissimùm vulgaris & pupillaris substitutio differunt: quòd vulgaris fit cuivis heredi, pupillaris, impuberi tantùm.
3 Illa fit à quocunque; hæc à parentibus duntaxat iis,
qui instituturum in potestate habent. Illa fit in casum non acquisitæ hereditatis, *si filius heres non erit*: hæc, in casum acquisitæ hereditatis & mortis, *si filius heres erit, & intra pubertatem mortuus fuerit.* Illa hereditaris acquisitione expirat: hæc pubertate ejus, cui substiturum est. Illa denique, *secundùm commune Doctorum effatum*, descendit ex lege XII. tabularum hæc moribus inducta est, *ut hic & l. 2. in princ. ff. de vulgar. & pupill. substit. Verùm hac de re nostram aperuimus sententiam suprà ad princip. tit. proximi, nu. 31. & seq.* Porrò Iustinianus *hic initiò* eorum, quibus
4 substitutio pupillaris fiat, tres notas recenset. Prima
est: ut sint liberi. Liberorum autem appellatione non tam filii, quàm filiæ, non tam nati, quàm posthumi. *§. non solùm. 4. vers. quacunq. & § masculo igitur. 8. infrà hoc tit.* non tam naturales & legitimi simul, quàm adoptivi. *l. sed si plures 10. §. in arrogato. 6. ff. de vulgar & pupill. substit.* non tam instituti, quàm exheredati. *d. §. non solùm. 4. infr. hoc tit. l. 1. § 2. & d. l. si plures 10. §. ad substitutos. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* non tam nepotes, quàm pronepotes, & cæteri continentur. *d. l. 2. in princ. vers. nepotio. ff. eod. l. liberor. 220. ff. de verb signif.* Secunda nota est: ut sint impuberes, 5
hoc est, necdum 14. annorum, si sint masculi, vel duodecim, si sint fœminæ. *d. l. 2. in princ. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Puberibus iter pupillariter non substituitur, *ut audiemus in §. ult infrà hoc tit.* Tertia est: ut sint in potestate. *d. l. 2. in princip. vers. quod sic erit accipiendum. ff. de vulgar & pupill. substit.* Cui con- 6
sequens est, substitutionem hanc liberis emancipatis, spuriis, naturalibus tantùm, ut & à matre (utpotè quæ liberos in potestate non habet. *§. fœmina. 10. suprà de adoptionib. l. mulierem. 5. C. eod. cæteri 3. infr. de hered. qualit. & differ. l. nulla. 13. ff. de suis & legit. heredib.*) factam, neutiquam valere, *secundùm Giphanium hic in verb. liberis suis Vultejum nu. 4. Hoigium nu. 4. Vigilium nu. 5. Mynsing. nu. 5. Schneidevv. nu. 8. Duarenum ad tit. ff. de vulgar & pupill. substit. cap. 14. Branchorst. cent. 3. ὑπεναντιοφανῶν assert 35. Arum. Exercit. 8 thes 14. Petrum Gregor. Tholoss. in syntagmat. jur. un. lib. 42. cap. 22. nu. 17. & Hanonium disput. 8. ad Instit. controvers. 18.*

Nec refragatur *l. si mater. 33. in princ. ff. de vulgar.* 7
& pupill. substit. ubi mater filio in tabulis pupillaribus valde substituit *Nam mater, ibi filio pupillariter non substituit hoc modo: Si filius mihi heres erit, & intra pubertatem moriatur, Sempronius heres esto.* sed substituit filio vulgariter hunc in modum: *Si filius mihi heres non erit, Sempronius heres esto*: quòd ex illis textùs verbis apparet, *si heres non erit*: quæ verba vulgarem substitutionem inferunt, *per principium tituli proximè præcedentis.* Neque obieris, quòd Africanus ibi tabularum pupillarium meminit: *quoniam* isthæc vulgaris substitutio ideò tabulis pupillaribus facta dicitur: quia fit in casum mortis impuberis filii, antequam in suam tutelam venerit, id est, antequam pubes fiat. Collatâ enim institutione in tempus pubertatis, cùm erit annorum quatuordecim, hæc verba, *si heres non erit*, sic accipiuntur; si infrà pubertatem decesserit, *Borcholt. hic num. 6. Marcil. in §. 1. Hunn. li. 2. var resol. jur. civ. tract. 6. quæst. 10. pag. 617 Arum. & alii locis præalleg.*

Ac sanè hoc jure veteri satis expeditum certumque 8
est: sed dubitatur, utrùm jure novissimo, quo emancipationis & patriæ potestatis differentia est sublata, *Novell. 118. cap. 1 & 4. Authent. de successione. C. de suis C. de legit. liber.* mater vel avus maternus liberis suis impuberibus pupillariter substituere possit? Et ne ho- 9
die quidem posse, omnes Doctores dicunt, teste Bartolo, *in d. l. 2. num. 7. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Etenim in successione tantùm ab intestato differentiam illam esse extinctam: ast in reliquis omnibus pa-

triæ potestatis effectibus, maximè verò in successio-
ne ex testamento discrimen illud adhuc durare, con-
cors Interpretum opinio est. *Gloss in Auth ex causa.
C. de liber. prateris Mynsinger. hic nu. 4. Intriglio in
tract. de substit. centur. 1. quast. 66. Coras. ad l. si testa-
mento. 7. nu. 8 C. de impub. & aliis substit. Didac. Spi-
no à Caceres in specul testam. gloss princ. 23. num. 12.
Gilken. ad l. post aditam. 5. num. 19. C. de impuber. &
aliis substitut.* Si tamen per statutum vel consuetu
dinem liberi potestati matris subjiciantur: tunc eam
pupillariter ipsis substituendi facultatem habere, non
10 perperam asseritur. Remotâ quippe & correctâ legis
ratione, quæ ejus anima est, & pro ipsa lege habetur.
*l. cùm mulier. 47. ff. solut. matrim. l. cùm ratio. 7. ff. de
bonor. damnator.* lex ipsa correcta esse intelligitur. *ar-
gum l. adigere. 6 §. quamvis. 2. ff. de jure patronat &
l. nominis. 6. in fine. ff. de verbor. significat.* Hinc & ju-
re renovato Wurtembergico matri, avoque mater-
no liberis suis impuberibus pupillariter substituere li-
cet. *part. 3. tit. 12. cap. de pupillari substitut. §. ult.
pag.* 374 Verum an & quatenus mater liberis suis
pupillariter substituere possit, *post alios*, declarat Mat-
thias Berlichius, *decis. 111. pag. 405. & seq.* Anto-
nius Merenda *libr. 3. controvers. jur. cap. 27. pag. 192.
cum seq.* itemque Valentinus Riemer. *decad. 6. quast.
illustr 6.*

11 Cæterùm quo tempore impuberes subditi patris
potestati esse debeant, ut substitutio pupillaris valeat,
anceps quæstio est? Et communiter Doctores affir-
mant; sufficere, ut impuberes tempore mortis testa-
toris ejus potestati subjecti sint, quamvis tempo-
re testamenti, sive substitutionis factæ, non fuerint,
*Accursius, Castrensis, Alexander, Baldus, Ioannes ab
Imola, Bartolus num. 8. Alciatus num. 22. & alij in l. 2
ff. de vulgar. & pupill. substit Fumaus in tract. de sub-
stit. rubric. de pupill. substit. num. 44. Sfortia Oddus
part. 3 praelud. substit. quast. 4. Leonius num. 130. cum
seqq. Trentacinq. de substit. part. 2. cap. 9 num. 2. In-
triglio l. de substit. centur. 1. quast. 67 Lorietus in tract.
de artic. jur. tit. de substit. axiomat. 49.* item Conna-
nus *libr. 10 Commentar. jur. civ. cap. 6. num. 2.* Sed
longè probabilius videtur; utroque tempore, substi-
tutionis nimirum & mortis, impuberes substituentis
12 potestati subjectos esse oportere *Primò* enim tritissi-
ma juris regula est: quod ab initio non valet, nec tra-
ctu temporis convalescere posse. *l. 1. in princ. ff. de re
gula Catoniana. l qua ab initio 210. ff. de regul. jur.*
Ergo substitutio quoque, quæ ab initio ex defectu pa-
triæ potestatis inutilis est, ex patria potestate ante tem-
pus mortis superveniente, vires recipere non potest.
13 *Secundo*, cùm requiritur aliqua qualitas ad aliquem
actum; ratio juris exigit, ut ista qualitas adsit eo tem-
pore; quo actus geritur. *l. si alienum 49 §. 1. ff. de hered.
instituend. §. in extraneis 4. infrà de hered. qualit.
& different.* ubi cùm quæritur, an cum aliquo testa-
menti factio sit. tria tempora considerantur; testa-
menti videlicet, & mortis, & aditæ hereditatis. Atqui
in nostro themate ad pupillaris substitutionis actum
patria potestas requiritur, *per hoc princ. & d. l. 2. in
princ. ff. de vulgar. & pupill substit.* Igitur eadem po-
testas eo tempore desideratur, quo actus geritur, nimi-
rum tempore testamenti. Et consequenter qui eo tem-
pore impuberem in sua potestate non habet, ei substi-
tuere pupillariter nequit. *Tertio*, quia *hic & d. l. 2. in
princ. ff. eod.* expressum est: parentes substituere in se-
cundum casum posse liberis impuberibus, quos in po-
testate habent: *quos habent*, dicit textus, verbis in tem-
pus præsens substitutionis collatis; non autem in futu-
rum, *quos habebunt*. Quare vel in primis requiritur, ut
liberi tempore factæ substitutionis sint in potestate
parentum. *Quarto* quia patria potestas in pupillari 14
substitutione pro forma requiritur, *hic & in d. l. 2.*
Formæ a. solennitatem intervenire debere eo tempo-
re, quo testamentum conditur, patet *ex l heredes pa-
làm. 21. §. 1. ff. qui testam fac. poss.* Quintò quia quali- 15
tas alicui verbo adjecta, intelligi debet secundùm
tempus verbi, *argum. l. in delictis 4. §. si extraneus 1. ff.
de nexalib. actionib. & l. miles ita. 41. in princ. ff. de te-
stam. militis.* Sed qualitas illa patriæ potestatis, dum
in jure requiritur, adjicitur verbo *substituere d. l. 2. in
princ. ff. de vulgar. & pupill substit. & in hoc textu no-
stro.* Ergo debet intervenire & verificari tempore factæ
substitutionis. *Sexto* quoniam confirmatio non suo 16
tempore, in actu legitimo facta, nullius momenti cen-
setur. *l. bonorum possessionem. 24. in princ ff. rem ratam
haberi, & de ratihabit.* & quia principium cujusque
rei potissima pars reputatur. *l. 1. vers. & certè ff. de o-
rigine juris.* Septimò huc confert textus *in l. coheredi.* 17
41 § cùm filia. 2. ff. de vulgar & pupill substit. ubi Pa-
pinianus ait: *Si quis ex his mortis quoq; tempore non
fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Qui-
bus verbis perspicuè significat, aliud esse tempus, quo
oporteat impuberes esse in parentis familia: de quo
quia non dubitetur, ideò nihil de eo exprimat: sed 18
tamen ita istud etiam aliud accedere debere, ut nisi eo
quoque tempore impubes sit in potestate, substitutio
irrita intelligatur. Illud alterum tempus non aliud in-
telligere possumus, aut debemus, quàm id, quo fit te-
stamentum sive substitutio: ut significetur, soli ei sub-
stitui posse, quem pater in potestate habet, cùm substi-
tuit. idq; particula sive dictio *quoq;* evidenter innuit:
cùm ea tempus testamenti seu substitutionis vi sua
implicet & requirat *per notata Nicolai Everhardi in
loco, à natura dictionum implicativarum.* Vltimò
hanc assertionem commendant *Raphael, Cumanus
nu. 5 & 9. Iason. nu. 17. Govean. nu. 22. Zasius nu. 30.
Marian. Socin. nu. 47. & 55. & Cujac. in d. l. 2. ff de vul-
gar. & pupill substit Angel. Aretin. & Viglius hic nu. 7.
Lancel. Politus de substit. pupil. nu. 21 Forcatul. Necyo-
mant dial. 31. nu. 3 & seq. Donell. lib. 6. Comment. de
jur. civ. cap. 25. pag. 88. ibiq; Hilliger in suis notis ad lit.
N. Covarruv. ad cap. Raynut. 16 de testam. § 5. num. 2.
Anton. Merenda d. lib. 3. controvers. jur. cap. 28. pag.
193 cum seq. Coras in l. quamvis 4. nu. 2. C. de impu-
ber. & aliis substitut. Gilkenius ad l. post aditam. 5.
C. eod. nu. 23. cum seqq. Duarenus ad tit. ff. de vulgar.
& pupill. substit. cap. 14. vers. diximus, &c. D. Bocerus
class. 3. disp. 5. thes. 40. edit. 2. & in hoc tit. num. 14. pag.
414. Hanon. disput. 8. controvers. 17. Matthias Stepha-
ni cent. 2. sub quast 76. Hunnius disput. 9. thes. 13. &*

lib. 2. var. resolut. jur. civ. tractat. 6. quæst. 11. pag. 618. Arum. Exercitat. Justin. 8. thes. 16. & Forster. lib. 2. disput. 13. thes. 18.

19 Non obstat huic sententiæ *sæpe citata l. 2. in fine principii. ff. de vulgar. & pupill. substit.* ubi disertè ita cavetur. *sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere: si modò eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit, filio præcedente.* Nam Vlpianus in illâ l. non simpliciter dicit, *extraneo substitui posse*: sed adjicit, *si modo adoptetur, vel arrogetur.* Itaque non voluit Iurisconsultus, extraneo simpliciter substitui posse, sed tum demum, si per adoptionem vel arrogationem, ante substitutionem pupillarem sibi factam, in potestatem substituentis transierit. Atq; hanc interpretationem, utpote vitio carentem, amplectuntur Duarenus, Donellus, Merenda; Viglius, & Arumæus *locis prælleg.*

20 Similiter minimè nocet *l. si cognatis 19. ff. de rebus dub.* ubi cognatis relictum, illis etiam præstandum venit, qui post testamentū cognati esse cœperunt, mortis tempore per arrogationem. *Separata* etenim hæc & diversa sunt: ac proinde malè ab iis infertur. *l. Papinian. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniat. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.* Siquidem cognatio non est necessaria ad legata, ut est patria potestas ad substitutionem pupillarem: sed cognatio illic ad quandam demonstrationem duntaxat est posita. Hujusq; diversitatis argumentum est haud obscurum: quòd substitutio pupillaris evanescit, si impubes emancipetur. *d. l. coheredi. 41. §. cùm filio. 2. ff. de vulgar. & pupill. substit.* At si cognatis relictum fuerit, illis quoq; debebitur, qui cùm cognati essent testamenti tempore, postea esse desierint, *d. l. si cognatis 19. ff. de reb. dub.*

21 Sic quoq; non obsistit *l. intervenit. 24. ff. de legat. præstand. contra tabul. bonor. possess. petitâ.* ubi die legatorum cedente, sufficit esse de numero liberorum. *Ibi namq;* aliâ ratione aliter statuitur: quia pupillaris substitutio sine patriâ potestate stare nequit, etiamsi filius velit, vel testator: sed cùm petitur bonorum possessio contra tabulas, & legata præstantur solis liberis ex illo edicto, jam antequam peteretur ea bonorum possessio, legatum valuit, & sine ea præstitum extraneis etiam foret. Et sic facilè firmantur, quæ speciem justi initii habuerunt. *l. patre. 8. ff. de his, qui sui vel alieni jur. sunt.*

22 Præterea non adversatur *l. non intelligitur. 3. §. quando autem. 2. ff. de jure fisc.* ubi si quis sit rogatus incapaci restituere, non intelligitur in fraudem fisci rogatus, si mortis tempore capax inveniatur. *Quoniam* ibi fideicommissum non pendet in totum à persona fideicommissarii, sed consistit quodammodo in herede, qui nobilior putatur: itemq; aliquo casu, hoc genus fideicommissi incapacibus restituendi, penes heredem remanere poterit. *l. ult. ff. de his, quæ ut indign. aufer.* at substitutio pupillaris sine patria potestate plane deplorata est, *uti explicat Forcatulus dict. dialog. 31. num. 5.*

23 Adhæc non moveri debemus textu *in §. non solùm. 4. in fine infr. hoc tit. & d. l. 2. in princ. vers. cæterùm. ff. de vulgar. & pupill. substit.* ubi etiam posthumis rectè substituitur: qui tamen tempore testamenti in potestate non sunt. *l. fin. ff. de collat. bonor.* Quòd enim posthumis substitui possit, ratio in promptu est: *tum* quòd parens æquè de illis solicitus esse debeat, ut de aliis filiis, etsi in potestate parentis non sint; neque etiam is scire queat, quando posthumus nascetur; quòd illud à naturæ avibus, & Dei Optimi Maximi beneficio pendeat. 24 *Tum* quòd interpretatione quadam juris perinde habeantur posthumi, ac si nati essent: adeòq; in potestate esse videantur; quamvis revera in potestate non sint: quia de ipsorum commodo agitur. *l. qui in utero 7. ff. de statu homin.* In gratiam quippe & utilitatem pupillorum comparata est hæc substitutio, ne intestati decedant, *ut liquet ex fine hujus principii, & docet Duaren. ad d. tit. ff. de vulg. & pupill. substit. cap. 124. & 1. vers. excipitur posthumus, &c.*

25 Hoc ampliùs non resistit; quòd in conditionalibus institutionibus sive dispositionibus, qualis est pupillaris, regula Catoniana non attendatur, *l. in tempus 62 in princip. ff. de heredib. instit. l. placet. 4. ff. de reg. Caton.* Nam causæ conditionis voluntariæ sunt separandæ à conditionibus necessariis: ut scilicet in conditionibus voluntariis Catonianam definitionem æquè, ut in puris legatis, aut institutionibus procedere dicamus. Idque coarguit. *d. l. si alienum. 49. §. 1. & l. sed si conditioni. 6. §. solemus 2. ff. de heredib. instit. item §. in extraneis 4. ibi, sivè purè, sive sub conditione. infrà de heredum qualit. & differ.* Ratio diversitatis illa considerari poterit: quòd conditionem ex necessitate adjicienti magis faveatur, quàm si id spontanea voluntate fieret. *l. si fidejussor. 7. § si necessaria. 1. ff. qui satisdare cogantur. Gilken. ad d. l. post aditam. 5. nu. 29. C. de impuber. & aliis substitutionib.*

Rursus non obstat *l. servus 3. §. qui fideicommissam 3. ff. de heredib. instit.* 26 ex quâ constat, quòd qualitas una in aliam qualitatem facilè mutetur. Sed hic qualitas, id est, vulgaris substitutio, quæ ab initio fuit, vertitur in pupillarem, superveniente patriâ potestate. *Etenim* liberaliter conceditur; qualitatem, quæ accidentalis est, quòd quis sit heres necessarius, aut voluntarius, facilè mutari. At non idem recipiendum est in illis conditionibus, quæ substantiales censeri debent. Hincque fit, ut substitutio verbis civilibus facta, post pubertatem expiret, nec in causam fideicommissi convertatur, *l. verbis. 7. & l. in pupillari. 14. ff. de vulgar. & pupill. substitut.*

Deniq; non contradicit text. *in præd. l. coheredi. 41. §. cùm filia. 2. ff. d. tit.* 27 ubi nepoti avus rectè pupillariter substituit, quamvis tempore testamenti primū locum non teneat, filio vivo: dūmodò ante mortem testatoris in primo loco esse cœperit. *Loquitur* namq; de illo nepote, qui in potestate erat, quiq; ex filio procreat⁹, post mortem parentis, locū filii in causa successionis tenere cœpit. *l. posthumor. 13. ff. de injusto. rupt. irr. facto testā.* Quæ res sanè nostræ sententiæ nō repugnat: cùm nō filii tantùm, sed & nepotes in nostra potestate esse possint. *l. nā civium 4. in fin. ff. de his, qui sui vel alieni jur. sunt.* Tametsi nepotes non statim jura suorū heredum nanciscantur, sed tum demū, cùm pater morte, vel alienatione

ratione suorum loco esse desierit. Adde, qvòd finis *dicti* §. 2 si diligentiore examine libretur, contrariam interpretationem penitus refellat: cùm implicativa dictio sive conjunctio *quoque* vtrumq; tempus, & mortis & testamenti includat, implicet atque designet *ut dictum suprà num.* 18. *& notat Gilkenus ad d. l.* 5. *num.* 25. *C. de impub. & aliis substit.*

28 Sed utrùm intermedio tempore, qvod intercedit inter tempus mortis & testamenti, patria potestas sit necessaria, satis qvoqve controversum est? Ponamus enim, Titium filio suo, quem tempore testamenti in potestate habebat, in hunc casum, *si intra pubertatem decesserit*, substituisse, & facto testamento eum emancipasse, & postea ante obitum suum eundem rursus adoptasse: qværitur jam, an pupillaris illa facta substitutio adhuc valeat? Et jure civili non valere, sed propter liberationem à patria potestate intermedio tempore factam, extinctam penitus esse multi arbitrantur, *quos refert Gilkenius in d. l.* 5. *num.* 38. *&* 40. *Cod. d. t.* Verùm contraria sententia, substitutionem videlicet propter defectum patriæ potestatis, qui intermedio tempore accidit, non extingui, si modo filius tempore mortis in potestatem substituentis redierit, verior videtur, *per l. sed si conditioni.* 6. §. *solemus.* 2. *& l. si alienum.* 49. §. 1. *ff. de heredib. instituend.* ex quibus edocemur, tria tempora sufficere, qvibus desideratur habilitas illius, qui heres instituitur, tempus nimirùm mortis, testamenti & aditionis: nec medium tempus, qvo forte peregrinus vel servus esse coepit, heredis institutioni nocere. Eâdem igitur ratione dicere possumus: ad hoc, ut valeat pupillaris substitutio & effectum habeat, non opus esse, ut medio tempore impubes potestati substituentis subjectus maneat: sed sufficere, ut tempore testamenti & mortis in patriâ potestate fue-

29 rit. Præterea pro confirmatione hujus sententiæ adducitur *l. non putavit.* 8 §. *si quis emancipatum* 7. *ff. de bonor. possess. cont. tabul. & l. filio, quem.* 23. *ff. de lib. & posthum. heredib. instituend.* vbi dicitur, filium, qui primò fuit emancipatus, deinde à patre suo naturali iterùm adoptatus, non tàm translatum, qvàm reddidum videri. Qvorum verborum hic est sensus: emancipatum, qui per adoptionem in patriam potestatem patris naturalis receptus est, non censeri è familiâ exiisse, & de familiâ in familiam translatum esse: sed semper in patria potestate mansisse intelligi. Qvòd eùm ita sit: manifestum est, emancipationem supervenientem nihil obesse pupillari substitutioni: si modò filius per adoptionem in potestatem patris reversus fuerit. Eâ namque ratione qvasi jure postliminii patriæ potestati redditus, & nunqvam emancipatus fuisse reputatur, *juribus præallegatis.*

30 Nec obstat regula illa generalis: qvòd extingvatur negocium, si ad illum casum pervenerit, à qvo incipere non potest *l. existimo.* 98 *& l. pluribus.* 140 §. *etsi placeat.* 2. *ff. de verbor. obligat. l. pro parte.* 1. *ff. de servitutib. & l. si in metallum.* 3. §. *ultim. ff. de his, qui pro non scriptis habent.* Regula enim illa non usque adeò generalis est, ut nullam patiatur exceptionem. Itaque *in l. in ambiguis.* 85. § 1. *ff. de reg. jur.* Paulus respondit: non esse novum, ut qvæ semel utiliter constituta sunt, durent; licèt ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt. Tunc autem regula ista non procedit, si negocium, quod ad eum pervenit, à quo incipere non potest, fuerit in priorem statum restitutum, à quo incipere potuit. *Deinde* etiam haud ineptè respondetur: in præsenti casu pupillarem substitutionem non pervenisse ad eum casum à quo incipere non potuit. Nam, *ut paulò antè demonstratum est*, filius emancipatus, qui post emancipationem iterum adoptatur à patre naturali, nunquam è familia translatus, sed patriæ potestati semper fuisse subjectus intelligitur. *Atque ita sentiunt Salicetus, Alexander, Ripa, & Alciatus in l.* 2 *ff de vulg. & pupill. substitut. Vasquius de success. progress.* §. 14 *num.* 119. *& seq. Michael. Graff. in dictione, substitutio. quæst.* 23. *in fine, hesq; laudans Gilkenius in d. l.* 5. *num.* 41. *C. de impub. & aliis substitut.*

Porrò si pater filio suo impuberi pupillariter substituerit, & pubertatem excesserit, hoc videlicet modo: *Si Cajus filius meus impubes intra vicesimum annum decesserit, Titius ei heres esto:* non erit penitus & in totum inutilis hæc substitutio pupillaris: sed ad pubertatem usqve valebit: licèt energiam & efficaciam suam ulteriùs non extendat *l. verbis civilibus.* 7. *& l. in pupillari*, 14 *ff. de vulgar. & pup. subst.* Eòqve facit vulgata regula juris: qvòd utile per inutile non vitietur; actusqve neqvaqvam pereat, si superflui aliquid, qvòd non erat necessarium, accedat. *l.* 1. § *sed si mihi.* 5. *ff. de verb. obligat. l. pecunia* 9. *in princ. ibi, superflue, detracto l. usuras.* 20. *l. placuit* 29 *ff. de usur. l. sed etsi.* 12. *ff de constitut. pecun. l. qui testamento.* 37. *ff de leg.* 2. Sed in ambiguam disquisitionem venit: an hujusmodi pupillaris substitutio facta in tempus, quo filius definet esse impubes, jure saltem fideicommissi valeat? Et (non obstante contrariâ sententiâ *Gomezii tom.* 3. *var. resolut. c.* 4. *n.* 6. *Donelli lib.* 6 *Commentar. de jure civ. c.* 25. *pag.* 89. *Zasii in tr. de substitut. c.* 5. *Vacensis à Vacuna libr.* 4 *declarat.* 64 *num.* 19. *& seq. aliorumq; nonnullorum*) crebriùs & veriùs obtinuit, ne quidem in vim fideicommissi istiusmodi substitutionem valere, tametsi adjecta sit clausula salutaris, quæ talis est: *ut, si testamentum jure testamenti non subsistit, subsistat jure codicillorum.* Tum quia disertè Papinianus respondit: substitutionem pupillarem verbis civilibus sive directis post decimum quartum ætatis annum, frustrà fieri, *d. l. verbis.* 7. *ff. de vulg. & pupill. subst.* Jam verò si valeret jure fideicommissi: eam frustrà fieri, haud dicendum esset. Tum quia *in §. masculo* 8 *infr. hoc tit.* traditur, quòd hæc substitutio post pubertatem evanescat. Evanescere autem nihil aliud est, quàm intercidere, & in nihilum redigi *arg. l. cùm fundus.* 31 § 1. *ibi, actio de peculio evanescit. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Tum quia actus semel jo vim testamenti approbatus, ampliùs ad codicillos inflecti nequit: *l. fin. C. de Codicill.* ne hoc modo jura codicillorum ac testamentorum confundantur, *contra* §. *codicillis.* 2. *infr. de codicill. & l. pen. C. eod.* Tum quia manifesti juris est: qvòd testator testamentum esse voluit, fideicommissum aut codicillus esse non possit. *L. coheredi.* 41 § *quod si heredem.* 3. *vers. ea scriptura. ff. de*

de vulg. & pup subftit. l. ex ea fcriptura. 29. ff. qui teftam. fac. poff l. 1. & l. illud. 13. §. 1. ff. de jur. codicillor.

37 Tum quia fingulari libertatis favore receptum eft: ut directa fubftitutio obliquetur, five jure fideicommiffi fuftineatur *l. generaliter. 24. §. fi quis fervo. 10 ff. de fideicommiff. libert.* Quod certè jus commune in contrarium effe arguit. Tum poftremò quia moribus introductum eft, ut pater filio impuberi ideò poffit facere teftamentum, quòd ejus ætatis nondum fit, ut fibi ipfi heredem conftituere queat *hoc principio noftro, in fine.* Ergo non debet provifio patris admitti per interpretationem fideicommiffi eo cafu, quo pubes ipfe teftari, fibiq; heredem fcribere poteft, *arg. l. ex facto. 43. circa princ. ff. de vulg. & pupill. fubftitut.* Hancq; fententiam defendunt *Bartol. n. 7. & Govean. nu. 4 ad d. l. verbis. 7 ff. de vulg. & pupill. fubftit. Viglius numer. 7. Wefemb. nu. 4. Bercholt. nu. 3. & 4. ad §. ult. infr. hoc. t. Cujac. lib. 11. obfervat. l. 25 & lib. 12. c. 27 Connan. lib. ult. Comment. jur. civ. c. ult. nu. 9. Broneborft. cent. 3. ἐναντιοφανῶν. affert. 33. Dn. Beeer. claff. 3 difp 5 thef. 48 & 78. edit. 2. & in hoc principio. n. 22. & feq. pag. 416. Fachin. lib. 4 controverf. iur. c. 44 Vultejus hic nu. 8. Anton. Fab. lib. 15. conject. cap. 12. Trentacinq. de fubftit part. 2. c. 10. num. 9. Intrigliol. de fubftit. cent. 1. quæft. 65. Lycklama in lib de jur. ftudiof. velit. legal. 3. q. 129. & feqq. Matth. Gribald. lib. 1 de rat. ftud. c. 5. Vaud. lib. 2. q. 12. Chiflet. lib. 2. de jur. fideicommiff cap. 19. Petr. Gregor. lib 42. fyntag. jur. na :. 22. num. 10. & 11. Vincent. Cabot. difputation. libr. 2 c. 21. Arumæus Exercit. Juftin 8. thef. 12. Hilliger. in Donell. enue. lib. 7. cap. 17. ad lit. E Gilken. ad d. l. 5 num. 31. & feqq. C. de impuber. & al. fubftit. Hænon. difp. 8. controverf. 20. Forfter. lib. 2. difp. 13. thef. 24. Schegk. in delibat jur. difp. 10. thef. 31. ad lit. E. Berens. difp. 7. ad inftit. them. 1. quæftion. 8. Hunnius lib. 2. var. refol. iur. civ. tract. 6 quæft. 13 pag. 620.* Eaque de re prolixius, relatis pro utraque parte pluribus auctoritatibus, differtat Iacobus Menochius *in Tract. de præfumptionib. lib. 4. præfumpt. 55.*

38 Affertioni noftræ non adverfatur *l. Scævola 76. ff. ad fenatuscanf. Trebellian.* ubi refertur, patrem filio impuberi heredē fubftituiffe directo in codicillis, quæ directa fubbftitutio interpretatione benignà ad precariam trahatur. *Nam* illic plane diverfio eft cafus Primò enim ibi non io teftamento, fed in codicillis fubftitutio facta proponitur: in quibus cùm nihil directò fieri poffit, fubftitutio directò facta ipfo jure nulla eft: fed tamen benignà interpretatione fuftinetur, & (*uti Interpretes loquuntur*) obliquatur. *Vult. d num. 8.* Deinde *in illa* l. proponitur filius deceffiffe intra pubertatem: nos loquimur de filio, qui poft pubertatem decedit Adveniente autem pubertate, fubftitutio pupillaris prorfus evanefcit & expirat. *d. §. mafculo. 8. inf. hoc tit. Et de intellectu iftius legis nonnihil diximus fuprà ad principium tit. proximi, n 42.*

39 Nihil quoque refragatur *c Raynutius 16 ext. de teftam.* ubi hæc leguntur verba: *Adjecta verò impuberi reliquit certa bona fua, adjiciens, ut Aldarocha & foboles, quam geftabat in utero, eidem impuberi fuccederent, fi abfq; liberis moreretur, &c.* ex quibus verbis dicendum videtur, fubftitutionem impuberi verbis directis factam ad fideicommiffum deduci: quoniam verba illa (*eidem impuberi fuccederent*) directa cenfentur. Nihil, *inquam*, hoc cap. refragatur. Negatur etenim, verba illa directa effe, *per Fachineum d. lib. 4. controverf. iur. c. 44. verf. refpondeo, &c allegantem adhoc Didacum Covarruv ad d c. Raiautius. 16 §. 9 nu. 5. verf. item verbum fuccedat, &c.* Dein refpondetur: fi illa verba, utpote directa, pro precariis fint accipienda, eâ in re jus Pontificium à civili difcrepare, adeoq; Pontifices erraffe, *ut fcribit Cujacius d. lib 11. obfervat c. 25.*

Non item obftat *l. centurio. 15 ff. de vulg. & pupill. fubftit. & l. precibus. 8. C. de impuber & aliis fubftitut.* 40 ubi fubftitutio verbis directis puberi facta a milite in cafum, quo heres erit, & intra certum tempus morietur, jure fideicommiffi valet. *Militi* namque hoc fingulare privilegium conceffum eft: ut fubftitutio pupillaris ab eo facta verbis directis, valeat ultra pubertatem in vim fideicommiffi. Cùm enim miles habeat hoc privilegium, ut poffit etiam ex tempore, & ad tempus heredem facere. l. *miles ita 41. in princ ff. de teftamento milit* poterit utique poft pubertatem quoque fubftituendo, bona fua in heredem transferre. Quod quia ex privilegio fpeciali militibus competit: confequens eft, paganos, qui nullum tale habent privilegiũ, ultra pubertatem fruftrà fubftituere. *d. l. verbis. 7. ff de vulg. & pupill fubft.*

Minimè denique officit, quòd verba directa interdum ad fideicommiffum trahantur. 41 *l. ex facto. 17. in pr ff. ad fenatusc. Trebellian. l filiusfam. 114. §. ut quis heredem. 6. ff. de legat. 1. l. cùm proponebatur 64. ff. de legat. 2 cum fimilib.* Nam non bona eft confequentia: verba directa quandoque trahuntur ad fideicommiffum. Ergo & in cafu noftro. Siquidem *in allegatis legibus* verba teftatoris relata funt heredem: quæ proinde facile fideicommiffum inducere poffunt. Quare, ut habetur in dictis legibus, fi quis rogatus fuerit, ut aliquem heredem faciat: id accipiendum erit, ut fideicommiffo rogatus effe videatur hereditatem reftituere. Non igitur, fi in ifta fpecie ita conftitutum eft: idcirco idem in cafu noftro refpondendum erit; qui & longè diverfus eft, & diverfam rationem habet. *Fachin d. lib. 4. c. 44 in fine.*

Quanquam verò pater hanc fubftitutionem pupillarem ultra pubertatem porrigere non poteft: intra arctius tamen tempus eam coercere & includere non prohibetur. 42 Itaque fi filio fuo ita fubftituat: *Si Titius filius meus intra decimum vel octavum ætatis annum decefferit, Sempronius ei heres efto.* hæc fubftitutio non eft nullius valoris, fed in fuo vigore ufque ad tempus præfinitum permanet, *per textum luculentum in l qui plures. 38 §. 1. & l. ex facto 43. §. fi quæro. 1. ff. de vulg. & pupill. fubftitut. Schneidevvin hic n. 21. D. Bocer. claff 3 difputat. 3. thef. 49 et 79. edit. 2.* Cæterùm fi indefinite fubftitutio hæc pupillaris facta fit: tum illa uf- 43
que ad decimum quartum ætatis annum, ob pupilli favorem & utilitatem, valere præfumitur. *arg. l. Iulianus. 42. in pr. ibi, impugnat enim utilitatem pupilli. ff. de acquir vel omit. heredit.* Quocirca in dubio omnino credendum eft: teftatorem patrem noluiffe talem favo-

favorem restringere, sed eundem potius voluisse ampliare. Communis quippe regula est: pupillarem substitutionem usque ad plenam pubertatem plerunque factam censeri. l. 2. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. nec testatorē à communi regulâ recessisse præsumi, sicuti id ipsū, post Hier. Gratum consil. 125. n. 12 & consil. 136. lib. 2. dilucidè explanat Menochius d. lib. 4. præsumpt. 47. per tot. Quem refert etiam & sequitur Dn. Collega Bocer. in hoc tit. num. 25. p. 416.

44 Illud porrò hic ex vers. quo casu &c. diligenter notandum est: quod pupillariter substitutus sit heres interdum patris, interdum filii: & patris quidem, si filius institutus non fiat heres. Tum enim substitutus heres est patris, eique succedit. Censetur namque pater hunc substitutum etiam per consequentiam sibi substituisse, per hæc verba: si filius heres non erit: quæ est formula substitutionis vulgaris. Contrà substitutus filio erit heres, si filius patri heres factus ante pubertatem decesserit. Hic siquidem casus & formula est substitutionis pupillaris, quâ ipsi filio substituitur, sive heres ipsi instituitur. Nec moverit, si objiciatur; videri hoc secundo casu substitutum heredem esse non tantum filio, sed etiam patri, quia utriusq; capiat hereditatem; & quia duplex quoque sit hereditas; una patris, altera filii. §. igitur. 2. infr. hoc t. Nam respondetur: esse quidem duas hereditates, & utramque capere institutū, sed pro una haberi junctâ & ex duabus conflatâ, per elegantem textum l. sed si plures. 10. § filio. 2 ff. de vulg. & pupill. subst. l. qui patri 59. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Quæ causa quoque est, cur una duntaxat Falcidia ex utraque detrahatur. l. in ratione. 11. §. quod vulgò 5. l. si is, qui. 80. in princ. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quàm per leg. Falcid. &c. & notat Giphanius hic in d. vers. quo casu, &c. idq; latius paulè explicabitur
45 ad §. 2 infr. hoc t. Effectus igitur præcipuus substitutionis pupillaris in eo consistit, quod impubere, antequam ad pubertatis annos perveneris, mortuo, substitutus illius heres efficitur, per hoc principium nostrum. & in omnibus ejus bonis, non solum iis, quæ tempore substitutionis habuit; sed & quæ postea illi quocunque titulo obvenerunt, succedit. d. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. 5. & §. in arrogato. 6 ff. de vulg. & pupill. subst. Paul Leon. in tract. de subst. tit. de pup. substit. n. 210 Menochius d. lib. 4 præsumpt. 48 D. Bocer. in class. 3. disp. 5. th. 76. & in hoc princ. n. 55. cum seq. p. 424. Intrigius hic n. 8 & Mynsing n. 16. adeòque non modo omnes ab intestato venientes, verùm etiam matrem filii impuberis à successione legitimâ excludit; si ipsa substitutio expressa sit, per l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inoff. test. ubi Vlpianus ex Papiniani mente respondit: quòd mater de inofficioso testamēto queri non possit, quamvis à successione pupilli per substitutum pupillarem exclusa reperiatur. Idem probatur per l. Lucius Titius. 45 in fine princ. pr. ff. de vulg. & pup. substit. ubi cùm dicitur, matrem filio tantum ab intestato succedere: satis apparet, quòd substitutus ex testamento admittatur. Accedit apertus textus in c.
46 1 § ult. de testament. in 6 ubi papa Bonifacius disertis verbis matrem à pupilli bonis, propter substitutionē pupillarem, removet. Facit quoque huc, quòd quamdiu speratur heres ex testamento, tamdiu legitimo nō sit locus. l. quamdiu. 3. & l. quamdiu. 69. ff. de acq. vel omitt. heredit. Sed substitutus est heres ex testamento. Ergo meritò per eum omnes legitimi heredes, & consequenter etiam mater excluditur. Bartol. in l. 2. in pr. nu. 31. ff. de vulg. & pup. subst. Covarruv. in c. Raynutius. 16 §. 5 n. ult. de testamentis. Castrens. & Sich. ad l. precibus. 8. nu. 15. C. de impub. & aliis substit. D. Bocer. d. disput. 5. th. 61. & in hoc princ. n. 42. pag. 419 Rolandin. Passagerius in tract. de testam. & ult. volunt. rubr. de pupill. substitut 24. nu. 7. & seq. Berlich. part. 3. conclusionum practicab. conc. 10. num. 12. & seq Menoch. d. lib 4. præsumpt 38. num. 2 ubi ait, hanc receptissimam esse sententiam, nec esse quenquam ex Interpretibus, qui dissentiat.

Etsi verò mater per expressam pupillarem substitu- 47
tionem excludatur; atq; adeò in tabulis filii pupillaribus præterita, querelam inofficiosi contra pupillares tabulas movere, & testamentum filii evertere nequeat, d. l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. 5 ff. de inoffic. testament. haud tamen suâ legitimâ iisdem tabulis pupillaribus privari poterit. l. omnimodo 30 & l. quoniam 32. C. de inoffic. testam. Nov. 1. in præfat. § primum itaque. 2. Novell. 18. c. 1. Nov. 123. c. 19. & Auth. Presbyteros & Diaconos. C. de Episcop. & cleric. sed eam alio juris remedio, condictione scilicet ex lege, consequi valebit. Quoties enim lege debitum, & obligatio aliqua 48
introducitur, nec simul eâdem lege cavetur, quo actionis genere debitum istud peti possit, ex lege agendū erit. l. unic. ff de condict. ex leg. Præterea indubitati juris 49
est, quòd omninò liberis legitima à parentibus debeatur, ita ut eam nec directè, nec obliq; liberis parentes adimere, vel gravare possint. l. parētib. 8. d. l. quoniā 32. & l. scimus. 36. §. 1. Cod. de inoffic. test. Quemadmodū ergo legitima liberis debetur à parentibus: eadem etiam ratione debetur legitima parentibus à liberis. l. nam et si parentibus. 15. in pr. ff. d. t. d. Novell. 1. § 2. Vnde sicut ipse filius impubes, si esset pubes, testarique posset, matri superstiti legitimam adimere nequiret. d. Auth. Presbyteros & Diaconos. in fin. C. de Episcop & cleric. ita & pater, cùm testatur pro filio impubere, matrem legitimâ privare nequit. Qui enim non potest a- 50
liquid facere per se; multò minùs facere poterit per alium, l. nec; per se. 10. ubi gl. ff C. de heredib. instituend. c. quod alicui, 67 ibique Dynus de reg. jur. in 6. Sed &
51 hoc constat: quòd privilegium illud patri concessum, ut scilicet impuberi suo filio testamentū condere possit, in præjudicium alterius converti non debeat. l. impuberi. 40 ff. de administr. & peric. tut. l. cùm filiusfamilias 28. ff. de testam. milit. Quod sanè hic fieret, si
52 mater suâ legitimâ per patrem privaretur. Nec resistit huic sententiæ, quòd mater præterita in pupillari testamento, movere querelam inofficiosi non possit. d. l. Papinianus. 8 § sed nec impuberis. 5. ff. de inofficioso testam adeoq; in totum excludatur. Nā sicut illud cōstitutum & receptum est: ita hoc æq; constitutū & receptū non est, ut mater in testamēto pupillari præterita, petere legitimā prohibeatur: proindeq; pro constituto & recepto haberi non debet. l. pen. v. neq; enim sicut illud ff. de reb. cred. si cert. pete. Ideò autem mater querelam 53
hoc

hoc casu non habet. quia filius ipse nil contra officium pietatis egit: quippe qui testatus non est, sed patet. Neque verò putandum est, quòd duo sint connexa, legitima & querela inofficiositatis ut solà inofficiosi querelâ servari legitima possit, non ullo alio juris remedio. Si enim parentis testamento tota legitima liberis relicta non sit: vel liberorum testamento relicta non sit parentibus tota legitima: exigi supplementum poterit, cessante querelâ, petitione hereditatis, aliove remedio juris *d.l. quoniam. 32. C. de inoffic. testamento. Novell. 115. c. 5. in princip. & latius explicatur in § ultim. infr. de inoffic. testament. circa finem.*

54 Neque etiam refragatur *c. 1. §. ult. de testament. in 6.* ubi Bonifacius Octavus expressè scribit: quòd pater in testamento, quod filio impuberi facit, privare matrem legitimâ portione possit. *Ibi* namque fratrem in testamento pupillari privare posse matrem legitimâ, est posse eam impunè præterire in testamento, sive substitutione pupillari: ita ut præterita movere querelam inofficiosi adversus pupillare testamentum non valeat. Ea quippe canonica sanctio petita videtur *ex d.l. Papinianus. 8 §. sed nec impuberis. 5 ff. de inoffic.*
55 *testament.* sicuti subjecta ibidem ratio, quæ eadem est cum ratione, quæ *in dicto modo §. 5.* additur, non obscurè arguit. Et quamvis nonnulli existiment, juri civili hac in re adversari jus Pontificium: illo videlicet matrem non privari legitimâ in testamento impuberis: hoc verò, patrem posse omninò privare matrem legitimâ in testamento pupillari: *Socin. sen. num. 21. Iason. 31. in l. moribus. 2. ff. de vulg. & pupill substitut. Berlichius d. part. 3. conclus. 10. num. 21. ubi plures citat.* hæc tamen diversi illius juris differentia sustineri vix poterit: tum quòd æquitate jus canonicum cedere juri civili non putetur: & in dubio discordia inter jus canonicum & civile induci non debeat, nisi ubi reperiatur expressum *cap. 1. & 2. ubi gloss. ext. de novi oper. nunciat.* tum quòd verba *dicti cap. 1. §. ult. de testament. in 6.* interpretationem & intellectum allatum haud ægrè admittant. Sicque tradunt & sentiunt. *Dn. Collega Bocer. hic num. 71. & seqq. pag. 427. & d. class 3 disput. 5. th 85. Albericus de Rosate, Decius & Corasius ad d.l. precibus. 8. Cod. de impuber. & aliis substit. Treutacinq. de substitut. part. 2 cap. 16. numer. 5. & Menochius d. lib. 4. præsumpt. 38.* ubi *numer. 15.* dissentientes (quorum & ipse argumenta abunde refellit, *num. 16. & seqq.*) allegat *Bartolum. Pimmald. Iuniorem, Rolandum à valle, & alios*: quibus addendi sunt. *Sichardus in d.l. precibus. 8. numer. 19. in fine. Cod. de impuber. & aliis substit. Fachineus lib. 4. controvers. jur cap. 42. & Paulus Berens. disp. 7. ad Instit. them. 1. quæst. 6. itemq; Paulus Æmilius Gallus in tractat. de except. in success. tam ab intest. quàm ex testã. part. 2. tit. 4. except. 19. numero 20. & sequentib. folio 385.*

56 Sed utrùm tacita pupillaris substituto (quam clausula vulgaris substitutionis complecti solet. *l. jam hoc jure. 4 ff. de vulg & pupill substit.*) matrem, cum filio impuberi coheres data non est, excludat, mirè inter Dd. controvertitur? Sunt enim, qui illud affirmant ut *Viglius hic numer. 16. & Heigius. numer. 9. Fulgos. Decius, Salicetus, Castellionens, Cato Saccus. Curtius Iunier. & Donellus in d.l. precibus. 8. Cod. de impuber. & aliis substitut. Connan. lib. 10. Comment. jur. civ. c. ult. num. 13. Paul. Leonius in tractat. de substitut. t. de vulg. substitut. num. 118. Emanuel Soarez. in addit. ad Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 4. num. 8. Fernand. Vasq. de succession progress. libr. 2. §. 15. num. 64. Anton. Faber. lib. 15. conjectur. cap. 9. & in error. pragmat. decad 33. error. 5. Gilkenius ad l. fin. num. 4. & seqq. Cod. de institut. & substitut. Vatonius à Vacuna lib. 4 declarat. 63. num. 10. Vaudus libr. 1. var. quæstion. q 44. Ant. Merend. ad lib. 3. controvers. jur. cap. 40. pag. 209. cum seqq. & D. Hunnius disput. 9. ad Instit. thes. 21. & lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 6 q.*
q. 17. Non desunt etiam, imò multò plures se offerunt, 57
qui illud negant, *ut Accursius, Odofredus, Cynus, Bartol. Bald. Angelus, Alexander, Paulus de Castro, Franc Aret. Albericus, Corneus & Ias. in d.l. fin. Cod. de instit. & substitut Caccialupus & Sichardus num 4 ad d l. precibus. 8. C. de impub. & aliis substit. Bartholomæus Socin. num. 22. Ripa num 46 & Alciat, num. 55. in l. 2. ff. de vulg & pupill substit. Ant. Fumaus in tractat. de substitut. num. 55. Raph. Cuman. & Ioan. ab Imola in l. Lucius. 45. ff. de eod. Menochius d. libr. 4 præsumpt. 39. Cujacius libr. 12. observ. 27. Nicol. Everhard in suis locis legalibus in loco, ab expresso ad tacitum. num. 10. Angelus Matthæacius lib. 1. de legat. & fideicommiss capit. 12. Zasius de substitut. pupill num. 22. Rolandin. passager. in tractat. de testam. & ult. volunt. rubr. 23. num. 10. Tiraquell. de privilegiis piæ causæ, privileg. 69 Michael. Graff. lib. 1. recept. sentent. § substitutio. quæstion. 30. num. 4. aliiq; ab eo relati.* Quibus quoque accedunt *Fachineus lib. 4. controvers. jur. cap. 40. Trentacinq. de substitut. part. 1. c. 12. D. Collega Bocerus hic num. 47. pag. 421 & d. class. 3. disput. 5. thes. 68. edit. 2. Dominic. Card. Tusch. tom. 7. practicab. conclusion. lit. S conc. 803. num. 4. Berlich. d part. 3. conclus. 10. num. 23. & alii, per hunc citati.* Atque hæc negata opinio quæ communis perhibetur, innititur rationibus non contemnendis. Nam tacita pupillaris substitutio ex testatoris parentis voluntate semper præsumitur. *d.l. jam hoc iure. 4. §. ult. ibi, voluntatis quæstionem relinquat. & ibi, si voluntas parentis non refragetur. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Atqui præsumptio nihil pe- 58
nitus operatur, cum æquitas ei expressè adversatur, *arg. l. postliminium. 19. in princip. & §. transfuga. 4. cum §. seq. ff. de capt. & postlimin revers.* Itaque nec in nostro casu quicquam operabitur: siquidem æquitas non suadet, matrem à successione pupilli per tacitam pupillarem excludi. *d.l. nam etsi parentibus. 15. in princ. ff. de inoffic. testam. l. scripto. 7. in fine. ff. unde liberi.* Deinde quemadmodum substitutio vulgaris non porrigitur de casu ad casum, in favorem extranei, ad exclusionem ejus, cui successio debetur, *per notata Bartoli & aliorum in l. si mater 33 §. ult ff. de vulgar. & pupill. substit.* ita pariter casus pupillaris expressæ, qua matrem excludi suprà *num. 45.* probatum est, non debet extendi ad pupillarem tacitam, ut mater, cui filii successio debetur, excludatur. Præterea mater à suc- 59
cessi-

cessione filiorum arceri, suoque jure privari haud potest, nisi hoc nominatim à lege vel à testatore expressum, *argum. l. & si quis. 14. §. Divus. 14. ff. de religios. & sumpt funer. Novell. 2. cap. 3.* Ideoque hoc in casu matris intentio abunde fundata est, quòd videlicet exclusa non sit; nisi à substituto demonstretur, jure cautum esse, matrem exclusam censeri. Et sane cùm dubia sit hæc substitutio, an nimirum pater ita substituendo excludere voluerit matrem filii, nec ne: ob id interpretanda est secundùm legis dispositionem, deferentem successionem ab intestato: eum causa testati
60 dubia declaretur & reguletur à causa intestati, *ut tradunt Decius consil. 186. colum. 2. Corneus consil. 131. ad fin. lib. 2. & consil. 233. col. pen. lib 4. Socin. Sen. consil. 249. num. 21. lib. 2. Socin. Iun. consi. 26. num. 25. libr. 1. Ruinus cons. 144. num. 13. lib. 3. Paris. cons. 37. num. 42. lib. 2. & Alciat. respons. 96. num. 34.* Est ergo interpretanda, quòd pater matrem excludere noluerit: quia si excludere voluisset, facile id exprimere potuisset. *l.*
61 *unic. §. ubi autem. 11. in fine. C. de caduc. tollend.* Sed & ratio diversitatis, quare mater expressam pupillarem excludatur, non item per tacitam, manifesta est: quia quando expresse alicui pupillariter substituitur: tunc mens & verba testatoris per se satis clara ac certa sunt, quòd voluerit magis substitutum succedere, quàm ipsam matrem. At cùm tacita pupillaris substitutio in expressa vulgari continetur: tunc neque ex verbis, neque ex mente testatoris evidenter potest deprehendi, voluisse eum, ut per illam mater excludatur. Et sic tantùm præsumptive arguimus, testatorem hoc, vel
62 illud voluisse. Præsumptiones autem, præsertim cùm sint valde impotentes, in alterius, putà matris in nostra specie, injuriam trahi non debent, *argum. l. 2. § si quis à princip. 16 ff. Ne quid in loco pub. vel itin. fiat. & notat ex Bartolo in l. 2 ff. de vulgar. & pupill substit. Sichardus ad d. l precibus. 8. n. 4. Cod. de impuber. et aliis substit.*
63 Nec movet in contrarium quicquam, quòd eadem sit virtus taciti & expressi. *l. cùm quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet l. de quibus. 32. ff. de legib. l. 2. ff. de pact.* ac ea propter sicut expressa pupillaris matrem excludat, ita & tacita *Nam* in hac materia diversam esse rationem inter pupillarem expressam & tacitam, ex modò dictis apparet. Expressa siquidem vocat absolute substiturum, & consequenter matrem excludit Tacita verò non vocat absolute substitutum, sed eum vocat saltem ex tacita quadam testatoris mente & præsumptione: quæ contra matrem locum habere nequit, *ut paulò antè ostensum.* Plura alia opponi solent, quibus diligenter responderunt Trentacinq. *d. part. 1. cap.* 12. Menochius *d. lib. 4 præsumpt. 39.* & Fachineus *d. lib* 4.
64 *cap. 40.* Si tamen mens testatoris aperte contraria sit, eaque ex certis conjecturis colligi queat: tunc & matrem tacitâ pupillari substitutione excludi posse, nulli dubitamus, *per latè tradita à Sicharde ad d. l. precibus 8. num. 5. & seqq. C. de impuber. & aliis substit. et Menochio d. præsumpt. 39. num. 40 et multis subseqq. item præsumpt. 40. et 56* Porrò an & quatenus in tacita pupillari substitutione, substitutus excludat matrem à legitima, variis variorum opinionibus relatis, diligenter novissime explicat Georgius Frantzkius *exercitat. 6. quæst. 7. p. 170. et seqq.* Adde Bachovium *hic n. 5 p. 488. et seq.*

§. *Quâ ratione.* 1.

Quâ ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, quâ prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscunque sexûs vel gradûs: liceat eis, & si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

S V M M A R I A.

1 *Quasi pupillaris sive exemplaris substitutio quæ.*
2 *Qui quasi pupillariter substituere possint.*
3. *Pronuntiatione parentum qui contineantur.*
4 *Si omnes parentes jure potestatu pares sint, cujus substitutio admittatur.*
5 *Mater, ad secunda vota transiens, à quasi pupillari substitutione penitus repellenda.*
6 *An sicut parentes liberis: ita & liberi parentibus mente captis, quasi pupillariter substituere possint.*
7 *Extensio non est facienda in casibus, contra juris communis regulas receptis.*
8 *Filius a patre regi debet, non contrà.*
9 *Distinctio personarum inter dantem & accipientem observanda.*
10 *Correlativorum quatenus eadem disciplina.*
11 *Filius patri furioso curator dari potest.*
12 *Liberis & mente captis & furiosis quasi pupillariter substituitur.*
13 *Item fatuis.*
14 *Ut & prodigis.*
15 *Non verò mutis & surdis.*
16 *De suis tantùm bonis testari quis debet, non de alienis.*
17 *Quæ novâ lege comprehensa non sunt, regulis juris antiqui relicta censentur.*
18 *In quo morbo substitutio quasi pupillaris fundetur.*
19 *Num ista substitutio fieri possit liberis tam impuberibus, quàm puberibus furiosis ac mente captis.*
20 *Lex generaliter loquens, generaliter intelligenda.*
21 *Nemo pluribus remediis uti prohibetur.*
22 *Ubi remedium ordinarium habet locum, ibi cessat extraordinarium.*
23 *Remedium extraordinarium, ex post-facto delatum, cum ordinario potest cumulari.*
24 *Sensus l. qui habet. 3. de tutel.*
25 *Curator rebus tantùm; tutor verò & rebus & personæ datur.*
26 *Utrùm filio mente capto exheredato, quasi pupillaris substitutio fieri possit.*
27 *Hæc substitutio humanitatis intuitu introducta.*
28 *Non licet aliter filio quasi pupillariter substituere, quàm si legitima portio ei relicta fuerit.*
29 *An filio naturali tantùm furioso, pater quasi pupillariter substituere queat.*
30 *Quasi pupillaris substitutio ad exemplum substitutionis pupillaris inducta.*

31 *Cui verba legis non competunt, ei nec ejusdem dispositio convenit.*
32 *Quis propriè filius dicatur.*
33 *Pater filio suo naturali tutorem dare potest.*
34 *Num tota legitima sit liberis mente captis relinquenda, ad removendam querelam inofficiosi contra paternum testamentum; an verò satis sit, ut pars legitimæ illis relinquatur.*
35 *Lex supplet legitimam.*
36 *Leges posteriores secundùm priores declarari debent.*
37 *Omissio formæ quatenus actum vitiet.*
38 *Quosnam parens liberis suis mente captis quasi pupillariter substituere possit.*
39 *Effectus quasi pupillaris substitutionis.*
40 *Quomodo isthæc substitutio infirmetur.*
41 *Cessante furore, cessat etiam ista substitutio.*
42 *Supervententia liberorum an tollat illam substitutionem.*
43 *Furiosus uxorem ducere nequit.*
44 *Furor interveniens matrimonium non dirimit.*

1 AD exemplum seu similitudinem pupillaris substitutionis, introduxit Imp. Iustinianus, humanitatis intuitu, & aliam: quâ parentes liberis suis, etiam puberibus, mente captis, heredibus institutis, legitimâ portione ipsis relictâ certas personas, in casum, quo heredes erunt, & in furore decesserint, substituere possint, *hoc §. nostro, & l. humanitatis. 9. C. de impuber. & aliis substitut.* Vnde plerique Interpretes isthanc substitutionem nuncupant exemplarem, *Bartol. in l. ex facto. 43. num. 4. ff. de vulg. & pupill. substit. Gemez. tem. 1. var. resolut. c. 6. Petr. Gregor. libr. 42. syntagm. jur. univers. c. 24. nu. 3 Mynsinger Schneidewvin. & Heigius, in hoc §. Intriglielus in tract. de substit. cent. 2. quæst. 93. & quàm plurimi alii, ab eo consignati.* alii rectiùs & elegantiùs quasi pupillarem: quemadmodum etiam peculium, quod ad exemplum castrensis inductum est, non exemplare, sed quasi castrense appellatur. *l. ultim. C. de inofficios. testam.* & actio, ad exemplum Servianæ constitura, non exemplaris, sed quasi Servianæ nomen gerit. *§. item Serviana. 7. infr. de actionibus.* Sunt item quasi contractus, & quasi delicta, quæ similitudinem cum contractibus & delictis habent, *infr. tit. de obligat. quæ q. ex contract. nasc. & tit. de obligat. quæ q. ex delict. nasc. Duarenus ad tit. ff. de vulg. & pupill. substit. cap. 17. & libr. 2. disputat anniversf. cap. 7. Wesenbec. ad eundem t. num. 8 Charond. libr. 2. verisim. cap. 31. Anton. Matthæus. Hertensius, & Giphan. hic in vers. & hoc ad exemplum, & c. D. Bocer. hic num. 3 & 4. pag. 432. item class. 4. disput. 5. th. 4. ad lit. C. & th. 86. Gilkensius ad d. l. humanitatis. 9. num. 1. C. de impuber. & aliis substitutionibus.* Quasi autem pupillariter substituere potest non solùm pater, cujus in potestate sunt liberi mente capti; Verùm etiam mater, avia, & avus
2 maternus. Verba namque Iustinianeæ constitutionis perspicuè ostendunt, hoc non patri duntaxat, sed & matri indultum esse. *d. l. humanitatis 9. ibi, non liceat parenti, qui vel quæ testatur. & ibi, testatori vel testatrici. C. d. t. Vincentius Fusarius in tract. de substitutionib. part. 1. quæst. 179 fol. 114.* Et aliàs quoque pro-
3 nunciatione parentum continentur pater, mater, avus, avia, & deinceps aliæ personæ *quæ enumerantur in l. Iurisconsultus 10. §. parentes. 7. & §. primo gradu. 12. cum seqq. ff. de gradibus & affinibus. l. cuiq. 4. §. parentum. 2 ff. de in jus vocand. & l. appellatione. 51. ff. de verbor. significat.* Quòd si tamen plures sint parentes, qui liberis suis mente captis substituere velint: tunc patris, cujus in potestate liberi illi sunt, judiciũ præfertur: quoniam naturale sanguinis, & civile potestatis jus, quæ in hoc patre concurrunt, soli juri naturali prævalere debent. *argum. §. sed hodie. 2. supr. de adopt. & l. pen. §. si verò pater naturalis. Cod. eod. Donell. libr. 6. Commentar. de jure civil. cap. 27. pag. 98. nu. 50. & ad d. l. humanitatis. 9. num. 3. C. de impuber. & al. substit. D. Bocer. hic numer 6. & d. disput. 5. thes. 88.* Sin omnes 4 parentes jure potestatis pares sint, quia nemo mente captum in potestate habeat: tum admittetur solius patris substitutio, si is substituerit: secundo loco matris: pòst cæterorum parentum, ut quisque gradu propior erit; nisi quippiam sit in conditione patris, cur is aliis præferri non debeat: quod Iudici æstimandum erit, *arg. l. 2. § objicitur. 15. ff. ad SC. Tertull. & l. ult. in princ. C. de curatore furiosi Donell. & Bocer. locis modò allegatis.* Enimverò mater, quæ ad secunda vota trans- 5 ierit, sicq; liberis vitricum induxerit, à quasi pupillari substitutione penitus arcetur. Cùm enim mater isthæc, bona illa, quæ ad liberos spectant, administrare non possit. *l. lex, quæ 22. § pen. C. de administrat. tutor. & l. 1. C. ubi pupill. educ. deb.* multò certè minùs de bonis ipsis liberorum statuere sive disponere (quod facit in hac substitutione parens liberis heredem inducendo) poterit. *Bart. ad d. l. ex facto. 43. num. 12. ibiq; Raphael Cuman. Angel. Aretin. Alexand. n. 32. & Ias. n. 25. ff de vulg & pupill. subst. Donell. dictis locis. Zas. in tract. de subst. c. 3. Ferrar. in forma libell quæ agitur. ex substit. num. 5. D. Bocer. hic n. 8. & d. class 3. disput. 5. thes. 90. Polit. in tract. substitut. exemp n. 7. Paul. Leon. eodem tract. num. 47. Intrigliol. d. cent. 2. quæst. 2. Covarsius ad d. l. humanitatis 9 num. 6. C. de impuber. & aliis substit.* Tametsi aliter sentiant *ibidem Baldus & Salicet. Sf. rt. Odd. de compend. substit. in prælud. part. 4. quæst 6. Trentacinq. tr. de substit part 3 c 3. n. 3. Pet. Greger. d. lib. 42. c. 24. n 7. Vasq lib. 2. de success. progress §. 17. n. 24. n. 7. Vasq. lib. 2. de success. progress §. 17. n. 24. cum seqq. Gomez. tom. 1. var resol. c. 6 n 9. ibidemq; ejus apostillator Soarez. lit. c. & novissimè Paulus Ber. disp. 7. ad Inst. them. 1. q. 7.*

De illo dubitatum est: an sicuti parentes liberis; ita è 6 converso liberi parentibus mente captis quasi pupillariter substituere possint? Et non posse, meritò obtinu- 7 it. Tum quia constitutio *dicta l. humanitatis. 9. C. de impub. & al. subst.* liberis tantùm hac ratione à parentibus substitui permittit: neque extensio facienda est in casibus, qui recepti sunt contra juris communis regulas. *l. quod verò. 14. ff. de legib. l. si verò 64. §. de vire 9. ff soluto matrim.* Tum quia periudignum & in- 8 decorum visum est, concedere liberis in parentes potestatem, sive patrem à filio regi, cùm filius contrà à patre potius regi debeat. *l. his, qui. 12. §. 1 ff. de tutor. & curatorib. datis ab his, & c. Novell 22. c. 24. c. cùm inferior. 16. de majoritate & obed.* Tum quia ex hoc genere substitutionis sequeretur filium, pro patre dis- 9 ponentem, seipsum debere instituere: quod certè stolidum penè esset: cùm distinctio personarum inter dantem & accipientem, instituentem & institutum diligen-

ter observanda & tetinenda sit l.1.in pr.ff.de auctorit. & consens.cutor.l.1.§.fuis quasitum.13 ff. ad SC Treb. l.prator.4.ff.de tutorib & curat.datis ab his, &c. c. ult.ext.de institutionib.c.debitum.4.de baptismo. Sicque diversa ratio correlativorum patris & filii impedit:ne quæ licent patri,etiam filio liceant,arg.l.curatorem.5.C.de interdicto matrimon. inter pupillam &
10 tutor.&c. Quamvis in aliis, ubi similis militat ratio, correlativorum eadem disciplina esse dicatur. l. fin. C. de indicta viduit.toll.l.1.C.de cupressis,&c.

11 Neque huic sententiæ quicquam decerpit, quòd filius patri furioso curator dari potest.l.2.ff.de curatorib.furioso,& aliis,&c.d.l.his,qui 12.§.1.ff.de tutorib. & curatorib.datis,&c.Nam ex eo non sequitur:illum propterea pro patre furioso testari posse. Aliud siquidem statuitur in administratione bonorum,quæ in vitâ alicujus conceditur:aliud in dispositione, quæ post mortem defertur. Etenim non quisquis administrare potest bona:is & testamentum facere potest. Testamenti quippe factio est juris publici: ita ut non possit filiusfamilias facere testamentū,etsi pater ei permiserit l.qui in potestate.6.in pr.ff.qui test.fac.poss.& exposuimus suprà ad principium.t.quib.non est permiss.fac. testam.n.15 Atque ita docuerunt,Bart.ad d.l.ex facto. 43.n.8.ff.de vulg.& pup.substit. (dissentiente ibidem Iasone n.21.) Gomez.d.tom.1.var.resol.c.6.n.10 Leonius d.tract.de substit.exemp.num.60.& eodem tract. Polit.num.5 Fumaus nu 62.Zasius n.5.& Bartolus de Hucio n.4.Trentacinq.d part.3.c.3.num.2.Intrigliol.d cent.2 q.98.Vasq.d.libr.2.de success progress §.17.num. 62.Duaren.ad d.tit.ff.de vulg & pup.substit.cap.19. Pet.Greg.d.lib.42.n.22.& Corasius ad d.l.humanitatis.9.n.12.C.de impub.& aliis substitut.

12 Cæterùm non modò mente captis, sed furiosis liberis quasi pupillariter substitui poterit.arg.d.l.ex facto 43.in pr ibi,nam & si furioso ff.de vulgar.et pup. substit.et l.fin.§.1.C.de curatore furiosi. Licèt enim aliàs in jure nostro furiosi ac mente capti invicem opponantur,ut in §.furiosi.3.et §.seq.supr.de curator.l.si furiosi 25.C.de nupt.hic tamen et in d.l.humanitatis. 9.C.de impub.et al.subst. per mente captos significari qvoq;furiosos,vel ex eo patescit, qvòd majus malum sit furor,qvàm simplex mentis privatio:qvòdqve furiosi ob rationis identitatem,necnon acerbiorem casum & accedentem rabiem majori humanitate & commiseratione,nedum pari, digni videantur.l.si cum dotem 22.§.si maritus.7.ff solut.matrim.l.qui servum. 47. ff.de acqu.vel omitt.hered.l furiosi.40 ff.de regul.jur. Sichard.ad d.l.humanitatis.n.2 et 3.ibiq; Fulgosius n 6.Donell.num.4.et Gilkenius num.14. C.de impub. et al.substit. Dn.Becer.hic num.12.pag.434.et dict. class. 3.disput.5.thes.91.Vasq.d.lib.2.de success.progress.§.17. num.75.Hunn.lib.2.var.resolut.jur.civ.tract.6.quæst
13 22.pag.633.Idem qvoqve probandum erit in illis fatuis,qvi ob deficiens animi judicium testari non possunt. Polit.in tract.de substit.rubr.de exempl.substit. num. 10.Trentacinq.d part 3 cap.4.num.9.Intrigliol.d.centur.2 quæst 20.Gomez.d.tom.1.c.6.n.2 ibidemq; Suarez.in addit.ad lit. A.

14 At quid de liberis prodigis dicendum? Et cùm hi qvoad bonorum administrationem,furiosorum loco habeantur.l.his,qui.12.§.ult.ff.de tutor.& curator. datis ab his,&c.l.1.C.de curatore furiosi vel prodigi. d.l furiosi.40.de regul.jur.nov.72.c.5.in fin. & ipsi testamentum facere nequeant, §.item prodigus.2.supr. quibus non est permiss.fac.testam.l.is,cui lege.18.ff. qui testament.fac.poss. beneficia item Principum quã latissimè sint interpretanda.l.pen.ff.de constitutionib. princip hanc substitutionem in iis quoque admittendam esse,rectè censent Didacus Covarruv.ad c.Raynutius.§.6.n.1.in fin.de testament.Duaren.ad.d.tit. ff.de vulg.& pupill.substit.c.19.in fin.Loriot.in tract. de art.jur.tit.de substit.axiom.70.Bald.in tractat.de substit.rubr.de exemp.substit.num.15.& in eadem rub. Bartol.de Huc.n.13.Fumaus num.61.Zasius num.3.Polit.num.4.& 10.D Becer.hic num.13.& seq.pag.434. Intrigliol.d.centur.2.quæst.19 Gomez.d.cap.6.num.4. Michael.Graff.lib.1.recept.sentent.§.substitutio.quæst. 44.num.4.Corasius ad d.l.humanitatis.num.11.Donell.num.5.& Gilkenius num.15.C.de impuber.& al. substit. Quanquam sine sufficiente ratione dissentiant ibidem Angel.& Cynus,Forsterus Iunior.part.1.disp. 13.thes.11.Hunnius disp.9.thes.32.& d.lib.2.var.resol. jur.civ.tract.6.quæst.25.pag.635.& Locam.quæstiones in juridic.fascic.28.qu.11.

Sed an idem etiam de mutis & surdis statuendum
sit,haud expeditæ est quæstionis? Plerique sanè ita vo- 15
lunt:Bart.in d l.ex facto.43.nu.1.& 28.ff.de vulg.& pup.subst.Bald.Bartol.de Hucio,Fumaus,Politus,Zas. Corasius,Covarruv.& Duarenus locis prallegatis, Trentacinq.d.part.3.c.4.nu.7.Didac.Spino à Caceres in specul.testament gloss princip.25.n.11.Mynsinger.hic num 5.petr.Gregor.d lib.42.syntagm.jur.c.24.numer. 15 Intrigliol.d.cent.2.quæst.16 & 17.aliiq; plures ab his citati. Verùm illud firmis rationibus adducti negant,post Ioannem Andrea,Cynum & alios à sola udalos. Vernandus Vasquius lib.1.controvers.illustr.c. 37.n.6.Goveanus ad d.l.ex facto.43.in princ.num.9. & 8.ff.de vulg.& pupill.substit.Philippus Massinius.in d.l.humanitatis.9.n.103.cum seqq.ibiq; Donellus.n5. & idem lib.6.Commentar.de jur.civ.cap.27.pag.98. num 10.D.Becer.d.disp.5 thes.92.& in hoc §.num.15. & seqq.pag.434.Cujacius in Paratit.C.de impuber. et al substit.Angel Matthaus.Epit:leg.lib.1.cap.13.num. 2.Vulsejus ad principium tituli proximè pracedentis n. 8.Forster.de disp.13 th.11.Hunn.d.disp.9.th.33.et d.lib. 2.tr.6.q.20.et Andr.Gerhardo decad.9.q.8. Cùm enim singulari jure & constitutione Imp.Iustiniani permissum sit parentibus, quasi pupillariter substituere liberis suis mente captis:quippe cùm hanc potestatem priùs non habuerint:uti arguit d.l.ex facto.43.in pr.ff. de vulg.et pupill.substit,certè hoc jus non est producendum ad consequentias,id est, non est transferendū ad casus,quantumvis aliquo modo similes l.quod verò 14.et ll.seqq.ff.de leg.l.quod contra 141.ff.de reg.jur. maximè cùm legibus XII. tabb. de suis tantummodò bonis testari qvis jubeatur,non de alienis l.verbis.120 ff.de verb.significat.l.testandi.13.Codic.de testament.
Hucqve facit, qvòd ea, qvæ nova lege comprehen- 17
sa non sunt, regulis juris antiqvi relicta intelliguntur.

larem substitutionem, ad exemplum & imitationem pupillaris substitutionis introductam esse, expressum est *in hoc §.* At pupillarem substitutionem etiam exheredato filio fieri posse, audiemus αὐτόθεν *in § non*
27 *solùm. 4. infrà hoc tit. & constat ex l. sed si plures 10. §. ad substitutos. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Tum quia eadem quasi pupillaris substitutio humanitatis intuitu introducta dicitur *d. l. humanitatis 9. C. de impuber. & al. substit.* Sed exheredatis parentum humanitatem nemo negaverit. *l. vel quod. 6. vers. exheredatis. ff. de religios. & sumpt. funer.* Tum etiam, quia furor nonnunquam est causa exheredationis, non malâ mente faciendæ, *arg. l. de creationib. 27. in princ. C.*
28 *de Episcopali audient.* Nec adversatur, quòd non liceat aliter filio quasi pupillariter substituere, quàm si legitima portio ei relicta fuerit. *d. l. humanitatis. 9. ibi, legitimâ portione ei vel eis relictâ. C. de impuber. & aliis substit.* Nam hoc intelligendum est, si furiosus non ritè sit exheredatus. Quare subdit ibidem textus: *ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum oriatur.* Ergo si exheredatio justa facta sit: querela nulla timenda venit. Idque copiosiùs declarant *Didacus Covarruv. post Politum & Curtium Iuniorem, in hanc sententiam allegatos, in cap. Raynut §. 6. nu. 2. ext. de testam. Duaren. in Comment. ad tit. ff. de vulgar. & pupill. substit. cap. 20. Forcatul. d. Dialog. 42. num. 5. D Collega Bocer. hic num. 21. & seq. pag. 435. & class. 3. disput. 5 thes. 93. edit. 2 Philip. Decius nu. 7. Corneus nu. 8. Coras. nu 9. Massinius nu. 149 in d. l. 9 C. de impuber. & aliis substit. Fumanus in tract. substit. compendiosa. in fin. & Vasq. li. 3 controvers. illustr. cap. 106 nu. 1.* ubi asserit, hanc verissimam sententiam, & non admodùm minùs communem, quâm contrariam: eamque, suo periculo, non solùm in puncto juris, sed etiam in judicando & consulendo sequendam esse *Vide Vincentium Fusarium in tractat. de substitutionib. part. 1 de exemplari substitutione quæst. 188 fol. 117.*

29 Est & illa non prætereunda valde controversa quæstio: an filio naturali tantùm, qui furiosus est, mentevè captus, pater quasi pupillariter substituere, sicque testamentum facere valeat? Affirmativam sanè sententiam, ceu humaniorem, amplectuntur *Bartol. in d. l. ex facto 43. nu. 7 ff de vulgar. & pupill. substit. Baldus nu 47. Salicet. nu. 22. Coras. nu. 7. Decius nu. 7 Curt. junior. nu. 13. Corneus nu. 17. Sichard. nu. 6 ibiq; referens Gilken. nu. 6. in d. l. humanitatis 9. C. de impuber. & al substit. Petr. Ricciard supr. de vulgar. substit. nu. 84. Auten. Fumanus in tract. de exempl. substit. num. 65. Bartol. de Huc. tract. de exempl. substit. num. 3. Leon. in eod. tract. de exempl. qu. 28. cum seq Soarez. in addit. ad Gomez. tom. 1. var. resol. cap. 6. ad lit. C. Bocer. hic num. 27 & seq. pag. 437. Intrigliol. in tract. de substit. cent. 2. quæst. 97. num 7. & seqq.* Sed negativæ, tanquam veriori, subscribunt *Angel. num. 4. Ioan. de Imol nu. 16. Raphael. Cuman. num 18. Alexand. nu. 28. Franc. Aret. nu. 11. ibiq; citans Lasen. nu. 20. in d. l. ex facto. 43. ff. de vulgar. & pupill. substit. ibiq; Zasius nu. 28. & idem in tract. substitutionum cap 3. de substitut. exempl. nu. 4. Polit. nu. 13. Trintacinq. part. 3. cap. 4. nu. 12. Simon. de Prat lib. 3. de interpretat. ultimar. voluntat. interp. 2. dub. 1 sol. 7, num. 10. & 11. Did. Spin. à Caceres d specul testam. gloss. princ. 25. nu. 14. Duaren. d. Comment. ad tit ff. de vulgar. & pupill. substit. cap. 19. Hunn. d. lib. 2. tract. 6. quæst. 20. Vasq. li. 2. de success. progress. §. 17. nu. 10. & seqq.* Hosque Interpretes movet primò, quòd hæc quasi pupillaris substitutio ad 30
exemplum substitutionis pupillaris inducta est: ut proinde hoc exemplum in omnibus nobis sequendū sit: nisi quatenus aliquid apertè exceptum reperitur. Atqui filiis naturalibus tantùm ferè pupillariter substitui non posse, diximus suprâ *ad princ. hujus tit. nu. 6. & elucescit ex l. Lucius 45. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Deinde, quòd cui verba legis non competunt, ei nec ejusdem dispositio convenit, *arg. l. cùm post. 43.* 31
in princ. ff. de administrat. & peric. tut. l. hos accusare. 12. §. omnibus 4. ff de accusat. l. dies. 4. §. toties. 6. ff de dam. infect. l. à nullo. 4. C. de feriis At filio naturali non competit nomen filii, quo utitur *d. l. humanitatis. 9. C. de impuber. & al. substit.* Ille enim propriè est filius, 32
qui ex justis nuptiis procreatus est. *l. filium. 6. ff. de his, qui sui vel al. jur. sunt. l generaliter. 6. §. ult. C. de instit. & substit.* Deniq;, quod his tantummodo liberis quasi hæc pupillaris substitutio fieri potest, quibus legitima relinquenda est. *d. l. humanitatis. ibi, legitimâ portione, etc.* Filio autem naturali nulla legitima à patre debetur *l. matre. 2. et l. fin. C. de naturalib. liber.* Nec huic sententiæ obstat, quòd pater filio suo naturali tutorem, confirmandum tamen à judice, dare 33
queat. *l. ult. C. de confirmand. tutor. Novell. 89. cap. 14.* Plus namque est, testamentum alicui facere, quàm tutorem dare: idque vel ex eo manifestum est, quòd mater liberis impuberibus tutorem dare possit, ex inquisitione confirmandum à judice. *l. 2. ff. de confirmando tutor. l. 1. Cod. eod.* & tamen pupillariter substituere non possit, *ut explicatum suprà in princip. hujus tit. num. 6 et sequentib.*

Sic etiam non adversatur, quòd in substitutione quasi pupillari seu exemplari non habeatur ratio patriæ potestatis, sed duntaxat naturalis affectionis. *d. l. 9. C. de impub. et al. substit.* Natura verò omnibus liberis sit communis, *argum. l. hos accusare. 12. §. omnib. 4. vers. sed cum natura ff. de accusationib.* Quamvis enim *in d. l. 9.* Iustinianus Imperator legitimis ob naturalem affectionem substitui permittat: haud tamen inde sequitur, quòd idem in omnibus, in quibus par ratio obtinet, locum habere debeat: quandoquidem id, quod contra jus commune receptum est (cujusmodi hæc quasi pupillaris substitutio est) ne quidem ob rationis identitatem ad consequentias produci debet. *l. quod verò. 14. ff. de legibus. l. quod contra. 141. ff. de reg. jur.*

Cæterùm an tota legitima relinquenda sit liberis 34
mente captis, ad removendam querelam inofficiosi contra paternum testamentum; an verò satis sit, ut pars legitimæ illis relinquatur, itidem non convenit inter Interpretes? Nam totam integramque legitimam relinquendam esse statuunt *Ioannes Faber in hoc §. Angel in d. l. humanitatis. 9. C. de impuber. et al. substit. nu. 4. circa fin. Ioannes ab Imola ibidem nu. 21. Do-*

nell.nu.7.eosq;allegans Gilken.nu.41. & 43.item Dn.
Collega Bocerus class 3.disput.5.thes 94.edit.2. & in
hoc §.num.23.pag.436. Contrarium verò, tanquam
receptius & probabilius, tuentur Bartol.num.20. Ale-
xand.num.37. Iason.num.32.& seq. Alciat. num.57.
in d.l.ex facto.43. ff.de vulgar & pupillar.substitut.
Decius num.7.& Corasius nu.13. in d.l humanitatis.
Baldus in tract. substit. exempl. an.11. Politus eod.
tract.num 18.Vasq.lib.3.controvers.illustr.cap.106.nu.
35 40.& Treutler.disput.11.thes.10 sub lit g.vol.2 Cùm
enim lex suppleat legitimam.l.omnimodo 30 & l.quo-
niam in prioribus.32 C.de inoffic testam.perinde est,ac
si ipse testator eam integram reliquisset: debetque Iu-
stiniani constitutio in d.l.humanitatis, quasi pupilla-
36 rem substitutionem introducens, utpote posterior, se-
cundùm aliam declarari, quæ jus supplementi inducit,
& paucis mensibus ante lata fuit, siquidem posterio-
res leges secundùm priores declarari debere constat
ex l.sed & posteriores.28.ff.de legib.

37 Neq; refragatur, quòd in d.l.humanitatis. pro for-
mâ desideretur: ut is, cui fit hæc substitutio, legitimam
portionem totam ex testatoris judicio habeat: omis-
sio autem formæ actum vitiet. l. cùm hi 8.§ si prator.
17.ff.de transact.l.constitutionib.24.in fine ff.ad mu-
nicipal.l.testandi.13. C.de testam.l.certa forma.4. C.
de jure fisci. Illud etenim verùm est, nisi forma isthæc
providentiâ legis suppleatur. Nam quod suppletur à
lege, pro omisso non reputatur. l.ult.ibiq; Bald. C.de
fructib & lit.expens. sed perinde, ac à testatore reli-
ctum, censetur.l.si pecuniam.5.§ 1. ff. de conditione
causa data,&c. Vnde licet legitima expressum à te-
statore sit data: tamen beneficio legis potiùs, quàm
voluntate testatoris data intelligitur, arg.l.Titia.86.ff.
ad l.Falcid.c.Raynaldus 18.in fin.de testam.Quia cùm
debita fuerit, & testator, quamvis invitus, ad dandum
cogi potuerit: apparet, legis jussu potiùs dari, quàm
dispositione sive voluntate patris, arg.l.velle.4. ff.de
reg.jur. Idq; explicatiùs persequuntur Alciatus et Vas-
quius locis præallegatis. Est & illud hîc singulariter no-
38 tandum: quòd parens non quemlibet sine discrimine,
liberis suis mente captis quasi pupillariter substituere
possit. Si enim mente capti, quibus ita substituitur,
liberos habeant, hi tantùm illis substituendi sunt: mo-
dò sanæ mentis existant, neque eodem morbo labo-
rent. Si desinit liberi, sed adsint fratres: & hi illis sub-
stituendi. Quibus pariter deficientibus: tunc quos-
libet substituere licet. d.l.humanitatis.9. C.de impub.
et aliis substitut.et hic in verbis: certas personas sub-
stituere. ibiq; Heigius nu 3.& Mynsing.nu.10 .Simon.
de Prat.de interpretat.ult. volunt.interpret.2.solut.7.
num.14.et seq. Haud tamen necesse est: ut parens o-
mnes liberos, aut fratres, quos mente captus habet,
ei substituat: sed satis est, substituere vel unum ex illis,
ut substitutio valeat, d.l.humanitatis 9. circa fin. C.
eod.ibiq;latiùs Donell.nu.9.§.supr.constitutum est,etc.
et idem lib.6. Comment.de jur.civ. cap.27.pag.100.
39 eumq; referens D.Bocer d.disp.5.th 96.et seq.Effectus
porro hujus quasi pupillaris substitutionis præcipuus
est: quòd, mente capto in ipsa amentiâ sive furore
mortuo, substitutus ejus hereditatem sibi delatam ac-
quirat.hoc §.nostro.et d.l.humanitatis 9. C.de impub.
et al substit.et ibi Gilken.nu.46. ubi ex Doctorib.et
alios effectus commemorat.

Infirmatur autem & evanescit hæc substitutio, mor- 40
bo seu vitio animi desinente: hoc est, si liberi mente
capti resipuerint, adeòq; sanitatem mentis recupe-
raverint.hoc §.nostro vers.sin autem resipuerint. d.l.
humanitatis 9.vers.ita tamen, ut si postea resipuerint.
C.d.tit.d l.ex facto.43. ff.de vulgar.et pupill.substit.
ubi Paulus hanc rationem subjungit: quia si diutiùs
valeret hæc substitutio: beneficium paternum cederet
filio in maleficium. Auferret enim ei, jam homini sa-
næ mentis, testamenti factionem. d.l ex facto. vers.
nam et si furioso,etc. Cessante igitur furore est impe- 41
dimento, cessat etiam hæc quasi pupillaris substitutio:
redeunte verò furore, iterum vices suas assumit. Quod
tamen de brevissimo temporis spatio intelligendum
erit, argum l pleriq; 33.ff.de ritu nuptiar.l quicquid.in
calore 48 ff de regul.jur l quod meo 18.§.1. ff de acq.
vel amitt.poss.ff. Nam si furor longo tempore, judicis
arbitrio definiendo, redierit: substitutionem neuti-
quam convalescere, verius est, argum.l.inter stipulan-
tem.83.§ sacram.5.ff.de verbor.obligat.l.qui res.98. §.
aream. 8. vers.in perpetuum,&c. ff.de solutionib. Ita
sentiunt Zaj. in tract.de substit.cap 3.de substit.exem-
plari.in fin.Covarruv.in cap. Raynut.16.§.6.num.ult.
Angel. Aret.et Heig hic nu.12.Bald.et Salic.in sæpe al-
legata l.humanitatis 9.C.de impub.et al.substit.et alij
plures, quos recenset et sequitur Menoch. de præsumpt.
li.4.præsumpt.50.nu.6.et aliquot seqq. Præterea si post 42
hãc substitutionem furioso sive mente capto liberi le-
gitimi nascantur, eam interire certum est. d.l.ex facto.
43.ff.de vulg.et pupil.substit.l.generaliter.6.§.cùm au-
tem invenimus C.de instit.et substit.l.cùm avus 102.
ff.de condit.et demonstrat.D.Bocer.hic nu.30.pag.437. 43
Nec moverit quicquam, quòd filius furiosus uxorem
ducere nequeat, cap, dilectus filius 14.ext de sponsalib.
Quamvis enim uxorem ille, quatenus furiosus est, du-
cere haud possit: fieri tamen potest, ut ex ea uxore,
quam duxit ante furorem, postea liberos suscipiat. Fu- 44
ror namq; interveniens matrimonium non dirimit.
l.patre furioso.8.ff.de his. qui sui vel al jur sunt. Dua-
ren.ad tit. ff.de vulgar.et pupill.substit.cap.21. Petr.
Greger. Tholos.in syntagm. jur. univers.lib.42. cap.24.
nu.ult. Adde eâ de re prolixiùs agentem Paul. Æmi-
lium Gallum in tract.de exceptionib. quæ oriri poss.in
success.tam ab intest.quàm ex testam.part.2.tit.4.ex-
cept.20.nu.114.et seqq.fol.407.

§. Igitur. 2.

Igitur in pupillari substitutione, secundùm præfatum modum ordinata, quo quodammodo sunt testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

SVM.

SVMMARIA.

1 *An & quatenus in pupillari substitutione duo versentur testamenta.*
2 *Testamenta non distinguuntur ex numero hereditatum.*
3 *Paterni testamenti pars & sequela est substitutio pupillaris.*
4 *Si diverso tempore patris, & filii testamentum sit factum: solennia in utroq; intervenire debent.*

1 REdit Iustinianus Imper. hoc loco ad pupillarem substitutionem, & ostendit: quòd licèt in ea duo quodammodo videantur versari testamenta: unũ patris, alterũ filii: propterea quod pater propriũ heredem habeat, & filius itidem proprium habeat heredem: adeòq; hereditas patris ab hereditate filii separetur. *l. Papinian. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inoffic. testã. l. in duplicib. 79 ff. ad l. Falcid. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quam per l. Falcid. &c. l. 2. §. interdum. 2. ibi. ex secundis tabulis. & l. si filius 12. ff. de vulgar. & pupill. substit. ubi*
2 *substitutiones pupillares secunda tabula vocatur*: verius tamen sit, testamenta non ex numero hereditatũ distingui: sed propriè verè unum testamentum paternum censeri, cujus pars aliqua sit & sequela sive appendix substitutio pupillaris, vel testamentum pupil-
3 lare. *§. liberis 5. infr. hoc tit.* Huic est, quòd utrumq; ab uno & eodem testatore fiat, & una eademque solennitas utrique sufficiat, nempe septem testes, septemque sigilla. *l. patris & filii. 20. ff. de vulgar. & pupill. substit.* quòd una tantùm Falcidia de utroq; detrahatur. *l. in ratione. 11. §. quod vulgò ff. ad l. Falcid. d. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quàm per l. Falcid. &c.* quòd scripti in paterno & pupillari testamento pro conjunctis habebatur. *l. planè. 34 §. sed si in pupillari. 10 ff. de legat. 1. l. coheredi. 41. §. coheres. 6. ff. de vulg. & pupill. substit.* quòd denique, unam ex uno sive paterno, sive pupillari testamento hereditatem capiendo, alteram ex altero repudiare non possit substitutus: sed
4 utramq; vel acquirere, vel omittere cogatur. *l. sed si plures. 10 § filio. 2. ff. eod. & notat hic Giphan.* Sanè si diverso tempore utrumq; & patris & filii, testamentum sit factum: legitimus numerus testium, & reliqua solennia in utroq; intervenire debent, *ut evincitur ex l. quis eum. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. ibiq; in suis Comment. docet Duaren cap. 14. § quartum est, vers. sed an sufficiat una solennitas, &c.*

§. *Sin autem.* 3.

Sin autem quis formidolosus sit, ut timeat ne filius suus pupillus adhuc, ex eo, quòd palàm substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat: vulgarem quidem substitutionem palàm facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam si heres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur; separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palàm est, non ideò minùs valere substitutionem impuberis filii, quòd in eisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.

SVMMARIA.

1 *Pater pro salute filii solicitus.*
2 *Consilium pro formidoloso parente.*
3 *Vulgaris substitutio quando expiret.*
4 *Cuiq; apud se explorare liberum, an consilium expediat.*

QVandoquidem pater, qui testamentum fecit filio 1
suo & sibi, pro salute filii valde solicitus est *l. cum pater. 77. §. mandō. 24. ff. de legat. 2* & sæpe metuit, ne forsan aperto testamento, impuberi substitutus, qui spem succedendi proximam habet, illius vitæ insidietur: ideirco *in hoc §.* consilium suppeditat Imperator formidoloso parenti: quod si ipse sequatur, filius sine 2
periculo insidiarum post obitum patris vivere. Consilium autem tale est. *Pater vulgarem substitutionem palàm, et in primis testamenti partibus, ordinare et facere debere,* hoc modo: *Filius meus mihi heres esto: Si filius heres non erit, Titius heres esto.* Hoc casu Titius 3
vulgariter substitutus, pupillo insidias struere nequit, vivo patre: cùm, qui in testamento scriptum sit, ignoret. Sed & post mortem patris, Titius filio vulgariter substitutus, ei insidiari non potest: cùm, filio herede existente, vulgaris substitutio protinus expiret: adeoq; nulla occasio substituto relicta sit, propter quam hereditatem expectet. *§. sui autem heredes. 3. infr. de heredit. quæ ab intestat. defer. l. post aditam 3. C. de impub. et al. substit. at abundè explicatum supr. ad §. ult. tit. proximi. nu. 10. et seq.* Posteà si velit pater filio Titium etiam pupillariter substituere; hoc est, *in illum casum, quo filius heres erit, et intra pubertatem morietur, ut tunc Titius sit heres*; debet prudens testator hanc pupillarem substitutionem in inferiori seu ultima principalis testamenti parte scribere, eamq; partem proprio lino, propriaq; cerâ consignare, & in priori testamenti parte cavere, ne tabulæ inferiores sive pupillares aperiantur priùs, quàm pupillus mortuus fuerit. Ita substitutione pupillari factâ, pupillus ab omnibus insidiis tutus erit. Nam neq; vivo patre quisquam ei insidiabitur, eò quòd testamentũ omne adhuc clausum est, neq; etiã mortuo patre, q tota substitutionis pupillaris ratio ignoratur, *ut ex Theophylo hic monet Borch. nu. 2.* Cæterùm cùm Iustinianus hic magis consulat, quàm præcipiat: testamentum nihilominùs valebit, licèt in primaejus parte pupillaris substitutio scripta sit, *hoc §. nostro in fine* Etenim liberum cuiq; est, apud 4
se explorare, an consilium sibi expediat. *§. tua tantùm gratiâ. 6. vers. cùm liberum, &c. infr. de mandato. l. 2. in fine. ff. mandati.*

§. Non solùm autem. 4.

Non solùm autem heredibus institutis impuberib. liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortis fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid exheredato pupillo ex hereditatibus, legatisvè, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit: id omne ad substitutum pertinebit. Quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum: eadem etiam de posthumis intelligimus.

SUMMARIA.

1 *Patri liberis etiam exheredatis pupillariter substituere licet*
2 *Exheredatus tam in potestate esse potest, quam institutus*
3 *Substitutio semper institutionem præsupponit*
4 *Ab eo, cui nihil datur, nihil legari potest*
5 *An pupillaris substitutio filio præterito facta valeat*
6 *Sententia Auth. ex causa C. de liber. prateris.*
7 *Legata, libertates, &c. sustinentur, rupto testamento ex causa præteritionis*
8 *Tutor in testamento imperfecto à patre constitutus, à judice confirmandus*
9 *Authentica per quos fuerint Codici inserta*
10 *Posthumus in quibus pro jam nato habeatur*
11 *Posthumus hodie exheredari nequit.*

1 Pater non modò liberis impuberibus, quos heredes instituit, sed illis etiam, quos exheredavit, pupillariter substituere potest, *hic & l. 1. §. 2. & l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* nempe hoc modo: *Titius heres esto: Mævius filius meus ex heres esto: quia vita mea insidias struxit. Si tamen ante annum 14. decedat, Sempronius ei heres esto.* Hujusque ratio in promptu est: quia substitutio pupillaris nititur patriâ potestate, *ut dictum suprà initiò hujus tit.* 2 Exheredatus autem tam in potestate esse potest, quàm institutus. *l. filium. 20. in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* Et quamvis filio exheredato pater ipse nihil relinquat; nihilo tamen minus substitutus pupillariter, heres non quidem patris, sed pupilli intelligitur: & ad illum cuncta pupilli bona veniunt: ut sunt bona adventitia, quæ ex hereditatibus & donationibus propinquorum, aut aliundè pupillos acquisita fuerint, *hoc §. & d. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos 5. ff. de vulgar. & pupill. substit. Locamer. quæstion. juridic. fascic. 20. quæst. 2.*

3 Non obstat, quòd substitutio semper institutionem præsupponit. Ast exheredatio institutioni è diametro opponitur. *Nam respondetur*: hoc casu substitutionem, exheredato filio factam, considerari respectu institutionis priorum tabularum. Sunt enim quasi duo testamenta; unum patris, alterum filii: & si quidem in patris testamento heres extraneus institutus sit, filius verò exheredatus rectè filio exheredato in posterioribus tabulis fit substitutio, quæ ab institutione priorum tabularum sustinetur. *Vultej. supr. initio hujus tit. nu. 9. Arum. Exercit. Instit. 8. thes. 17. Matth. Stephan. cent. 2. quæst. 78. & expositum supr. ad princ. tit. proximi, num. 6. & seq.*

Similiter non obstat, quòd ab eo, cui nihil testamento dedimus, ubi nihil legari aut relinqui potest. *l. sed etsi 6. in fine ff. de legat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideicommiss.* ac proinde multò minùs licere debet relinqui ab exheredato, cui etiam hereditatem, quæ ipsius futura est, adimimus. *l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l. cùm quidam. 24. C. de legat.* Etenim aliud est, ab exheredato legare, aut quid relinquere: aliud, ei heredem substituere. Qui legat ab aliquo, ei detrahit, quod alteri adiiciatur, *argum. l. legatum. 116. in princ. ff. de legat. 1.* qui substituit impuberi exheredato, ei adjicit: quoniam dat ei heredem. Quæ ut dissimilia sunt: ita utilitate & effectu apertè distinguuntur: quemadmodum docet, *post Donellum, Arumæus loco allegato, & D. Bocer. ad princ. hujus tit. num. 7. pag. 412.* Illud hic addendum: quòd substitutio pupillaris valeat, ante institutionem scripta. *l. 2. §. sed si quis ita. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Et quamvis testator priùs debeat sibi heredem facere, deinde filio restituere. *d. l. 2. §. alius autem. 4. ff. eod.* ordinem tamen scripturæ pervertere licet intuitu favorabilis substitutionis. Aliud ergo dicendum est, si exheredato substituatur: quia nempe illa substitutio est odiosa *l. cùm quidam 24. C. de legatis. Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 92. pag 233. & D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 28. ff. quæst 12 pag. 119. ubi & dissentientes citat.* 4

Sed quid de filio præterito dicendum: an pupillaris substitutio ei facta vires habebit? Et vires non habere, veritati magis est consentaneum. Nam cùm filio præterito, testamentum patris tollatur & corruat: pupillarem etiam substitutionem, sive pupillare testamentum, quod paterni testamenti appendix quædam est, corruere & tolli necessum est *§ liberis 5. infr. hoc tit. l. 2. § prius autem. 4 & l. sed si plures. 10. §. si ex asse 4. ff. de vulgar. & pupill. substitut. l. Papinian. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inofficioso testam.* Neque huic quicquam derogat *Auth. ex causa. Cod. de liber. prateris. & Novell. 115. cap. 3. circa fin.* ubi statuitur, filio præterito, heredis autem institutionem rumpi, legata autem vel fideicommissa, libertates tutorum dationes, & cætera, adeoque etiam pupillarem substitutionem firmam permanere. *Iure namq;* isto novo ea solummodò, rupto testamento, firma permanent & conservantur, quæ alioquin absque heredis institutione valere & consistere possunt. Ast illa, quæ necessariò & præcisè præviam heredis institutionem desiderant, minimè rupto testamento effectum habere possunt. Ideoque cùm pupillaris substitutio tantopere exigat heredis institutionem, in patris testamento faciendam, ut hac omissâ, fieri illa non possit: perspicuum est, jus illud novum ad pupillares tabulas haudquaquam porrigendum esse: *id quod asserunt Dynus, Petrus de bella Pertica, & Ioannes Ignæus num. 127. ind. Auth.* 5 6

ex

ex causa. C. de liber. præterit. eosq; laudans Didacus Covarruv. in c. Raynutius. 16. §. 6. nu. 3. ext. de testamens.

7 Nec resistit huic sententiæ, quòd legata, libertates, & dationes tutelarum sustineantur, rupto testamento ex causa præteritionis. *Hæc* siquidem ejusemodi non sunt, ut sine heredis institutione valere vel subsistere planè non possint *l. qui à patre. 3. ff. de confirmando tu-*
8 *tore.* ubi tutor in testamento non justo, vel imperfecto sive irrito à patre constitutus, nihilominus à judice est confirmandus. Legata autem & libertates codicillis testamento confirmatis relinqui posse, extra omnem controversiam est: quo tamen modo pupillaris substitutio neqvaqvam fieri potest. Est etenim ea heredis quædam institutio: quam constat testamento tantùm fieri, neque per codicillos, quantumvis testamento confirmatos, expediri posse. *l. quod per manum. 10. ff. de jure codicillor.*

9 Nihil quoque adversantur verba illa, *cætera vero firma permaneant*, in *d. Auth. ex causa. C. de liber. præterit.* Quia (ut eleganter tradit Covarruvias *d. §. 6. n. 4.*) relata modò verba non sunt ex prædictâ Iustiniani Novellâ 115. deprompta, sed ab Irnerio Codici Iustinianeo adjecta: qvandoqvidem omnes Authenticæ Codici insertæ, non fuerunt eidem operi per Iustinianum, nec ejus auctoritate aut tempore, sed multò pòst ab eodem Irnerio, Alberto Bulgaro, & aliis, & quidem non semper satis fideliter, adscriptæ. *Verùm videatur Gilkenius ad d. Auth. ex causa. C. de liber. præterit. n. 43. & seqq. ubi diversas Doctorum opiniones de proposita quæstione recitat.* Porrò quemadmodum in institutionibus; ita & in substitutionibus
10 posthumus pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent. *l. qui in utero, 7. & l. penult. ff. de statu hominum.* Substitutionem autem pupillarem etiam e liberis, & ad eorum commodum introductam, in confesso est. *l. 2. & l. ex facto. 43. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Quare etiam posthumus substitutum habere poterit, si instituatur, *hoc §. nostro, in fine.* Quæ substitutio fieri potest hoc modo: *Quicunq; mihi post mortem meam nascetur, heres mihi esto. Si verò impubes decesserit, Titius heres esto.*

11 Cæterùm posthumi licèt olim potuerint exheredari: hodie tamen aliud receptum esse, ostendimus abundè *ad §. posthumus. 1. num. 8. & seqq. supr. de exheredat. liberorum.*

§. Liberis. 5.

Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat. Nam pupillare testamentum, pars & sequela est paterni testamenti: adeò, ut si patris testamentum non valeat: nec filii quidem valebit.

SUMMARIA.

1 *Quatenus aliquis liberis suis testamentum facere possit.*
2 *Pupillaris substitutio pars & appendix paterni testamenti.*
3 *Declaratur l. 2. §. 5. ff. de vulg. & pup. substit.*
4 *In testamentis voluntas potius testatoris, quàm verba, inspicienda.*

NEmo liberis suis substituere, atque ita testamentum facere potest; nisi & sibi testamentum faciat, 1
& heredem instituat. Idqve adeò verum est: ut etiam priùs pater sibi testamentum facere, & posteà demum filio substituere debeat. Pupillaris siquidem substitutio pars & sequela paterni testamenti dicitur, *hoc §.* 2
nostro. Quem ordinem si convertat pater: non valebit testamentum, aut substitutio, *per textum apertum in l. 2. § prius. 4. ff. de vulg. & pupill. substit.* ubi Vlpianus in hæc verba respondit: *Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere: & non convertere ordinem scripturæ. Et hoc Iulianus putat, prius sibi debere, deinde filio heredem scribere. Cæterùm, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere, &c.* Cui non repugnat, quod in eadem *l. 2. §.* 3
5. subjicitur: *Sed si quis ita fuerit testatus; Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto: deinde filius heres esto: valet substitutio: licèt conversâ scripturâ filii testamentum fecerit.* Nam breviter respondendum: quòd, qvamvis substitutio filio facta, in hoc exemplo ordine scripturæ præcedere patris testamentum videatur: ordine tamen tacitæ voluntatis institutio filii præcedat. Cùm autem in testa- 4
mentis mens potiùs & voluntas testatoris, quàm verba spectentur. *l. in conditionibus. 19 in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si pluribus. 33 ff. de legat. 1. l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* substitutio illo modo facta, legitimè facta esse censetur. *Sed vide, post Vigelium hic & Doctores ab eo citatos fusiùs id declarantem Donellū lib. 6. Commentar. de iur. civ. c. 25. pag. 90.*

§. Vel singulis. 6.

Vel singulis liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

SUMMARIA.

1 *Testator, multos liberos impuberes in potestate habens, quâ formâ singulis substituere debeat.*
2 *Casus huius §.*
3 *Substitutus novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum conservat.*
4 *Resolutio l. Titia Seio. 87. §. 2. ff. de legat. 2.*

TEstator, qui multos liberos impuberes in potestate habet: si quidem omnibus testamenta facere, 1
& testatos mori voluerit: singulis substituere debet, hinc modo: *primus filius meus heres esto: si heres non erit, vel si erit, et intra pubertatem decesserit, Titius heres esto. Secundus filius meus heres esto: si heres non erit,*

erit, vel si erit, & impubes decesserit, Sempronius heres esto. Vel brevius ita: *Quisquis mihi heres erit, idem impuberibus liberis meis heres esto.* Quòd si verò jus legitimarum hereditatum, id est, jus succedendi ab intestato, integrum & salvum inter liberos testator custodiri voluerit: ei, qui novissimus impubes morietur, ita substituere debet: *Primus, Secundus, Tertius, filii mei impuberes, heredes mihi sunto: & ei, qui novissimus eorum morietur intra pubertatem, Titius heres esto. hoc §. nostro. l. si pater. 25 & l. vel singulis. 37. ff. de vulg. & pup. subst.* Cæterùm ut hic locus, qui

2. paulò obscurior videtur, cognoscatur planius: causæ constitutio hæc tenenda est: Pater tres habet liberos, singulis substituit pupillariter: ut Primo Titium, Secundo Mævium, Tertio Sejum. Hoc casu si Primus moriatur impubes: ei succedit Titius substitutus, non ejus fratres, Secundus & Tertius; hoc est, non habent fratres legitimam, id est, ab intestato hereditatem fratris sui Primi: sed ejus hereditatem Titius substitutus, non legitimam, verùm ex testamento, id est, ex substitutione consequitur. Idem & in Secundo evenire potest, & in Tertio. At verò si tantùm ei, qui novissimus morietur, substituat: jam unusquisque frater alteri ab intestato succedet: ut, Primo moriente, quia substitutum non habet, ei ab intestato succedent fratres, Secundus & Tertius. Aut si Tertius primò moriatur, idem erit juris: id est, ejus hereditatem legitimam non substitutus habebit, sed fratres: eò quòd substitutus non est Tertio aut Secundo; sed novissimè

3. sive ultimò morienti. Hac igitur formulâ, quâ substituitur novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum inter fratres custoditur & conservatur: ut indicat Imperator Iustin. *in hoc §.* & Florentinus *in d. l. vel singulis 37. ff. de vulg. & pupill. substit.*

4. Cui non adversatur *l. Titia Sejo. 87. §. Seja. 2. ff. de legat. 2.* ex quâ colligitur, quód etsi testator ultimò tantùm morienti substituit, omnes tamen filios invicem substituisse videatur. *Nam* casus ibi singularis proponitur. Testatrix quippe Seja legavit suis libertis fundum, voluitque, ut qui novissimus ex eis moreretur, fundum restitueret Symphoro, Beryllo & Sapido. Hic nisi testatrix videatur substituisse invicem libertos omnes, & novissimo singulorum partes fundi prælegati jure substitutionis acquisitæ fuerint: non potest fieri, ut novissimus ille, secundùm quod testatrix voluit, fundum prælegatum fidei commissariis restituat: cùm citra substitutionem colliberti sibi invicem haud succedant. Atque ita istam legem exaudit Antonius Matthæus *hic in suis Notis*, tametsi alii aliter eam explicent, *Bartol. in d. §. Seja. & d. l. vel singulis. 37. Vigliu. hic n. 3. & Mynsinger. num. 3.*

§. *Substituitur. 7.*

Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti *Titius*: aut generaliter, ut *Quisquis mihi heres erit.* Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro quâ parte heredes facti sunt.

SUMMARIA.

1 *Substitutio pupillaris quomodo fiat nominatim, quomodo item generaliter.*
2. *Si fiat generaliter, quos habeat effectus.*
3. *Quatenus procedat regula: heredis heredem, etiam testatoris heredem esse.*
4 *Heres scriptus verè fit heres aditione hereditatis.*
5 *In substitutione nominatim facta quæ observentur.*

Affertur hoc loco duplex pupillariter substituendi forma. Aut enim nominatim filio impuberi sub- 1.
stituitur, aut generaliter. Nominatim: ut, *Filius meus* 2.
heres esto. Si filius meus heres non erit, vel erit, & intra pubertatem mortuus fuerit, Cajus heres esto. Generaliter: ut, *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo, si impubes decesserit, heres esto.* In quâ generali formulâ primo observandum est; quòd illi tantùm per eam substituantur, & ad impuberis hereditatem admittantur, qui in testamento scripti sunt heredes. Itaque si scriptus sit servus, & dominus per eum heres ex institutione fiat, posteaque is servus ex potestate domini exeat: dominus ille ex substitutione heres fieri non poterit: quoniam non principaliter ex judicio testatoris dominus, sed ipse servus fuit scriptus, *l. cùm filio. 3. & l. qui liberis. 8. §. hoc verba. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* Eâdem ratione si heres scriptus mortuus fuerit; non admittetur ipsius heres ad pupilli bona: cùm de illo testator non senserit. *d. l. qui liberis. 8 §. 1. ad finem ff. eod.* Nec contraria est vulgata juris civilis 3.
regula: heredis heredem & testatoris heredem esse. *l. 3. ff. de hered. petit. l. si quis filium familias. 7 in fin. ff. de acq. vel omitt. heredit. l. heredis appellatio. 65. ff. de verb significat. l. ult. C. de heredib. instit.* Nam ea tum procedit, ubi non singularis erga primum heredem affectio spectatur, qualis in præsenti casu esse censetur. *ut docent Viglius & Mynsingerus hic n. 2* Secundò notandum: eos tantùm ex prædictâ generali formulâ substitutos intelligi, qui non solùm scripti sint, sed extiterint etiam heredes ipsi patri. Heres enim licèt 4.
sit scriptus: si tamen verè non fiat heres, id quod fit aditione hereditatis, pro non scripto habetur, & testamentum infirmatur, *hoc §. nost. d. l. qui liberis. 8. in pr. vers. non aliâs existet heres. & l. ex duobus 34 §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* Tertio animadvertendum: scriptos heredes in substitutione pupillari non viriles partes habituros, sed eas partes, ex quibus instituti sunt: ut, si unus sit scriptus ex dodrante, alter ex quadrante: pro iisdem partibus hereditatem pupillarem divident, & non æqualiter, *hoc §. in fin. l. si in testamento 5. d. l. qui liberis. 8. §. ult. & l. sed si plures. 10. in pr. ff. d. tit.* Enim 5.
verò isthæc penè omnia diversa sunt in substitutione nominatim factâ. In eâ etenim non est necessarium: ut is, qui substitutus est, scriptus fuerit patri heres: & quanquam fuerit scriptus, repudiatâ tamen ejus hereditate, adhuc ad pupillarem admittetur: nisi sub illâ conditione fuerit substitutus filio, si patri heres extiterit. *d. l. qui liberis. 8. in princ. ff. eod.* Itemque nominatim substitutus viriles æqualesque partes habebit, non eas, quas in principali institutione habuit, *arg. l. nonnunquam. 24. ff. ad SC. Trebellian. Vigl. hic num. 4.*

§. *Masculo. 8.*

Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, fœminæ usque ad duodecim annos: & si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

SUMMARIA.

1 *Pupillaris substitutio pubertate finitur: hujusque ratio.*
2 *Item interit hæc substitutio, si vivo testatore filius impubes de ejus potestate omnino exierit.*
3 *Item si conditio apposita defecerit.*
4 *Vel si hæreditas paterna non sit adita.*
5 *Vel si testamentum patris corruat.*

1. Finitur & expirat substitutio pupillaris pubertate, h.e. si masculus annum 14. fœmina annum duodecimum excesserit, *hoc § nostro. l. verbis. 7. l. in pupillari. 14. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit.* Ratio est perspicua: quia liberi puberes facti, sibi heredem hac ætate ipsi scribere possunt. Cessante igitur causa hujus substitutionis finali, *de quâ suprà in principio hujus tit. in fin.* cessat & evanescit ipsa quoque substitutio, *arg. l. adigere 6 § quamvis. 2. ff. de jur. patronat. c. cùm cessante. 60 de appellat.* & ipso jure, velut tutela, extinguitur, *instit. tit. suprà. quib. mod. tutel finit. l. ult. C. quand. tutor vel curatores esse desinant.* Quòd si testator intra minorem, quàm pubertatis ætatem, substitutionem hanc pupillarem incluserit, ut si usque ad annos octo, vel decem impuberi filio substituerit: elapso eo tempore, hæc substitutio evanescit *l. si ita quis. 2. d. l. ex facto. 43 §. item quaro. 1. ff de vulg. & pupill. substit. Zas. in tract. substitution. cap. 2. in fine. & latiùs indicatum suprà ad principium*
2. *hujus tit. n. 42.* Præterea interit hæc substitutio, si vivo testatore filius impubes de ejus potestate omnino exierit: adeò, ut nec mortis tempore in potestate fuerit. *l. coheredi. 41. § cùm filia. 2. ff. de vul. & pupill. substit.* Pupillo igitur post substitutionem factam arrogato ab aliquo, eam irritam fieri certum est. *l. nec ei permittitur. 17. §. 1. ff. de adop.* cùm ille per arrogationem transeat in alienam familiam. *l. 2. in fin. l. si pater familias 15. ff eod. Duaren. in Commentar. ad tit ff de vulg.*
3. *& pupill. substit. c. 16. §. cœpimus dicere, &c.* Solvitur item & corrumpitur pupillaris substitutio, si conditio apposita defecerit. *l. qui liberis. 8 in princ ubi gloss.*
4. *ff. d. titul. Schneidwin. in princ. hujus tit. n. ult.* vel si patris testatoris hereditas, ex ejus testamento adita non fuerit. *l. 2. §. quisquis. 1. & l. sed si plures. 10. §. si ex*
5. *asse. 4. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* aut si ejus testamentum non valeat. *§. liberis. 5. ibi; adeò ut si patris testamentum non valeat. supr. hoc. titul.* aut ruptum infirmatumque deprehendatur. *l. 2. in princ. vers. nam si principale. & l si quis cum. 16. §. 1. ff. eod. Quibus verò modis testamentum infirmetur, infrà titulo proximè, annuente Domino, audituri sumus.*

§. *Extraneo. 9. & ultimus.*

Extraneo verò, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest: ut si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte restituere. Quod jus quale sit. suo loco trademus.

SUMMARIA.

1 *An & quatenus & formulâ pupillari heredi suo instituto substituere possit.*
2 *Cur extraneo, vel puberi filio non liceat directò substituere.*
3 *Miles tam extraneo, quam puberi suo filio, directò substituere potest.*

1. Cùm hactenus satis superque expositum sit: liberis tantùm, iisque in potestate positis, & impuberibus, pupillariter substitui posse; contrà extraneis, aut etiam liberis, sed puberibus, vel emancipatis, non posse: haud ociosè quæri poterat, an formula pupillari, *si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit*, quispiam heredi suo instituto substituere nullo modo possit? Et respondendum: directò non posse; precariò verò, id est, per fideicommissum posse. Verbi gratiâ: *Semproni heres mihi esto. Si heres non eris, vel si heres eris, & intra annos 20. decesseris, Titius heres esto.* Hæc substitutio, cùm verbis directis sit facta, non valet. Sed si dixero: *Semproni mihi heres esto: peto autem, ut si heres fueris, post 10. annos hereditatem meam Titio, fratri meo, restituas.* Vel, *ut si mortuus intra biennium, eam fratri meo restituas.* Hæc substitutio valet: quia precariò est facta Unde & precaria substitutio dicitur: ut illa prior directa, à verbis & formulâ ita appellatæ *l. cùm proponas 16. C. de pact. l. coheredi 41. § quid si heredem. 3 ff. de vulg. & pupill. substit.* Atque hæc precaria substitutio in jure plerunque fideicommissum vocatur: *de quo dicetur explicatiùs infrà titul. de fideicommissariis hereditatib.* Ratio porrò, cur non sit permissum directò substituere vel extraneo, vel puberi filio, hæc reddi potest: 2
quia tantùm filio impuberi ita pupillariter substituere permissum est. *l. 2. in princ. ff de vulg. & pupill substit. & dictum suprà initio hujus t.* Quare autem filio tantùm, & non extraneo, ratio manifesta est: quia hæc substitutio ex patriâ potestate pendet, *juribus meatò allegatis.* Cur verò impuberi tantùm, & non puberi, ratio illa assignari solet: quoniam pubes ipse sibi testamentum facere potest. *l. à qua ætate. 5. ff qui testament. facere poss. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulgar. & pupill. substit. & notat Giphanius hic in fine.* Cæterùm quæ hoc loco afferuntur, ad paganum solummodo pertinent. Militi etenim, cujus in testamento sola voluntas spectatur, ut in aliis causis, ita hoc quoque in casu benignè concessum est, ut tam extraneo, quàm puberi suo filio, ad quam- 3

cunque ætatem, & quacunque sub conditione, directò substituere queat. *l. centurio. 15. ff. de vulg. et pupill. subst. l. precibus. 8. ubi latius Sichardus, Mudaus, Donellus, Gilkenius, et Dd. communiter. C. de impuber. et aliis substitutionibus.* Eaque de re, *post alios*, diversimodè dissertant D. Bocerus *hic n. 40. cum seqq. p. 441.* & D. Hunnius *lib. 2. var. res. jur. civ. tract. 6. q. 14 pag. 622. et seq.*

QVIBVS MODIS TESTAMENTA INFIRMENTVR.

TITVLVS XVII.

Principium Tituli cum §. 1.

Testamentum jure factum usque eò valet, donec rumpatur, irritumvè fiat,

§. 1. Rumpitur autem testamentum, cùm in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem, eum, qui est sui juris: aut per prætorem secundùm nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit: testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui heredis.

SVMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli ad superiores.*
2 *Usitatus juris docendi ordo quis.*
3 *Totum jus in quibus consistat.*
4 *Testamentum jure factum quibus modis infirmetur.*
5 *Testamentum quando rumpi dicatur.*
6 *Suus heres quomodo agnascatur.*
7 *Agnatione cujuscunque posthumi hodie testamentum non rumpitur.*
8 *Posthumi directò sunt vel instituendi, vel nominatim exheredandi.*
9 *Intellectus l. quod certatum. 3. C. de posthum. heredib. instit.*
10 *Uxores hodie manent in potestate parentum.*
11 *Solà adoptione rumpitur testamentum.*
12 *Adoptio, vel arrogatio est, vel adoptio specialis.*
13 *Quatenus sui heredes sint non tantùm filii naturales & legitimi sed etiam liberi adoptivi.*

Explicatum est superioribus titulis sufficienter:
1 quemadmodum testamenta, secundùm solennia
facta, sustineantur & valeant. Quia verò nihil tam
stabile aut firmum est, ut non aliquando rumpatur &
dissolvatur: convenienter jam seqvitur, qvomodo te-
stamenta jure facta iterum concidant & infirmentur.
Hic qvippe usitatus juris docendi ordo est: ut post
2 causas juris constituentes, subnectantur causæ ejus-
dem perimentes & corrumpentes. Totum enim jus
3 nostrum consistit aut in acquirendo, aut in conservan-
do, aut in minuendo. *l. fin. ff. de leg.* Testamentum au-
4
tem jure factum (nam non jure factum, ipso jure non
valet, nulliusqve momenti est: ut, filiofamilias præte-
rito, vel aliis omissis solennibus. *l. 1. & passim ff. de in-
justo, rupto, irr. fac. testam.*) infirmatur duobus mo-
dis. Aut enim rumpitur, aut irritum constituitur,
tradente Iustiniano hic, & Ulpiano in fragment. Instit.
t. 23. in princ. Rumpi testamentum dicitur, cùm in e- 5
odem statu manente testatore (secus namque est, si
testator mutet statum, purà capitis deminutionem pa-
tiatur: qvia tunc propriè non rumpi dicitur testamen-
tum, sed irritum fieri, *de quo in § alio autem modo. 4.
& § seq. infr. hoc t.*) ipsius testamenti jus vitiatur &
infirmatur. Idqve primo agnatione sui heredis; dein-
de mutatione testamenti contingit. *§. 1. & 2. hoc t. d. l.
1. vers. aut rumpitur. ff. de injust. rupt. irr. fact. test.* Ag- 6
nascitur suus heres (*auctore Ulpiano d. tit. 23. §: agna-
scitur*) aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum
conveniendo, aut in locum sui heredis succedendo;
velut nepos mortuo filio vel emancipato: aut manu-
missione, id est, si filius ex primâ secundâve mancipa-
tione manumissus, reversus sit in patris potestatem.
Cæterùm Iustinianus, aliis modis omnibus prætermissis, hoc loco tantùm de adoptione agit: propterea qvòd hodiè in plerisqve aliud sit receptum, qvàm olim fuerit. Nam primò agnatione posthumi, sive is
sit Aqvilianus ex jure antiqvo, qvi propriè agnasci dici-
tur post mortem patris, sive sit Vellejanus & Iulianus
qvi in locum sui heredis succedendo fit suus, testamē- 7
tum hodie non rumpitur. Qvia posthumi hodie, sic- 8
uti filii, directò sunt vel instituendi, vel nominatim ex-
heredandi. *§. sed hæc quidem vetustas. 5. supr. de exhe-
redat. liber. l. maximum vitium. 4. sive ult. C. de liberis
præterit.* Qvamobrem ut filius, qvi in patris testamento
nec institutus, nec exheredatus erat, testamentum illud
non rumpebat, sed nullum dicebat, ita & posthumus
hodie, si est præteritus, non rumpit testamentum; sed
potiùs id omninò nullum facit, ut ruptione non sit
opus imò rumpi ne possit qvidem, utpote qvod non 9
sit *d. l. ult. § sancimus. C. d. tit.* Neqve obstat *l. quod
certatum. 3. C. de posthum. heredib. instituend.* ubi ex-
pressè dicitur, posthumum rumpere testamentum.
Siquidem istud de jure veteri est accipiendum: qvoni-
am legem hanc *ante dictam legem ult.* esse latam, ex
utriusqve subscriptione evidenter constat. Secundo 10
con-

conventionem in manum quantum concernit indubitatum est, uxores jure civili hodie non venire in manum mariti: sed in potestate parentum suorum manere: ac proinde non agnasci. *§ postea autem. 2. inf. de SC. Trebellian. l. filia. 12. C. de collationibus.* Tertiò ex Iustiniani constitutione filius, qui manumittitur, non agnascitur: quia in potestatem patris non recidit. *L. ult.*
11 *C. de emancipationib. liberor.* Restat igitur unica illa agnatio, quæ fit per adoptionem; quâ solâ, non etiam agnatione posthumorum, testamentum rumpitur, *ut paulò antè dictum, & eruditè probabiliterque hic docet D. Vultejus n. 3. & seqq. quem ucvissimè etiam refert & sequitur D. Hunnius disputat. 10 ad Instit. th. 3.* Tametsi plerique aliter sentiant. *Mynsinger. hic num. 1. Schneidevvin. num. 10. & alii. Duaren. in Comment. ad tit. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. cap. 3. Donell. lib. 6. Commentar. de jur. civ. c. 16. p. 40. n. 50. ibiq. Hilliger. in suis not. ad lit. g.*

12 Adoptio porrò, vel arrogatio est, vel adoptio specialis. Illa per Imperatorem, hoc est, Principis auctoritate: hæc per prætorem, hoc est, imperio magistratûs expeditur, *hic & §. 1. supr. de adoptionibus.* Arrogato itaque vel adoptato filio, testator in eodem statu manet, id est, ipse nullam patitur capitis deminutionem. Is quidem, qui arrogatur, capite minuitur. *§. minima. 3 supr. de capitis deminut.* At qui arrogat, vel adoptat sibi filium, capite non minuitur: quanquam jus testamenti per arrogationem adoptionemve vitietur. Nam testatori, qui post testamentum factum filium arrogat, aut adoptat, suus heres quasi agnascitur, *hoc*
13 *t. nostro, §. 1.* Neque enim sui heredes sunt tantùm filii naturales & legitimi, verùm etiam liberi adoptivi, *§. sui autem 2. vers. nec interest. infr. de hereditatib. quæ ab intest. deferunt.* Et cùm filius arrogatus vel adoptatus, non fit in testamento heres institutus aut exheredatus: ideo testamentum quasi agnatione sui heredis rũpitur, *ut Iustinianus hic tradit, & Borcholt. numer. 3.* Idque verùm putatur, quando avus maternus nepotem ex filiâ, vel avus paternus nepotem ex filio emancipato natum adoptat. Ab his siquidem adoptati sui fiunt: ab aliis adoptati non fiunt sui; licet suorum jus adoptione consequantur. *§ sed hodie. 2. supr. de adopt. l. penult. Cod. eodem Schilbock hic. & Vult. num. 6. Mynsinger. num. 2. Schneidevvin. nu. 10. vers. secundò rumpitur, &c.*

§. *Posteriore. 2.*

Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis heres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse; aut vivo testatore, aut post mortem ejus ante, quàm hereditatem adiret, decesserit; aut conditione, sub quâ heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum à posteriore: & posterius æquè nullas habet vires, cùm ex eo nemo heres extiterit.

SVMMARIA.

1 *Testamentum jure factum rumpitur alio posteriore testamento jure perfecto: ejusq; ratio.*
2 *Vnius unum tantum testamentum.*
3 *In jure plerumq; posteriora derogant prioribus.*
4 *Excipitur militis testamentum: hujusq; exceptionis ratio.*
5 *Testamenti vis unde pendeat.*
6 *Testator licet juraverit, se primum testamentum non revocaturũ: nihilominus tamen secundo primum mutatur.*
7 *Iuramentum sortitur naturam actus, cui accedit.*
8 *Natura testamenti qua.*
9 *Clausula posterioris voluntatis derogatoria testamento adjecta, nullius momenti censetur.*
10 *Si duo conficiantur testamenta, in omnibus idem sonantia; tunc unum reputatur testamentum, pluribus codicibus scriptum.*
11 *Si duo proferantur testamenta, uno tempore facta, neutrum valebit.*
12 *Testamentum inter liberos an & quatenus prius per posterius tollatur.*
13 *Num testamentum primum inter liberos ritè ac solenniter confectum, tollatur per secundum minùs perfectum, quod alioqui si solenne non processisset, de jure speciali esset validum.*
14 *Testamentum validum de jure speciali eandem vim habet ad tollendum primum, quam habet validum de jure communi.*
15 *Consideratio l. 2. ff. d. injust. rup. irr. fact. testam.*
16 *Primum testamentum conditum à milite, habens solennitates juris civilis, tollitur per secundum factum jure militari.*
17 *Tantum operatur dignitas per privilegium adepta, quantum ea, quam quis jure communi est consecutus.*
18 *Præsumptio juris pro secundo testamento militat.*
19 *Qui regulam pro se habet, dicitur habere rem certam ac intentionem fundatam.*
20 *Reipubl. interest, supremas hominum voluntates habere exitum.*
21 *Contraria voluntate primum testamentum tollitur.*
22 *In duobus contrariis illud quod speciale est, attendi debet.*
23 *Contrariorum refutatio.*
24 *Duo vincula fortiùs stringunt, quam unum.*
25 *Id, quod potentius est, præponderare debet.*
26 *Vltima prioribus derogant.*
27 *Vnumquodq; sicuti colligatum est, ita dissolvi debet.*
28 *Hæc regula quatenus procedat.*
29 *Quæ abundant, in consideratione esse non solent.*
30 *Consideratio & expositio Nov. 107. cap. 2.*
31 *Sententia & intellectus l. hac co sultissima. 21. §. si quis autem. 3 C. de testament.*
32 *De mutuo Conjugum testamento mutando, remissivè.*

Aliter hoc loco exponitur modus, quo testamentum jure factum rumpitur, alio nimirum posteriore testamento jure perfecto, *de quo & in l. 2. & l.* 1
cùm in secundo. 16. ff. de injust. rupt. irr. fact. testa. Ratio hujus perspicua est: tum quia testamentum est ultima voluntas. *l. 1. ff. qui testam. fac. poss. l. 1. C. de sacrosanct. Eccl.* proindeque id testamentum valere debet, 2
quod est posterius. Vtrumque enim valere nequit: cùm unius unum tantum sit testamentum: eo quod testamentum universam hereditatem contineat: extra autem universitatem nihil esse possit, *argum. l. nihil est aliud. 24. ff. de verbor. signific. & l. hereditas 62. ff. de regul. jur.* Tum quia & aliàs in jure posteriora dero- 3

gant prioribus; ut leges. *l. non est novum. 26. & l. sed & posteriores. 28. ff. de legibus.* ut pacta *l. pacta novissima. 12. C. de pact.* ut contractus *l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt.* ut tutela, legatum, fideicommissum, &c. *l. tutor datus. 8. §. ult. l. si hereditas. 10. §. e ff. de testamentar. tutel. l. si mihi. 12. §. in legatis. 3. ff. de leg. 1. l. clari 19. C. de fideicommiss. l. Divi. 6. § licet. 2. ff. de jure codicillor.* Excipitur tamen militis testamentum, quod posteriore non rumpitur. *l. quaerebatur. 19. l. militis. 36 §. 1 ff. de testamento militis.* Ratio exceptionis haec est: quia militi plura testamenta facere, & heredem ex parte instituere licet: quod pagano non permittitur. *d. l. quaerebatur. 19 in princ. ff. de tit.* Et sanè prius testamentum rumpitur mutaturque posteriore jure perfecto, etiamsi ex eo nemo heres extiterit per aditionem hereditatis, *hoc §. nostro. vers. nec interest.* &c. Haud enim testamenti vis & substantia ab aditione heredis pendet, sed ab institutione. *l. 1. in pr. ff. de heredib. instituend. § ante heredes, 34. infr. de legatis. Wesenbec. hic n. 3. latè Hieronym. Pantschman. quaestion. juris controvers. lib. 2. quaest. 10. n. 18. & seq.*

4\. (margin at "quod posteriore")

5\. (margin at "terest.")

6\. Illudque in tantum procedit; ut, quamvis testator juraverit, se primum testamentum non revocaturum: nihilominus tamen secundo legitimè facto primum mutari possit, mutatumque censeatur. Et ratio ejus non obscura est. quia juramentum privata est conventio, per quam nemo se ipsum testamenti factione, quae juris est publici, exuere potest. *l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. l. 3. ff. qui testament. fac. poss.* Licet ergo quis centies jurasset, se non facturum testamentum, vel testamentum non revocaturum: tamen ex hoc testandi, & aliter disponendi facultatem non amisit. Quandocunque igitur, solennibus juris civilis adhibitis, postea de bonis suis disposuit: legitimum & perfectum fecisse testamentum intelligitur. Neque potest efficere juramentum, ut actus, qui perfectam habet testandi formam, & omnia testamenti requisita, non sit testamentum. Ad quod facit & regula illa:

7\. quòd juramentum sortitur naturam actûs, cui accedit. *l. fin. C. de non num. pecun. c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6.*

8\. Haec autem est natura testamenti, ut usque ad mortem revocari, mutari, & corrigi possit. *l. quod si iterum. 4. & l. nihil prohibet 17. ff. de adimend. vel transfer. leg.* Et ita (non obstante contrariâ Speculatoris opinione, *in t. de instrument. edition. § compendiosè. vers. quod si quis juraverit n. 15.*) sentiunt, *post plures alios à se citatos, Didacus Covarruv. in rubr. de testament. part 2 n 9. Julius Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quaest. 94. num. 3. Angel. in tract. de testament. gloss. 105 n. 2. Dilect. de art. testandi. tit. 10. caut. 2 num. 2. Vasqui. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 1, Graff. in § testamentum. quaest. 87. n. 1. Fachin. lib. 4. controvers. jur. c. 8. circa finem. Heigius hic n. 5. Ant. Faber. part. 2. de errorib. pragmat. decad. 39. error. 2. & Ioan. Dauth in tract. de testam. 88. & seqq.* ubi *n. 91 & seqq.* subjungit, ejusmodi testatorem, qui neglecto juramento, aliud testamentum condidit, perjurium reum esse *secundum Canonistas, non item Legistas*: & tandem *n. 95* suam sententiam eâ de re plenius

9\. explicat. At quid dicendum, si quis clausulam posterioris voluntatis derogatoriam testamento suo adjecerit: veluti, *si quod aliud testamentum posteà fecero, valere illud nolo?* Et clausulam hanc, in priore testamento, ad posterius impediendum, appositam, planissimè inutilem esse atque vanam, rationibus non omnino contemnendis docet Anton. Faber *d. part. 2. de errorib. pragm. decad. 37. error. 7. & seqq. item decad. 38. error. 1.* nec non Pansehman *d. lib. 2 q 11. per tot. & duab. seqq.* Tametsi plerique existiment, hoc non aliter verum esse, quàm si testator specialiter in posteriore testamento exprimat, se prioris voluntatis suae poenituisse, *arg. l. si quis. 22 ff. de legat. 3. ibiq. gloss. Bartol. Albertus de Rosate & alii. Berous cons. 3. num. 1. vol. 2. Ioan. Cephal. consil 375. num. 27. & seq. Viglius hic numer 2. & Heigius num 9. Fachin d. lib. 4 controvers. jur. c. 92. Rittershus. in exposit. Novellar. part. 6. c. 2. nu. 11. Thadeus Piso lib. 1. var. resolut. c. 12. num. 16 Clarus d. §. testamentum. quaest. 99. nu. 4. Menoch. lib. 4. praesumpt. 166. num. 13. vers. tertia est opinio, &c. aliiq. plurimi, ab his relati.* Adde Dn. Besoldum *consil. 42. num. 10. & seq vol. 2. pag. 68* ubi tradit ex Facultatis juridicae Tubing decreto: Fabrianam opinionem, tanquam maximè singularem nullo modo attendendam esse: quemadmodum & in Senatu Pedamontano contra eam pronunciatum fuisse refert ipse Antonius Faber *in Cod. suo lib. 6. tit. 5. definit. 9.* Vide item eundem D. Besoldum *Consil. 43. num 9. & seqq. d. vol 2. pag. 71.*

Enimverò si duo conficiantur testamenta, in omnibus idem sonantia: tune unum censeri testamentum, pluribus codicibus scriptum, probabilius videtur. *§. penult. supr. de testament. ordinand. l. unum. 24. ff. qui testam. fac. poss. & tradit Viglius hic n. 3.* Quid verò, si duo testamenta, uno die facta, in quibus diversi scripti sunt heredes, proferantur? Et, si nô appareat, quodnam eorum prius sit, aut posterius, neutrum valere puto, utpote quòd tunc non jus, sed probatio deficiat *l. duo sunt Titii. 30 ff. de testamentar. tutel. l. 1. § 1. ibiq. gloss. in verb. veteres. ff. de bonor. possess. secund. tab. l. eum, qui se in princ. & ibi gloss. in verb. ex neutro. ff. de acq. vel omitt. heredit. gloss. in l. ult. in verb. qui missus est. C de edicto divi Hadr. toll. ubi Curt. Iun. n. 89 Bertrand. cons. 223 lib. 1. part. 1. Boer. decis. 311. n. 2. Wesenbec. consil. 90. n. 17. Clarus d. §. testamentum. q. 100. ibiq. ego in meis additionib. Pantschman. d. lib. 2. q. 1. num. 15. Dn. Enenckel. lib. 2. de privileg. cap. 5. n. 22. Schegk. in delibat. jur. disput. 11. thes. 12. Stuck. parte. 1. Exercitat. Iust. decad. 6. assert 10 lit. c. pag. 285.* Quanquam hoc casu potiorem esse conditionem ejus, qui relictam testatoris hereditatem possidet, opinetur Mynsingerus *hic num. 4.* Adde Paulum Aemilium Gallum *in tract. de exceptionib circa successionib. tam ab intest. quàm ex testam. part. 3. tit. 4. except. 1. fol. 599. & seq.*

Porrò testamentum inter liberos hoc habet sibi peculiare tributum, maximè ob favorem liberorum: ut prius testamentum per posterius non tollatur, nisi huic solenniter coram septem testibus confecto inseruerit testator clausulam derogatoriam, in hanc sententiam: *derogare se omnibus aliis testamentis, & imprimis illi, quod inter liberos antè fecerit. Novell. 107. c. 2. Auth. hoc inter. C. de testament. ibiq. Gilken. & Sichar-*

Siebardus numer.3 & seqq. Ritterhus. in exposit. Novell.d.part.6.c.2.num.11. Iul.Clar.lib.3 sentent. §. testamentum. quæst.98.num.1 & quæst.99.num.6.cum seq. Mich Graffus lib.1. recept.sent. §. testamentum. q. 86.num.5.& seq. Francisc. Mantic. in tract. de conjectur. ultim.volunt.lib.12.tit.8. numer.11.cum seqq. Thadeus Piso lib.1.var.resolut.c.12.nu.22. Eaq; de re uberrimè dissertat Hieronymus Pantschman. d. lib. 2. quæst 16. per tot.

13. Sed convenienter hic quæritur: an testamentum primum inter liberos, ritè ac solenniter, id est secundùm debitam juris communis formam & solennitatem confectum, tollatur per secundum sive subsequens minùs perfectum, vel in scriptis, vel coram duobus testibus conditum, quod alioqui, si solenne non præcessisset, de jure speciali esset validum? Et secundum testamentum (nil remorante contrariâ opinatione *Ioannis Andr. in addit. ad Speculat. in §. compendiosè. vers. quid si, in primo de instrumenter. edit. Oldradi consil.119. Cornel. in d. Auth. hoc inter. C. de testament. Ioannis de Anna. cons. 57. Socini jun. cons. 163.vol.2. Ioannis Iacobi Riminaldi consil.110 num.5. & 12.vol.1. Illustris Enenckelii in tract. de privileg parent.& liber.privileg. 15. c. 2. ad finem. & aliorum quorundam*) jure subsistere, absque alio solenni testamento, ex subsequentibus rationibus & fundamentis

14 patefcit. Primò enim certo certius est, quòd testamentum validum de jure speciali, tantam seu eandem vim habeat ad tollendum primum, quantam habet validum de jure communi. *l.1.l Divus. 24. ff. de testament.milit. l.fin. C famil.ercisc. c cùm esses.12. &c. relatum.11.ext.de testament. Alexand.cons. 146.nu.5. & seqq. Decius consil.264. n. 1. & cons 475. n. 1. De-*

15. *cian.resp.31.n.6.vol.3 ubi multos citat.* Secundò Vlpianus JC. *in l.2 ff. de injusto. rupt. irr. fact. testam.* in hæc verba respondit: *Tunc autem prius testamentum rumpitur, cùm posterius ritè perfectum est: nisi fortè posterius vel jure militari sit factum; vel in eo scriptus sit, qui ab intestato venire potest, Tunc enim, & posteriore non perfecto, superius rumpitur.* Ex quibus verbis colligere promptum est: quòd quâ ratione alicui conceditur, absque solennitate, actus alicujus confectio, eâdem quoque ratione censeatur concessa pote-

16. stas sublationis illius actûs, sine solennitate. Tertiò huc confert textus *in l.in fraudum.15.§.1. & in l ejus militis.34.§.1 ff. de testam.militis.* ex quib. relucet, quòd primum testamentum, conditum à milite, habens solennitates juris communis, tollatur per secundum,

17. factum jure militari. Quartò pro hac sententiâ facit. *Lexum ex oratione.44. ff. de excusationib.* ex quâ colligitur, quòd tantum operetur dignitas, per privilegium adepta, quantum ea, quam quis jure communi fuerit consecutus. Atque adeò idem operatur specialis provisio, quoad illum casum, quod operatur generalis, quoad omnia, *arg. l. si duo.31.in fine. ff. de admi-*

18. *nistrat. & peric. tutor.* Quintò, præsumptio juris est pro secundo testamento, ita ut contrarium affirmanti incumbat probatio. *Angel. in l. cùm antiquitas.28 C.*

19. *de testament. Decius consil.489.num.5.* Sicuti is, qui regulam pro se habet, dicitur habere rem certam ac intentionem fundatam: atque hinc in adversarium, qui exceptionem regulæ prætexit, onus probandi transfert: quæ probatio si ipsum defecerit, regula palmam feret, *argum. l. ab ea parte.5 ff. de probationib. Decius n.2. Cagnol. nu 21. Philippus Matthæus n.34. ad l. 1. ff. de reg. jur.* Proinde huic præsumptioni, quæ est 20. pro secundo testamento, cedit illa, quæ est pro primo testamento solenni. Reipubl. quippe interest, supremas hominum voluntates exitum habere. *l. vel negare 5 ff. testam. quemad aperiant. l.1 in princ. ff si quis omiss. caus. testam. &c.* Sextò licet testamentum secundum jure speciali sit factum: pendet tamen à voluntate testatoris. Cùm igitur in eo voluntas testato- 21. ris adsit: sequitur, quòd antegrediens voluntas sit soluta. Contrariâ namque voluntate primum testamentum tollitur, *hoc §. nostro* Ideòque cum in secundo testamento solennitas jure speciali requisita non desit: voluntas testatoris maximè spectanda erit, quâ primum sublatum esse, nemo facilè negabit. Septimò, 22. quando in aliquâ materiâ reperiuntur duo contraria, illud, quod speciale est, attendi debet, *arg. l. decurionibus.3.C de silentiariis, &c. c.generi.34 de reg.jur. in 6. l sanctio legum.41 ff. de pœnis. c dudum.14.§. nos igitur attendentes. &c. quamvis.38. de prabend. in 6.* Magis itaque hoc dicendum erit, quando posterius jure speciali validum ad tollendum id, quod generaliter de jure communi obtinet, in esse productum fuerit. Octavò & ultimò huic, ceu veriori & receptiori, sententiæ suffragantur *Glossa in l. filius.15. in verb. ab intestato. C. famil. ercisc. Hostiens. in summa. de testam. §. qualiter. vers. item quandoq; prius, &c. Bald. in l. hac consultissima. 21. §. si quis autem.3. C. de testament. & idem Bald. in cons 168. n 1.vol.3 & cons 39.n.39. vol. 2. Petrus de Anchor.cons 337. n 3. Socin. Iun. sibi contrarius in cons.144 num.37 & 44. vol. 2. Didac. Covarruv. in Rubr. de testam. part.2 n.1. Alex. cons. 146. n. 5. vol. 2. & cons.131. n 3. vol. 7. cesq; cum pluribus aliis referens Pantschman. d. lib.2 quæst. 17. num. 31. & multis seqq.*

Non obstat huic sententiæ, quòd prius testamen- 23. tum suæ firmitatis duo vincula habet, solennitatem nempe sive formam juris communis, & favorem liberorũ: posterius verò etsi habet favorem liberorum: attamen deest alterum, solennitas videlicet juris communis. Cùm ergo ultimum sit debilius: haud mirum est, quòd cedat firmiori & validiori, *arg c. cum non sit.33. ubi Panormitan. ext de decimis. c. si duo ex tribus.3. ibiq; Canonista de offic & potest. judic. deleg. in 6. Tiraqu. De retract. lignagier. § 1 gl.7. num 82.* Duo 24. siquidem vincula fortiùs stringere debent, quàm unum. *Auth. itaque C. communia de successionib. Auth. cessante & Auth. post fratres C. de legitimis heredib. c.1. vers & quoniam funiculus. & ibi glos. ext. de treuga & pace. Decian respons 4 num 24. vol. 1.* Illud, *inquam*, non obstat. Quamvis enim in primo testamento solenni sit major solennitas, quàm in secundo: in hoc tamen aliud, & quidem longè potentius subest, quàm in illo, nempe quòd si testamentum ultimum, quod in ultimis voluntaribus potissimũ est attendendum, *per hunc §. nostrum. d. l. si mihi. 12. §. in legatis. 3. ff. de leg. 1. d. l. 1. C. de sacros. sanct. Ecclesiastic.* Ideòque id, quod poten-

tius

nell.nu.7.eosq́; allegant Gilken.nu.41. & 43.item Dn. Collega Bocerus class 3.disput.5.thes 94.edit.2. & in hoc §.num 23.pag.436. Contrarium verò, tanquam receptius & probabilius, tuentur *Bartol.num.20. Alexand.num.37. Iason.num.32.& seq. Alciat. num.57. in d.l.ex facto.43. ff. de vulgar & pupillar.substitut. Decius num.7.& Corasius nu.13. in d.l humanitatis. Baldus in tract. substit. exempl. nu.11. Politus eod. tract.num 18.Vasq.lib.3.controvers.illustr.cap.106.nu.*
35 *40.& Treutler.disput.11.thes.10 sub lit g.vel.2* Cùm enim lex suppleat legitimam.*l.omnimodo 30 & l.quoniam in prioribus.32 C.de inoffic testam.* perinde est, ac si ipse testator eam integram reliquisset: debetque Iustiniani constitutio *in d.l.humanitatis*, quasi pupilla-
36 rem substitutionem introducens, utpote posterior, secundùm aliam declarari, quæ jus supplementi induxit, & paucis mensibus ante lata fuit, siquidem posteriores leges secundùm priores declarari debere constat *ex l.sed & posteriores.28.ff.de legib.*

37 Neq; refragatur, quòd *in d.l.humanitatis.* pro formâ desideretur: ut is, cui fit hæc substitutio, legitimam portionem totam ex testatoris judicio habeat: omissio autem formæ actum vitiet. *l. cùm hi 8.§ si prætor. 17.ff.de transact.l.constitutionib.24.in fine ff.ad municipal.l.testandi.13.C.de testam.l.certa forma.4. C. de jure fisci.* Illud etenim verùm est, nisi forma isthæc providentiâ legis suppleatur. Nam quod suppletur à lege, pro omisso non reputatur. *l.ult.ibiq; Bald. C.de fructib & lit.expens.* sed perinde, ac à testatore relictum, censetur. *l.si pecuniam.5.§ 1. ff. de condictione causa data,&c.* Vnde licet legitima expressum à testatore sit data: tamen beneficio legis potiùs, quàm voluntate testatoris data intelligitur, *arg.l.Titia.86.ff. ad l.Falcid.c.Raynaldus 18.in fin.de testam.* Quia cùm debita fuerit, & testator, quamvis invitus, ad dandum cogi potuerit: apparet, legis jussu potiùs dari, quàm dispositione sive voluntate patris, *arg.l.velle.4. ff. de reg.jur. Idq; explicatiùs persequuntur Alciatus et Vasquius locis prællegatis.* Est & illud hîc singulariter no-
38 tandum: quòd parens non quemlibet sine discrimine, liberis suis mente captis quasi pupillariter substituere possit. Si enim mente capti, quibus ita substituitur, liberos habeant, hi tantùm illis substituendi sunt: modò sanæ mentis existant, neque eodem morbo laborent. Si desint liberi, sed adsint fratres: & hi illis substituendi. Quibus pariter deficientibus: tunc quoslibet substituere licet. *d.l.humanitatis.9. C.de impub. et aliis substitut.et hic in verbis: certas personas substituere. ibiq; Heigius nu 3.& Mynsing.nu.10 .Simon. de Prat.de interpretat.ult. volunt.interpret.a.solut.7. num.14.et seq.* Haud tamen necesse est: ut parens omnes liberos, aut fratres, quos mente captus habet, ei substituat: sed satis est, substituere vel unum ex illis, ut substitutio valeat, *d.l.humanitatis 9. circa fin. C. eod.ibiq; latiùs Donell.nu.9.§.supr.constitutum est,etc. et idem lib.6. Comment.de jur.civ. cap.27.pag.100.*
39 *eumq; referens D.Bocer d.disp.5.th 96.et seq.* Effectus porrò hujus quasi pupillaris substitutionis præcipuus est: quòd, mente capto in ipsa amentiâ sive furore mortuo, substitutus ejus hereditatem sibi delatam acquirat, *hoc §.nostro.et d.l.humanitatis 9. C.de impub. et al substit.et inibi Gilken.nu.46. ubi ex Doctorib.et aliis effectus commemorat.*

Infirmatur autem & evanescit hæc substitutio, mor- 40
bo seu vitio animi desinente: hoc est, si liberi mente capti resipuerint, adeòq; sanitatem mentis recuperaverint. *hoc §.nostro vers.sin autem resipuerint. d.l. humanitatis 9.vers.ita tamen, ut si postea resipuerint. C.d.tit.d l.ex facto.43. ff.de vulgar.et pupill.substit.* ubi Paulus hanc rationem subjungit: quia si diutiùs valeret hæc substitutio: beneficium paternum cederet filio in maleficium. Auferret enim ei, jam homini sanæ mentis, testamenti factionem. *d.l ex facto. vers.*
nam et si furioso,etc. Cessante igitur furore est impe- 41
dimento, cessat etiam hæc quasi pupillaris substitutio: redeunte verò furore, iterum vires suas assumit. Quod tamen de brevissimo temporis spatio intelligendum erit, *argum l.pleriq; 33.ff.de ritu nuptiar.l quicquid in calore 48 ff de regul.jur l quod meo 18.§.1. ff de acq. vel amitt.possess.* Nam si furor longo tempore, judicis arbitrio definiendo, redierit: substitutionem nunquam convalescere, verius est, *argum.l.inter stipulantem.83.§ sacram.5.ff.de verbor.obligat.l.qui res.98. §. aream. 8. vers.in perpetuum,&c. ff.de solutionib.* Ita sentiunt *Zaj. in tract.de substit.cap 3.de substit.exemplari.in fin.Covarruv.in cap. Raynut 16.§.6.num.ult. Angel. Aret.et Heig hic nu.12.Bald.et Salic.in sæpe allegata l.humanitatis 9.C. de impub.et al.substit.et alij plures, quos recenset et sequitur Menoch. de præsumpt.*
li.4.præsumpt.10.nu.6.et aliquot seqq. Præterea si post 42
hâc substitutionem furioso sive mente capto liberi legitimi nascantur, eam interire certum est. *d.l.ex facto, 43.ff.de vulg.et pupil.substit.l.generaliter.6. §.cùm autem invenimus C.de instit.et substit. l.cùm avus 102.*
ff.de condit.et demonstrat.D.Bocer.hic nu.30.pag.437. 43
Nec moverit quicquam, quòd filius furiosus uxorem ducere nequeat, *cap,dilectus filius 14.ext de sponsalib.* Quamvis enim uxorem ille, quatenus furiosus est, ducere haud possit: fieri tamen potest, ut ex eâ uxore,
quam duxit ante furorem, postea liberos suscipiat. Fu- 44
ror namq; interveniens matrimonium non dirimit. *l.patre furioso.8.ff.de his. qui sui vel al jur sunt. Duaren.ad tit. ff. de vulgar.et pupill.substit.cap.21. Petr. Gregor.Tholos.in syntagm. jur univers.lib.42. cap.24. nu.ult.* Adde eâ de re prolixiùs agentem Paul. Æmilium Gallum *in tract.de exceptionib. quæ oriri poss.in success.tam ab intest.quàm ex testam.part.2.tit.4.except.20.nu.124.et seqq.fol.407.*

§. *Igitur.* 2.

Igitur in pupillari substitutione, secundùm præfatum modum ordinata, quo quodammodo sunt testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

SVM.

S V M M A R I A.

1 *An & quatenus in pupillari substitutione duo versentur testamenta.*
2 *Testamenta non distinguuntur ex numero hereditatum.*
3 *Paterni testamenti pars & sequela est substitutio pupillaris.*
4 *Si diverso tempore patris, & filii testamentum sit factum: solennia in utroq; intervenire debent.*

1 REdit Iustinianus Imper. hoc loco ad pupillarem
substitutionem, & ostendit: quòd licèt in ea duo
quodammodo videantur versari testamenta: unũ pa-
tris, alterũ filii: propterea quod pater propriũ heredem
habeat, & filius itidem proprium habeat heredem: ad-
eòq; hereditas patris ab hereditate filii separetur. *l. Pa-
pinian. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inoffic. testã. l. in
duplicib. 79. ff. ad l. Falcid. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quam
per l. Falcid. &c. l. 2. §. interdum. 2. ibi. ex secundis ta-
bulis. & l. si filius 12. ff. de vulgar. & pupill. substit. ubi*
2 *substitutiones pupillares secunda tabula vocatur*: ve-
rius tamen sit, testamenta non ex numero heredita-
tũ distingui: sed propriè verè unum testamentum pa-
ternum censeri, cujus pars aliqua sit & sequela sive ap-
pendix substitutio pupillaris, vel testamentum pupil-
3 late. *§. liberis 5. infr. hoc tit.* Huic est, quòd utrumq; ab
uno & eodem testatore fiat, & una eademque solen-
nitas utrique sufficiat, nempe septem testes, se-
ptemque sigilla. *l. patris & filii. 20. ff. de vul-
gar. & pupill. substit.* quòd una tantùm Falcidia de u-
troq; detrahatur. *l. in ratione. 11. §. quod vulgò ff. ad l.
Falcid. d. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quàm per l. Falcid. &c.*
quòd scripti in paterno & pupillari testamento pro
conjunctis habebatur. *l. planè. 34. §. sed si in pupillari. 10
ff. de legat. 1. l. coheredi. 41. §. cohæres. 6. ff. de vulg. &
pupill. substit.* quòd denique, unam ex uno sive pater-
no, sive pupillari testamento hereditatem capiendo, al-
teram ex altero repudiare non possit substitutus: sed
4 utramq; vel acquirere, vel omittere cogatur. *l. sed si
plures. 10. § filio. 2. ff. ead. & notat hic Gipban.* Sanè si di-
verso tempore utrumq;, & patris & filii, testamentum
sit factum: legitimus numerus testium, & reliqua so-
lennia in utroq; intervenire debent, *ut evincitur ex l.
quis eum. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. ibiq; in suis
Comment. docet Duaren cap. 14. § quartum est, vers.
sed an sufficiat una solennitas, &c.*

§. *Sin autem.* 3.

Sin autem quis formidolosus sit, ut timeat ne filius suus pupillus adhuc, ex eo, quòd palàm substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat: vulgarem quidem substitutionem palàm facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam si heres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur; separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palàm est, non ideò minùs valere substitutionem impuberis filii, quòd in eisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.

S V M M A R I A.

1 *Pater pro salute filii solicitus.*
2 *Consilium pro formidoloso parente.*
3 *Vulgaris substitutio quando expiret.*
4 *Cuiq; apud se explorare liberum, an consilium expediat.*

QVandoquidem pater, qui testamentum fecit filio 1
suo & sibi, pro salute filii valde solicitus est *l. cum
pater. 77. §. mando. 24. ff. de legat. 2.* & sæpe metuit, ne
forsan aperto testamento, impuberi substitutus, qui
spem succedendi proximam habet, illius vitæ insidie-
tur: idcirco *in hoc §.* consilium suppeditat Imperator
formidoloso parenti: quod si ipse sequatur, filius sine 2
periculo insidiarum post obitum patris vivere. Consi-
lium autem tale est. *Pater vulgarem substitutionem
palàm, et in primis testamenti partibus, ordinare et fa-
cere debere*, hoc modo: *Filius meus mihi heres esto: Si 3
filius heres non erit, Titius heres esto.* Hoc casu Titius
vulgariter substitutus, pupillo insidias struere nequit,
vivo patre: cùm, qui in testamento scriptum sit, igno-
ret. Sed & post mortem patris, Titius filio vulgariter
substitutus, ei insidiari non potest: cùm, filio herede
existente, vulgaris substitutio protinus expiret: adeoq;
nulla occasio substituto relicta sit, propter quam he-
reditatem expectet. *§. sui autem heredes. 3. infr. de he-
redit. quæ ab intestat. defer. l. post aditam 3. C. de impub.
et al. substit. et abundè explicatum supr. ad §. ult. tit. pro-
ximi. nu. 10. et seq.* Posteà si velit pater filio Titium et-
iam pupillariter substituere; hoc est, *in illum casum,
quo filius heres erit, et intra pubertatem morietur, ut
tunc Titius sit heres*; debet prudens testator hanc pu-
pillarem substitutionem in inferiori seu ultima prin-
cipalis testamenti parte scribere, eamq; partem pro-
prio lino, propriaq; cerâ consignare, & in priori testa-
menti parte cavere, ne tabulæ inferiores sive pupillares
aperiantur priùs, quàm pupillus mortuus fuerit. Ita
substitutione pupillari factâ, pupillus ab omnibus in-
sidiis tutus erit. Nam neq; vivo patre quisquam ei in-
sidiabitur, eò quòd testamentũ omne adhuc clausum
est, neq; etiã mortuo patre, q tota substitutionis pupil-
laris ratio ignoratur, *ut ex Theophylo hic monet Barth.
nu. 2.* Cæterùm cùm Iustinianus hîc magis consulat,
quàm præcipiat: testamentum nihilominùs valebit,
licèt in prima ejus parte pupillaris substitutio scripta
sit, *hoc §. nostro in fine* Etenim liberum cuiq; est, apud 4
se explorare, an consilium sibi expediat. *§. tua tantùm
gratiâ. 6. vers. cùm liberum, &c. infr. de mandato.
l. 2. in fine. ff. mandati.*

§. Non

§. Non solùm autem. 4.

Non solùm autem heredibus institutis impuberib. liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortis fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint : sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid exheredato pupillo ex hereditatibus, legatisvè, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit : id omne ad substitutum pertinebit. Quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum : eadem etiam de posthumis intelligimus.

SVMMARIA.

1 *Patri liberis etiam exheredatis pupillariter substituere licet*
2 *Exheredatus tam in potestate esse potest, quam institutus*
3 *Substitutio semper institutionem præsupponit*
4 *Ab eo, cui nihil datur, nihil legari potest*
5 *An pupillaris substitutio filio præterito facta valeat*
6 *Sententia Auth. ex causa C. de liber. præterit.*
7 *Legata, libertates, &c. sustinentur, rupto testamento ex causa præteritionis*
8 *Tutor in testamento imperfecto à patre constitutus, à judice confirmandus*
9 *Authentica per quos fuerint Codici inserta*
10 *Posthumus in quibus pro jam nato habeatur*
11 *Posthumus hodie exheredari nequit.*

1 PAter non modò liberis impuberibus, quos heredes instituit, sed illis etiam, quos exheredavit, pupillariter substituere potest, *hic & l. 1. §. 2. & l. sed si plures. 10. §. ad substitutes. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* nempe hoc modo: *Titius heres esto : Marcus filius meus ex heres esto: quia vita mea insidias struxit. Si tamen ante annum 14. decedat, Sempronius ei heres esto.* Hujusque ratio in promptu est: quia substitutio pupillaris nititur patriâ potestate, *ut dictum suprà in-*
2 *itiò hujus tit.* Exheredatus autem tam in potestate esse potest, quàm institutus. *l. filium. 20. in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* Et quamvis filio exheredato pater ipse nihil relinquat; nihilo tamen minus substitut° pupillariter, heres non quidem patris, sed pupilli intelligitur : & ad illum cuncta pupilli bona veniunt: ut sunt bona adventitia, quæ ex hereditatibus & donationibus propinquorum, aut aliundè pupillos acquisita fuerint, *hoc §. & d. l. sed si plures. 10. §. ad substitutes 5. ff. de vulgar. & pupill. substit. Locamer. quæstion. juridic. fascic. 20. quæst. 2.*

3 Non obstat, quòd substitutio semper institutionem præsupponit. Ast exheredatio institutioni è diametro opponitur. *Nam respondetur* : hoc casu substitutionem, exheredato filio factam, considerari respectu institutionis priorum tabularum. Sunt enim quasi duo testamenta; unum patris, alterum filii : & si quidem in patris testamento heres extraneus institutus sit, filius verò exheredatus rectè filio exheredato in posterioribus tabulis fit substitutio, quæ ab institutione priorum tabularum sustinetur. *Vultej. supr. initio hujus tit. nu. 9. Arum. Exercit. Instit. 8. thes. 17. Matth. Stephan. cent. 2. quæst. 78. & expositum supr. ad princ. tit. proximi, num. 6. & seq.*

Similiter non obstat, quòd ab eo, cui nihil testamento dedimus, ubi nihil legari aut relinqui potest. *l. sed etsi 6. in fine. ff. de legat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideicommissis.* ac proinde multò minùs licere debet relinqui ab exheredato, cui etiam hereditatem, quæ ipsius futura est, adimimus. *l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l. cùm quidam. 24. C. de legat.* Etenim aliud est, ab exheredato legare, aut quid relinquere: aliud, ei heredem substituere. Qui legat ab aliquo, ei detrahit, quod alteri adjiciatur, *argum. l. legatum. 116. in princ. ff. de legat. 1.* qui substituit impuberi exheredato, ei adjicit : quoniam dat ei heredem. Quæ ut dissimilia sunt : ita utilitate & effectu apertè distinguuntur: quemadmodum docet, *post Donellum*, Arumæus *loco allegato, & D. Becer. ad princ. hujus tit. num. 7. pag. 412.* Illud hic addendum : quòd substitutio pupillaris valeat, ante institutionem scripta. *l. 2. §. sed si quis ita. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Et quamvis testator priùs debeat sibi heredem facere, deinde filio restituere. *d. l. 2. §. alsiùs autem. 4. ff. eod.* ordinem tamen scripturæ pervertere licet intuitu favorabilis substitutionis. Aliud ergo dicendum est, si exheredato substituatur: quia nempe illa substitutio est odiosa *l. cùm quidam 24. C. de legatis. Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 92. pag 233. & D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 28. ff. quæst 12 pag. 119. ubi & dissentientes citat.*

Sed quid de filio præterito dicendum : an pupillaris substitutio ei facta vires habebit? Et vires non habere, veritati magis est consentaneum. Nam cùm filio præterito, testamentum patris tollatur & corruat : pupillarem etiam substitutionem, sive pupillare testamentum, quod paterni testamenti appendix quædam est, corruere & tolli necessum est *§ liberis 5. infr. hoc tit. l. 2. § prius autem. 4. & l. sed si plures. 10. §. si ex asse 4. ff. de vulgar. & pupill. substitut. l. Papinian. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inofficioso. testam.* Neque 6 huic quicquam derogat *Auth. ex causa. Cod. de liber. præterit. & Novell. 115. cap. 3. circa fin.* ubi statuitur, filio præterito, heredis tantùm institutionem rumpi, legata autem vel fideicommissa, libertates tutorum dationes, & cætera, adeoque etiam pupillarem substitutionem firmam permanere. *Iure namq;* isto novo ea solummodò, rupto testamento, firma permanent & conservantur, quæ alioquin absque heredis institutione valere & consistere possunt. Ast illa, quæ necessariò & præcisè præviam heredis institutionem desiderant, minimè rupto testamento effectum habere possunt. Ideoque cùm pupillaris substitutio tantopere exigat heredis institutionem, in patris testamento faciendam, ut hac omissâ, fieri illa non possit: perspicuum est, jus illud novum ad pupillares tabulas haudquaquam porrigendum esse : *id quod asserunt Dynus, Petrus de bella Pertica, & Ioannes Igneus num. 127. ind. Auth.*

ex

ex causa. C. de liber. praterit. eosq; laudant *Didacus Covarruv. in c. Raynutius.* t 6. §. 6. *nu.* 3. *ext. de testament.*

7 Nec resistit huic sententiæ, quòd legata, libertates, & dationes tutelarum sustineantur, rupto testamento ex causa præteritionis. *Hæc* siquidem ejusemodi non sunt, ut sine heredis institutione valere vel subsistere planè non possint *l. qui à patre.* 3. *ff. de confirmando tutore.*

8 ubi tutor in testamento non justo, vel imperfecto sive irrito à patre constitutus, nihilominus à judice est confirmandus. Legata autem & libertates codicillis testamento confirmatis relinqui posse, extra omnem controversiam est: quo tamen modo pupillaris substitutio neqvaqvam fieri potest. Est etenim ea heredis quædam institutio: quam constat testamento tantùm fieri, neque per codicillos, quantumvis testamento confirmatos, expediri posse. *l. quod per manus.* 10. *ff. de jure codicillor.*

9 Nihil quoque adversantur verba illa, *catera namq; firma permanent, in d. Auth. ex causa. C. de liber. praterit.* Quia (ut eleganter tradit Covarruvias *d.* §. 6. *n.* 4.) relata modò verba non sunt ex prædictâ Iustiniani Novellâ 115. deprompta, sed ab Irnerio Codici Iustinianeo adjecta: qvandoqvidem omnes Authenticæ Codici insertæ, non fuerunt eidem operi per Iustinianum, nec ejus auctoritate aut tempore, sed multò pòst ab eodem Irnerio, Alberto Bulgaro, & aliis, & quidem non semper satis fideliter, adscriptæ. *Verùm videatur Gilkenius ad d. Auth. ex causa. C. de liber. praterit. n.* 43. *& seqq. ubi diversas Doctorum opiniones de proposita quæstione recitat.* Porrò quemadmodum in institutionibus;

10 ita & in substitutionibus posthumus pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent. *l. qui in utero,* 7. *& l. penult. ff. de statu hominum.* Substitutionem autem pupillarem utilem esse liberis, & ad eorum commodum introductam, in confesso est. *l.* 2. *& l. ex facto.* 43. *ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Quare etiam posthumus substitutum habere poterit, si instituatur, *hoc* §. *nostro, in fine.* Quæ substitutio fieri potest hoc modo: *Quicunq; mihi post mortem meam nascetur, heres mihi esto. Si verò impubes decesserit, Titius heres esto.*

11 Cæterùm posthumi licèt olim potuerint exheredari: hodie tamen aliud receptum esse, ostendimus abundè *ad* §. *posthumi.* 1. *num.* 8. *& seqq. supr. de exheredat. liberorum.*

§. Liberis. 5.

Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat. Nam pupillare testamentum, pars & sequela est paterni testamenti: adeò, ut si patris testamentum non valeat: nec filii quidem valebit.

SVMMARIA.

1 *Quatenus aliquis liberis suis testamentum facere possit.*
2 *Pupillaris substitutio pars & appendix paterni testamenti.*
3 *Declaratio l.* 2. §. 5. *ff. de vulg. & pup. substit.*
4 *In testamentis voluntas potius testatoris, quàm verba, inspicienda.*

Nemo liberis suis substituere, atque ita testamentum facere potest: nisi & sibi testamentum faciat, & heredem instituat. 1 Idqve adeò verum est: ut etiam priùs pater sibi testamentum facere, & postea demum filio substituere debeat. Pupillaris siquidem substitutio pars & sequela paterni testamenti dicitur, *hoc* §. *nostro.* 2 Quem ordinem si convertat pater: non valebit testamentum, aut substitutio, *per textum apertum in l.* 2. § *prius.* 4. *ff. de vulg. & pupill. substit.* ubi Vlpianus in hæc verba respondit: *Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere: & non convertere ordinem scripturæ. Et hoc Iulianus putat, prius sibi debere, deinde filio heredem scribere. Caterùm, si antè filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere, &c.* Cui non repugnat, quod in eadem *l.* 2. §. 5. subjicitur: *Sed si quis ita fuerit testatus; Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto: deinde filius heres esto: valet substitutio: licèt conversâ scripturâ filii testamentum fecerit.* 3 Nam breviter respondendum: quòd, qvamvis substitutio filio facta, in hoc exemplo ordine scripturæ præcedere patris testamentum videatur: ordine tamen tacitæ voluntatis institutio filii præcedat. Cùm autem in testamentis mens potiùs & voluntas testatoris, quàm verba spectentur. 4 *l. in conditionibus.* 19 *in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si pluribus.* 33 *ff. de legat.* 1. *l. non aliter.* 69. *ff. de legat.* 3. substitutio illo modo facta, legitimè facta esse censetur. *Sed vide, post Vigelium hic & Doctores ab eo citatos fusiùs id declarantem Donellũ lib.* 6 *Commentar. de iur. civ. c.* 25. *pag.* 90.

§. Vel singulis. 6.

Vel singulis liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

SVMMARIA.

1 *Testator, multos liberos impuberes in potestate habens, quâ formâ singulis substituere debeat.*
2 *Casus huius* §.
3 *Substituens novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum conservat.*
4 *Resolutio l. Titia Seio.* 87. §. 2. *ff. de legat.* 2.

Testator, qui multos liberos impuberes in potestate habet: si quidem omnibus testamenta facere, & testatos mori voluerit: singulis substituere debet, 1 hoc modo: *primus filius meus heres esto: si heres non erit, vel si erit, et intra pubertatem decesserit, Titius heres esto. Secundus filius meus heres esto: si heres non*

erit,

erit, vel si erit, & impubes decesserit, Sempronius heres esto. Vel brevius ita: *Quisquis mihi heres erit, idem impuberibus liberis meis heres esto.* Quòd si verò jus legitimarum hereditatum, id est, jus succedendi ab intestato, integrum & salvum inter liberos testator custodiri voluerit: ei, qui novissimus impubes morietur, ita substituere debet: *Primus, Secundus, Tertius, filii mei impuberes, heredes mihi sunto: & ei, qui novissimus eorum morietur intra pubertatem, Titius heres esto. hoc §. nostro. l. si pater. 45 & l. vel singulis. 37. ff. de vulg. & pup. subst.* Cæterùm ut hic locus, qui

2. paulò obscurior videtur, cognoscatur planiùs: causæ constitutio hæc tenenda est: Pater tres habet liberos, singulis substituit pupillariter: ut Primo Titium, Secundo Mævium, Tertio Sejum. Hoc casu si Primus moriatur impubes: ei succedit Titius substitutus, non ejus fratres, Secundus & Tertius: hoc est, non habent fratres legitimam, id est, ab intestato hereditatem fratris sui Primi: sed ejus hereditatem Titius substitutus, non legitimam, verùm ex testamento, id est, ex substitutione consequitur. Idem & in Secundo evenire potest, & in Tertio. At verò si tantùm ei, qui novissimus morietur, substituat: jam unusquisque frater alteri ab intestato succedet: ut, Primo moriente, quia substitutum non habet, ei ab intestato succedent fratres, Secundus & Tertius. Aut si Tertius primò moriatur, idem erit juris: id est, ejus hereditatem legitimam non substitutus habebit, sed fratres: eò quòd substitutus non est Tertio aut Secundo; sed novissimè

3. sive ultimò morienti. Hac igitur formulâ, quâ substituitur novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum inter fratres custoditur & conservatur: ut indicat Imperator Iustin. *in hoc §.* & Florentinus *in d. l. vel singulis 37. ff. de vulg. & pupill. substit.*

4. Cui non adversatur *l. Titia Sejo. 87. §. Seja. 2. ff. de legat. 2.* ex quâ colligitur, quód etsi testator ultimò tantùm morienti substituit, omnes tamen filios invicem substituisse videatur. *Nam* casus ibi singularis proponitur. Testatrix quippe Sejalegavit suis libertis fundum, voluitque, ut qui novissimus ex eis moreretur, fundum restitueret Symphoro, Betyllo & Sapido. Hic nisi testatrix videatur substituisse invicem libertos omnes, & novissimo singulorum partes fundi prælegati jure substitutionis acquisitæ fuerint: non potest fieri, ut novissimus ille, secundùm quod testatrix voluit, fundum prælegatum fidei commissariis restituat: cùm citra substitutionem colliberti sibi invicem haud succedant. Atque ita istam legem exaudit Antonius Matthæus *hic in suis Notis*, tametsi alii aliter eam explicent, *Bartol. in d. §. Seja. & d. l. vel singulis. 37. Viglius hic n. 3. & Mynsinger. num. 3.*

§. *Substituitur. 7.*

Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti *Titius*: aut generaliter, ut *Quisquis mihi heres erit*. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro quâ parte heredes facti sunt.

SVMMARIA.

1 *Substitutio pupillaris quomodo fiat nominatim, quomodo item generaliter.*
2. *Si fiat generaliter, quos habeat effectus.*
3. *Quatenus procedat regula: heredis heredem, etiam testatoris heredem esse.*
4 *Heres scriptus verè fit heres aditione hereditatis.*
5 *In substitutione nominatim facta quæ observentur.*

AFfertur hoc loco duplex pupillariter substituendi forma. Aut enim nominatim filio impuberi substituitur, aut generaliter. Nominatim: ut, *Filius meus* 1.
heres esto. Si filius meus heres non erit, vel erit, & intra pubertatem mortuus fuerit, Cajus heres esto. Generaliter: ut, *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo, si impubes decesserit, heres esto.* In quâ generali formulâ primo observandum est; quòd illi tantùm per eam substituantur, & ad impuberis hereditatem admittantur, qui in testamento scripti sunt heredes. Itaque si scriptus sit servus, & dominus per eum heres ex institutione fiat, posteaque is servus ex potestate domini exeat: dominus ille ex substitutione heres fieri non poterit: quoniam non principaliter ex judicio testatoris dominus, sed ipse servus fuit scriptus, *l. cùm filio. 3. & l. qui liberis. 8. §. hæc verba. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* Eâdem ratione si heres scriptus mortuus fuerit, non admittetur ipsius heres ad pupilli bona: cùm de illo testator non senserit. *d. l. qui liberis. 8 §. 1. ad finem ff. eod.* Nec contraria est vulgata juris civilis 3.
regula: heredis heredem & testatoris heredem esse. *l. 3. ff. de hered. petit. l. si quis filiumfamilias. 7 in fin. ff. de acq. vel omitt. heredit. l. heredis appellatio. 65. ff. de verb significat. l. ult. C. de heredib. instit.* Nam ea tum procedit, ubi non singularis erga primum heredem affectio spectatur, qualis in præsenti casu esse censetur. *ut docent Viglius & Mynsingerus hic n. 2.* Secundò notandum: eos tantùm ex prædictâ generali formulâ substitutos intelligi, qui non solùm scripti sint, sed extiterint etiam heredes ipsi patri. Heres enim licèt 4.
sit scriptus: si tamen verè non fiat heres, id quod fit aditione hereditatis, pro non scripto habetur, & testamentum infirmatur, *hoc §. nost. d. l. qui libris. 8. in pr. vers. non aliàs existet heres. & l. ex duobus 34 §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* Tertio animadvertendum: scriptos heredes in substitutione pupillari non viriles partes habituros, sed eas partes, ex quibus instituti sunt: ut, si unas sit scriptus ex dodrante, alter ex quadrante: pro iisdem partibus hereditatem pupillarem divident, & non æqualiter, *hoc §. in fin. l. si in testamento 5. d. l. qui liberis. 8. §. ult. & l sed si plures. 10. in pr. ff. d. tit.* Enim 5.
verò isthæc penè omnia diversa sunt in substitutione nominatim factâ. In eâ etenim non est necessarium: ut is, qui substitutus est, scriptus fuerit patri heres: & quanquam fuerit scriptus, repudiatâ tamen ejus hereditate, adhuc ad pupillarem admittetur: nisi sub illâ conditione fuerit substitutus filio, si patri heres extiterit. *d. l. qui liberis. 8. in princ. ff. eod.* Itemque nominatim substitutus viriles æqualesque partes habebit, non eas, quas in principali institutione habuit, *arg. l. nonnunquam. 24. ff. ad SC. Trebellian. Vigl. hic num. 4.*

§. Mascu-

§. *Maſculo. 8.*

Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt, fœminæ uſque ad duodecim annos: & ſi hoc tempus exceſſerint, ſubſtitutio evaneſcit.

SVMMARIA.

1 *Pupillaris ſubſtitutio pubertate finitur: hujuſque ratio.*
2 *Item interit hæc ſubſtitutio, ſi vivo teſtatore filius impubes de ejus poteſtate omnino exierit.*
3 *Item ſi conditio appoſita defecerit.*
4 *Vel ſi hereditas paterna non ſit adita.*
5 *Vel ſi teſtamentum patris corruat.*

1. FInitur & expirat ſubſtitutio pupillaris pubertate,
h.e. ſi maſculus annum 14. fœmina annum duo-
decimum exceſſerit, *hoc §. noſtro. l. verbis. 7. l. in pu-*
pillari. 14. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill.
ſubſtit. Ratio eſt perſpicua: quia liberi puberes facti,
ſibi heredem hac ætate ipſi ſcribere poſſunt. Ceſſante
igitur cauſa hujus ſubſtitutionis finali, *de quâ ſuprà*
in principio hujus tit. in fin. ceſſat & evaneſcit ipſa quo-
que ſubſtitutio, *arg. l. adigere. 6 § quamvis. 2. ff. de*
jur. patronat. c. cùm ceſſante. 60 de appellat. & ipſo ju-
re, velut tutela, extinguitur, *initio tit. ſuprà. quib. mod.*
tutel. finit. l. ult. C. quand. tutor vel curatores eſſe deſi-
nant. Quòd ſi teſtator intra minorem, quàm puberta-
tis ætatem, ſubſtitutionem hanc pupillarem incluſe-
rit, ut ſi uſque ad annos octo, vel decem impuberi
filio ſubſtituerit: elapſo eo tempore, hæc ſubſtitutio
evaneſcit *l. ſi ita quis. 2. d. l. ex facto. 43 §. item quæro.*
1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Zaſ. in tract. ſubſtitution.
cap. 2. in fine. & latiùs indicatum ſuprà ad principium
2. *hujus tit. n. 42.* Præterea interit hæc ſubſtitutio, ſi vi-
vo teſtatore filius impubes de ejus poteſtate omnino
exierit: adeò, ut nec mortis tempore in poteſtate fue-
rit. *l. coheredi. 41. § cùm filia. 2. ff. de vul. & pupill. ſub-*
ſtit. Pupillo igitur poſt ſubſtitutionem factam arroga-
to ab aliquo, eam irritam fieri certum eſt. *l. nec ei per-*
mittitur. 17. §. 1. ff. de adop. cùm ille per arrogationem
tranſeat in alienam familiam. *l. 2. in fin. l. ſi pater fami-*
3. *lias 25. ff eod. Duaren. in Commentar. ad tit. ff de vulg.*
& pupill. ſubſtit. c. 26. §. cœpimus dicere, &c. Solvitur
item & corrumpitur pupillaris ſubſtitutio, ſi condi-
tio appoſita defecerit. *l. qui liberis. 8 in princ ubi gloſſ.*
4. *ff. d. titul. Schneidwin. in princ. hujus tit. n. ult.* vel ſi
patris teſtatoris hereditas, ex ejus teſtamento adita
non fuerit. *l. 2. §. quiſquis. 1. & l. ſed ſi plures. 10. §. ſi ex*
5. *aſſe. 4. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* aut ſi ejus teſta-
mentum non valeat. *§. liberis. 5. ibi; adeò, ut ſi patris te-*
ſtamentum non valeat. ſupr. hoc. titul. aut ruptum in-
firmatumque deprehendatur. *l. 2. in princ. verſ. nam ſi*
principale. & l. ſi quis tum. 16. §. 1 ff. eod. *Quibus verò*
modis teſtamentum infirmetur, infrà titulo proximo,
annuente Domino, auditure ſumus.

§. *Extraneo. 9. & ultimus.*

Extraneo verò, vel filio puberi heredi inſtituto, ita ſubſtituere nemo poteſt: ut ſi heres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit heres: ſed hoc ſolum permiſſum eſt, ut eum per fideicommiſſum teſtator obliget alii hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte reſtituere. Quod jus quale ſit, ſuo loco trademus.

SVMMARIA.

1 *An & quatenus & formulâ pupillari heredi ſuo inſtituto ſubſtituere poſſit.*
2 *Cur extraneo, vel puberi filio non liceat directò ſubſtituere.*
3 *Miles tam extraneo, quàm puberi ſuo filio, directò ſubſtituere poteſt.*

CÙm hactenus ſatis ſuperque expoſitum ſit: libe- 1
ris tantùm, iiſque in poteſtate poſitis, & impu-
beribus, pupillariter ſubſtitui poſſe; contrà extraneis,
aut etiam liberis, ſed puberibus, vel emancipatis, non
poſſe: haud otioſè quæri poterat, an formula pupilla-
ri, *ſi heres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſe-*
rit, quiſpiam heredi ſuo inſtituto ſubſtituere nullo
modo poſſit? Et reſpondendum: directò non poſſe;
precariò verò, id eſt, per fideicommiſſum poſſe.
Verbi gratiâ: *Sempronî heres mihi eſto. Si heres non*
eris, vel ſi heres eris, & intra annos 20. deceſſeris,
Titius heres eſto. Hæc ſubſtitutio, cùm verbis directis
ſit facta, non valet. Sed ſi dixero: *Sempronî mihi he-*
res eſto: peto autem, ut ſi heres fueris, poſt 10. annos he-
reditatem meam Titio, fratri meo, reſtituas. Vel, *ut ſi*
moriaris intra biennium, eam fratri meo reſtituas.
Hæc ſubſtitutio valet: quia precariò eſt facta. Vnde &
precaria ſubſtitutio dicitur: ut illa prior directa, à ver-
bis & formulâ ita appellatæ *l. cùm proponas 16. C. de*
pact. l. coheredi 41. § quòd ſi heredem. 3 ff. de vulg. &
pupill. ſubſtit. Atque hæc precaria ſubſtitutio in jure
plerunque fideicommiſſum vocatur: *de quo dicetur*
explicatiùs infrà titul. de fideicommiſſariis heredita-
tib. Ratio porrò, cur non ſit permiſſum directò ſub- 2
ſtituere vel extraneo, vel puberi filio, hæc reddi poteſt:
quia tantùm filio impuberi ita pupillariter ſubſtituere
permiſſum eſt. *l. 2. in princ. ff de vulg. & pupill ſubſtit.*
& dictum ſuprà initio hujus t. Quare autem filio
tantùm, & non extraneo, ratio manifeſta eſt: quia hæc
ſubſtitutio ex patriâ poteſtate pendet, *juribus modò*
allegatis. Cur verò impuberi tantùm, & non puberi,
ratio illa aſſignari ſolet: quoniam pubes ipſe ſibi te-
ſtamentum facere poteſt. *l. à qua ætate. 5. ff qui teſta-*
ment. facere poſſ. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vul-
gar. & pupill. ſubſtit. & notat Giphanius hic in fi-
ne. Cæterùm quæ hoc loco afferuntur, ad paga- 3
num ſolummodo pertinent. Militi etenim, cujus
in teſtamento ſola voluntas ſpectatur, ut in aliis cau-
ſis, ita hoc quoque in caſu benignè conceſſum eſt,
ut tam extraneo, quàm puberi ſuo filio, ad quam-

cunque ætatem,& quacunque sub conditióne, directò substituere queat. *l. centurio. 15. ff. de vulg. et pupill. substit. l. precibus. 8. ubi latiùs Sichardus, Mudaus, Donellus, Gilkenius, et Dd. communiter. C. de impuber. et aliis substitutionibus.* Eaque de re, *post alios*, diversimodè dissertant D. Bocerus *hic n. 40. cum seqq. p. 441.* & D. Hunnius *lib. 2. var. res. jur. civ. tract. 6. q. 14 pag. 622. et seq.*

QVIBVS MODIS TESTAMENTA INFIRMENTVR.

TITVLVS XVII.

Principium Tituli cum §. 1.

Testamentum jure factum usque eò valet, donec rumpatur, irritumvè fiat.

§. 1. Rumpitur autem testamentum, cùm in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem, eum, qui est sui juris: aut per prætorem secundùm nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit: testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui heredis.

SVMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli ad superiores.*
2 *Vsitatus juris docendi ordo quis.*
3 *Totum jus in quibus consistat.*
4 *Testamentum jure factum quibus modis infirmetur.*
5 *Testamentum quando rumpi dicatur.*
6 *Suus heres quomodo agnascatur.*
7 *Agnatione cujuscunque posthumi hodie testamentum non rumpitur.*
8 *Posthumi directò sunt vel instituendi, vel nominatim exheredandi.*
9 *Intellectus l. quod certatum. 3. C. de posthum. heredib. instit.*
10 *Vxores hodie manent in potestate parentum.*
11 *Solâ adoptione rumpitur testamentum.*
12 *Adoptio, vel arrogatio est, vel adoptio specialis.*
13 *Quatenus sui heredes sint non tantùm filii naturales & legitimi, sed etiam liberi adoptivi.*

Explicatum est superioribus titulis sufficienter:
1 quemadmodum testamenta, secundùm solennia facta, sustineantur & valeant. Quia verò nihil tam stabile aut firmum est, ut non aliquando rumpatur & dissolvatur: convenienter jam sequitur, quomodo testamenta jure facta iterum concidant & infirmentur. Hic quippe usitatus juris docendi ordo est: ut post
2 causas juris constituentes, subnectantur causæ ejusdem perimentes & corrumpentes. Totum enim jus
3 nostrum consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo. *l. fin. ff. de leg.* Testamentum au-
4 tem jure factum (nam non jure factum, ipso jure non valet, nulliusqve momenti est: ut, filiofamilias præterito, vel aliis omissis solennibus. *l. 1. & passim ff. de injusto, rupto, irr. fac. testam.*) infirmatur duobus modis. Aut enim rumpitur, aut irritum constituitur, *tradente Iustiniano hic, & Vlpiano in fragment. Instit. t. 23. in princ.* Rumpi testamentum dicitur, cùm in e- 5
odem statu manente testatore (secus namque est, si testator mutet statum, putà capitis deminutionem patiatur: qvia tunc propriè non rumpi dicitur testamentum, sed irritum fieri, *de quo in § alio autem modo. 4. & §. seq. infr. hoc t.*) ipsius testamenti jus vitiatur & infirmatur. Idqve primo agnatione sui heredis; deinde mutatione testamenti contingit. *§. 1. & 2. hoc t. d. l. 1. vers. aut rumpitur. ff. de injust. rupt. irr fact. test.* Ag- 6
nascitur suus heres (*auctore Vlpiano d. tit. 23. §: agnascitur*) aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo, aut in locum sui heredis succedendo; velut nepos mortuo filio vel emancipato: aut manumissione, id est, si filius ex primâ secundâve mancipatione manumissus, reversus sit in patris potestatem. Cæterùm Iustinianus, aliis modis omnibus prætermissis, hoc loco tantùm de adoptione agit: propterea qvòd hodiè in plerisqve aliud sit receptum, qvàm olim fuerit. Nam primò agnatione posthumi, sive is sit Aqvilanus ex jure antiqvo, qvi propriè agnasci dicitur post mortem patris, sive sit Vellejanus & Iulianus
qvi in locum sui heredis succedendo fit suus, testamē- 7
tum hodie non rumpitur. Qvia posthumi hodie, sic- 8
uti filii, directò sunt vel instituendi, vel nominatim exheredandi. *§. sed hæc quidem vetustas. 5. supr. de exheredat. liber. l. maximum vitium. 4. sive ult. C. de liberis prateri.* Qvamobrem ut filius, qvi in patris testamento nec institutus, nec exheredatus erat, testamentum illud non rumpebat, sed nullum dicebat, ita & posthumus hodie, si est præteritus, non rumpit testamentum; sed potiùs id omninò nullum facit, vt ruptione non sit
opus, imò rumpi ne possit qvidem, vtpote qvod non 9
sit *d. l. ult. § sancimus. C. d. tit.* Neqve obstat *l. quod certatum. 3. C. de posthum. heredib. instituend.* vbi expressè dicitur, posthumum rumpere testamentum. *Siqvidem* istud de jure veteri est accipiendum: qvoniam legem hanc *ante dictam legem ult.* esse latam, ex vtriusqve subscriptione evidenter constat. Secundo 10
con-

conventionem in manum quantum concernit indubitatum est, uxores jure civili hodie non venire in manum mariti: sed in potestate parentum suorum manere: ac proinde non agnasci. *§ postea autem. 2. inf. de SC. Trebellian. l. filia. 12. C. de collationibus.* Tertiò ex Justiniani constitutione filius, qui manumittitur, non agnascitur; quia in potestatem patris non recidit. *l. ult.*
11 *C. de emancipationib liberor.* Restat igitur unica illa agnatio, quæ fit per adoptionem; quâ solâ, non etiam agnatione posthumorum, testamentum rumpitur, *ut paulò antè dictum, & eruditè probabiliterque hic docet D Vultejus n. 3. & seqq. quem novissimè etiam refert & sequitur D. Hunnius disputat. 10 ad Instit. th. 3.* Tametsi plerique aliter sentiant. *Mynsinger. hic num. 1. Schneidevvin. num. 10. & alii. Duaren. in Commentar. ad tit. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. cap. 3. Donell. lib. 6. Commentar. de jur. civ. c. 16. p 40. n. 50. ibiq. Hilliger. in suis not. ad lit. g.*

12 Adoptio porrò, vel arrogatio est, vel adoptio specialis. Illa per Imperatorem, hoc est, Principis auctoritate: hæc per prætorem, hoc est, imperio magistratûs expeditur, *hic & §. 1. supr. de adoptionibus.* Arrogato itaque vel adoptato filio, testator in eodem statu manet, id est, ipse nullam patitur capitis deminutionem. Is quidem, qui arrogatur, capite minuitur. *§. minima. 3 supr. de capitis deminut* At qui arrogat, vel adoptat sibi filium, capite non minuitur: quanquam jus testamenti per arrogationem adoptionemve vitietur. Nam testatori, qui post testamentum factum filium arrogat, aut adoptat, suus heres quasi agnascitur, *hoc*
13 *t. nostro, §. 1.* Neque enim sui heredes sunt tantùm filii naturales & legitimi, verùm etiam liberi adoptivi. *§. sui autem 2. vers. nec interest. infr. de hereditatib. quæ ab intest. deferunt.* Et cùm filius arrogatus vel adoptatus, non sit in testamento heres institutus aut exheredatus: ideo testamentum quasi agnatione sui heredis rũpitur, *ut Iustinianus hic tradit, & Borcholt. numer. 3.* Idque verùm putatur, quando avus maternus nepotem ex filiâ, vel avus paternus nepotem ex filio emancipato natum adoptat. Ab his siquidem adoptati sui fiunt: ab aliis adoptati non fiunt sui; licet suorum jus adoptione consequantur. *§ sed hodie. 2. supr. de adopt l. penult. Cod. eodem Schilbeck hic. & Vult. num. 6. Mynsinger. num. 2. Schneidevvin. nu. 10. vers. secundò rumpitur, &c.*

§. *Posteriore. 2.*

Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis heres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse; aut vivo testatore, aut post mortem ejus ante, quàm hereditatem adiret, decesserit; aut conditione, sub quâ heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum à posteriore: & posterius æquè nullas habet vires, cùm ex eo nemo heres extiterit.

SVMMARIA.

1 *Testamentum jure factum rumpitur alio posteriore testamento jure perfecto: ejusq; ratio.*
2 *Unius unum tantum testamentum.*
3 *In jure plerumq; posteriora derogant prioribus.*
4 *Excipitur militis testamentum: hujusq; exceptionis ratio.*
5 *Testamenti vis unde pendeat.*
6 *Testator licet juraverit, se primum testamentum non revocaturum: nihilominus tamen secundo primum mutatur.*
7 *Iuramentum sortitur naturam actus, cui accedit.*
8 *Natura testamenti qua.*
9 *Clausula posterioris voluntatis derogatoria testamento adjecta, nullius momenti censetur.*
10 *Si duo conficiantur testamenta, in omnibus idem sonantia; tunc unum reputatur testamentum, pluribus codicibus scriptum.*
11 *Si duo proferantur testamenta, uno tempore facta, neutrum valebit.*
12 *Testamentum inter liberos an & quatenus prius per posterius tollatur.*
13 *Nunc testamentum primum inter liberos ritè ac solenniter confectum, tollatur per secundum minùs perfectum, quod alioqui si solenne non præcessisset, de jure speciali esset validum.*
14 *Testamentum validum de jure speciali eandem vim habet ad tollendum primum, quam habet validum de jure communi.*
15 *Consideratio l. 2. ff. de injust. rup. irr. fact. testam.*
16 *Primum testamentum conditum à milite, habens solennitates juris civilis, tollitur per secundum factum jure militari.*
17 *Tantum operatur dignitas per privilegium adepta, quantum ea, quam quis jure communi est consecutus.*
18 *Præsumptio juris pro secundo testamento militat.*
19 *Qui regulam pro se habet, dicitur habere rem certam ac intentionem fundatam.*
20 *Reipubl. interest, supremas hominum voluntates habere exitum.*
21 *Contraria voluntate primum testamentum tollitur.*
22 *In duobus contrariis illud quod speciale est, attendi debet.*
23 *Contrariorum refutatio.*
24 *Duo vincula fortius stringunt, quam unum.*
25 *Id, quod potentius est, præponderare debet.*
26 *Ultima prioribus derogans.*
27 *Unumquodq; sicuti colligatum est, ita dissolvi debet.*
28 *Hæc regula quatenus procedat.*
29 *Quæ abundant, in consideratione esse non solent.*
30 *Consideratio & expositio Nov. 107. cap. 2.*
31 *Sententia & intellectus l. hac consultissima. 21. §. si quis autem. 3 C. de testament.*
32 *De mutuo Conjugum testamento mutando, remissivè.*

ALter hoc loco exponitur modus, quo testamentum jure factum rumpitur, alio nimirum poste- 1
riore testamento jure perfecto, *de quo & in l. 2. & l. cùm in secundo. 16. ff de injust. rupt irr. fact testa.* Ratio hujus perspicua est: tum quia testamentum est ultima voluntas. *l. 1. ff. qui testam. fac. poss l. 1. C. de sacrosanct. Eccl.* proindeque id testamentum valere debet,
quod est posterius. Utrumque enim valere nequit: 2
cùm unius unum tantum sit testamentum: eo quod testamentum universam hereditatem contineat: extra autem universitatem nihil esse possit, *argum. l. nihil est aliud. 24. ff de verbor. signific. & l. hereditas 62. ff de*
regul jur. Tum quia & aliàs in jure posteriora dero- 3

 gant

l. praecipimus.32.§.ult. Cod. de appellationib. Iuvat etiam cum primis, quod morbus surdi & muti non est animi, sed corporis: quódque mutus, si scribere posset, sibi ipse testamentum faceret. *l. discretis.10.C. qui test. fac. poss.* Proinde nihil prorsus obstat, quòd hæc quasi pupillaris substitutio fiat eis, qui morbi causa testari non possint, *hoc §. nostro, & d. l. humanitatis.9. Cod. de impub. & al. subst.* Surdus autem & mutus morbi causa testari nequeant. *d. l. discretis.10 C. qui testam. fac.*
18 *poss.* Nam licet substitutio hæc iis fiat, qui furiotis vel dementiæ causa testari non possunt: non tamen fit eis, qui morbi corporalis causa testari non possunt, qualis est morbus surdi & muti: nec ullâ lege contrarium, nullave ratione induci poterit. Et satis ridiculum est, de morbo animi, in quo fundatur hæc substitutio, *hoc §. nost. & d. l. humanitatis.* arguere ad morbum corporis, qualem esse morbum surdi & muti nemo ambigit. *Sed vide Vasquinm. fusius id explicantem d. cap. 37. num. 9. circa finem. & Lecamerum quæstionum juridic. fascic. 29. q. 1.* Plane jure renovato Wirtembergico parentibus concessum est liberis suis, etiam mutis & surdis, quasi pupillariter substituere. *part. 3. tit. 12. c. exemplaris substitutio. p. 375.*

19 Vocatur in quæstionem & illud: num quasi pupillaris substitutio fieri possit liberis tam impuberibus, quàm puberibus, furiosis ac mente captis? Et non posse contendunt *Dynus & Iacobus de Raven. hosq. referens Bartolus in d. l. ex facto.43 n. 10. & ff. de vulg. & pupill. subst. & ibi Alexander n. 31. Iason. num. 22. & Dd. communiter. Corneus num. 18. & Coras. n 10. in d. l. humanitatis 9. Cod. de impuber. & al. substitut. Zas. in tract. de substitut. tit. de exempl. subst. num. 7. Mich. Graff. lib. 1. recept. sent. § substitutio, q. 41. n. 1. Gomez. tom. 1. var. resolut. c. 6 n. 8.* Posse verò hanc substitutionem fieri etiam filio impuberi, dementiâ laboranti, putant *Viglius hic num. 6. & Mynsinger num. 9. Polit. in tractat. subst. exempl. quæst 7 Vasqu. lib. 2. de success. progress. §. 17. n. 68. Gilkenius add. l. humanitatis, n. 12. & seq. Duaren. ad tit. ff. de vulg. & pupill. subst. c. 19. vers. quæritur etiam de impubere, &c. Steph. Forcat. Necyomant. dialog. 32. num. 1. cum seq. & novissimè Hunnius var. reso. jur. civil. lib. 2. tractat. 6 quæst. 21.*
20 permoti sequentibus argumentis. Primo enim constitutio *dicta l. humanitatis. 9. C. de impuber. & aliis subst.* generaliter loquitur de liberis mente captis, nec certum ætatis terminum constituit. Quare nec nos constituere oportet, *arg. l. 1. §. generaliter. ff. de legat. præstand. l. 1. §. quòd autem. 3. in fin. ff. de aleatorib. & l. de pretio 8. ff. de Public. in rem act.* Deinde cùm Iustinianus *in hoc §. nostro* ait, licere substituere filiis mente captis, etsi puberes sint: manifeste satis ostendit, etiam impuberibus substitui posse. Perinde est enim, ac si diceret, non tantùm impuberibus licere ita substituere, sed etiã pubertibus. Accedit præterea, quòd cùm pater vel mater filiis puberibus mente captis quasi pupillariter substituere possit, licet non sint in potestate, *d. l. humanitatis.* absurdũ videatur, si hoc denegetur patri, qui illos in potestate habeat: cùm nemo pluribus remediis uti prohibeatur: præsertim cùm hoc remedium longiori temporis spacio durare queat: *§. ult. infr. si quadrup. paup. fecis. dicatur. c. nullus. 20. de reg. jur. in 6.* Huc insuper confert, quòd aliàs non satis cõsuleretur filio: nisi quoq; in hunc casum, *si heres erit, & in furore decesserit,* substitutio fieret. Ponamus, eundẽ & furiosum & impuberem esse. Si pater substituat in hunc casum, *si impubes decesserit,* hoc casu expresso, nõ satis ei consuletur: quia forte decedet in eã infirmitate, ut non possit sibi testamentum facere. Hoc igitur genus substitutionis non solum filio puberi, sed etiam impuberi, & necessarium & utile putatur. 21

Huic assertioni non obstat, quod vulgò objicitur: ubi remedium ordinarium habet locum, ibi cessare remedium extraordinarium. *l. in causa cognitione. 16. in princ. ff. de minorib. 25. annis.* Hic autem remedium esse ordinarium pupillaris substitutionis. *Tum* quia hoc pupillaris substitutionis remedium non satis plenum est, *ut ex modò dictis apparet*; ac proinde pleniori extraordinario remedio locus relinquitur: *tum* quia constitutionem *dictæ l. humanitatis.* remedium extraordinarium esse, negatur: *tum* denique quia remedium extraordinarium, ex postfacto delatum, non prohibetur cum remedio ordinario cumulari, *arg. l. ut perfectius. 2. C. de annali except. Gilken. ad d. l. humanitatis. 9. n. 13. in fin. Cod. de impub. & al. substitut. Vide Accursium in l. 1. §. per hanc. 2. super verb. vindicare posse circa fini ibiq. Angelum. n. 6. ff. de rei vindic. Cothmannum cõs. 4. n. 17. & seqq vol. 3 eorũ, laudantem Mundiũ in comment. de diffamationib. c. 5. § 2. num. 119. 122. & 129.* 23

Minus obstat textus *in l. qui habet. 3. ff. de tutelis.* ubi dicitur, quòd ei, qui eodem tẽpore impubes est, & furore conflictatur, non detur curator, sed tutor ratione ætatis. *Quia* prorsus dissimilis ibi est ratio: quandoquidem per tutorem magis consulitur impuberi, quàm per curatorem: quippe cùm hic rebus tantùm, ille & rebus & personæ præficiatur, *l. cùm plures. 12. §. cùm tutor. 3 ff. de administrat. & peric. tutor. l. in copulandis. 8 C. de nupt.* Sed paulò ante monitũ est: quasi pupillarem substitutionem sæpenumero pupillo sive impuberi utiliorem esse pupillari. Adhæc si curator nõ est pupillo datus: cras & perendie, finitâ impubertate, dabitur à Iudice. Parente verò semel mortuo, nemo filio quasi pupillariter substituet. Adde, quòd ex benignitate juris citiùs aspicimus accidens, quàm quod naturale est. *l. 1. §. removet 6 vers. bestias. ff. de postuland.* Atqui in quasi pupillari substitutione benignitatẽ juris plurimùm posse, constat *ex crebrò allegata l. humanitatis. 9. C. de impuber & al. subst. & animadvert. Forcat. d. Dial. 32. nu. 2 in fin.* 24 25

Non inutilis quoque est quæstionis: utrùm filio mente capto exheredato, hæc substitutio fieri possit? Communis equidem opinio id negat, *quam probarunt Bartolus in dict. l. ex facto. 43 nume. 18. ff. de vulgar. & pupill. substitut. Alexander, Ripa & Iason ibidem numer. 27. Bald. Angel. Salicet. Fulgos. Castrens. & Gilken. numer. 9 in dict. l. humanitatis. 9. C. de impuber. & al. substitut. Mich. Graff. libr. 1. recept. sent. §. substitutio. quæst. 40 numero 5. Donellus libr. 6. Commentar. de jur. civil cap. 27. pagin. 99. & Hunnius dict. lib. 2. tractat. 6. quæst. 22.* Sed affirmantium sententia mihi probabilior videtur. *Tum* quia hanc quasi pupilla- 26

lãrem

larem substitutionem, ad exemplum & imitationem pupillaris substitutionis introductam esse, expressum est *in hoc §.* At pupillarem substitutionem etiam exheredato filio fieri posse, audiemus σὺν Θεῷ *in § non*
27 *solùm. 4. infrà hoc tit. & constat ex l sed si plures 10. §. ad substitutos. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Tum quia eadem quasi pupillaris substitutio humanitatis intuitu introducta dicitur *d. l. humanitatis 9. C. de impuber. & al. substit.* Sed exheredatis parentum humanitatem nemo negaverit. *l. vel quod. 6. vers. exheredatis ff. de religios. & sumpt. funer.* Tum etiam, quia furor nonnunquam est causa exheredationis, non malâ mente faciendæ, *arg. l. de ereationib. 27. in princ. C.*
28 *de Episcopali audient.* Nec adversatur, quòd non liceat aliter filio quasi pupillariter substituere, quàm si legitima portio ei relicta fuerit. *d. l. humanitatis. 9. ibi, legitimâ portione ei vel eis relictâ. C. de impuber. & aliis substit.* Nam hoc intelligendum est, si furiosus non ritè sit exheredatus. Quare subdit ibidem textus: *ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum oriatur.* Ergo si exheredatio justa facta fit: querela nulla timenda venit. Idque copiosiùs declarant *Didacus Covarruv. post Pelitum & Curtium Iuniorem, in hanc sententiam allegatos, in cap. Raynunt §. 6. nu. 2. ext. de testam. Duaren. in Comment. ad tit. ff. de vulgar. & pupill. substit. cap. 20. Forcatul. d. Dialog. 42. num. 5. D. Collega Bocer. hic num. 21. & seq. pag. 435. & class. 3. disput. 5 thes. 93. edit. 2 Philip. Decius nu. 7. Corneus nu. 8. Corasi nu 9. Massinius nu. 149 in d. l 9 C. de impuber. & aliis substit. Fumans in tract. substit. compendiosa. in fin. & Vasq. li. 3 controverſ illustr. cap. 106 nu. 1.* ubi asserit, hanc verissimam sententiam, & non admodùm minùs communem, quàm contrariam: eamque, suo periculo, non solùm in puncto juris, sed etiam in judicando & consulendo sequendam esse *Vide Vincentium Fusariam in tractat. de substitutionib. part. 1 de exemplari substitutione quæst. 188 fol. 117.*
29 Est & illa non prætereunda valde controversa quæstio: an filio naturali tantùm, qui furiosus est, mentevè captus, pater quasi pupillariter substituere, sicque testamentum facere valeat? Affirmativam sanè sententiam, ceu humaniorem, amplectuntur *Bartol. in d. l. ex facto 43. nu 7 ff de vulgar. & pupill. substit. Baldus nu 47. Salicet. nu. 22. Coras. nu. 7. Decius nu. 7. Curt. junior. nu. 13. Corneus nu. 17. Siebard. nu. 6 hos referens Gilken. nu. 6. in d. l humanitatis 9. C. de impuber. & al substit. Petr. Ricciard supr. de vulgar substit. nu. 84. Anton. Fumans in tract. de exempl. substit. num. 65. Bartol. de Hue. tract. de exempl. substit. num. 3. Leon. in eod. tract. de exempl. qu 28. cum seq Soarez. in addit. ad Gemin. tom. 1. var. resol. cap. 6. ad lit. C. Bocer. hic num. 27 & seq. pag. 437. Intrigliol. in tract. de substit. cent. 2. quæst. 97. num 7. & seqq.* Sed negativæ, tanquam veriori, subscribunt *Angel. num. 4. Ioan. de Imol nu. 16. Raphael. Cuman. num 18. Alexand. nu. 28. Franc. Aret. nu. 11. hos & citans Iason. nu. 20. in d. l ex facto. 43. ff. de vulgar. & pupill. substit. ibiq. Zasius nu. 28. & idem in tract. substitutionum cap 3. de substit. exempl. nu. 4. Pelit. nu. 13. Trentacinq. pari. 3. cap. 4. nu. 12. Simon. de Prat lib. 3. de interpretat. ultimar. voluntat. interp. 2. dub. 1 sol. 7. num. 10. & 11. Did. Spin. à Caceres d. specul testam. gloss. princ. 25. nu. 14. Duaren. d. Comment. ad tit ff. de vulgar. & pupill. substit. cap. 19. Hunn. d. lib. 2. tract. 6. quæst. 20. Vasq. li. 2. de success. progress. §. 17. nu. 10. & seqq.* Hosque Interpretes movet primò, quòd hæc quasi pupillaris substitutio ad 30 exemplum substitutionis pupillaris inducta est: ut proinde hoc exemplum in omnibus nobis sequendū sit: nisi quatenus aliquid apertè exceptum reperitur. Atqui filiis naturalibus tantùm ferè pupillariter substitui non posse, diximus suprà *ad princ. hujus tit. nu. 6. & elucescit ex l. Lucius 45. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Deinde, quòd cui verba legis non competunt, ei nec ejusdem dispositio convenit, *arg. l. cùm post. 43.* 31 *in princ. ff. de administrat. & peric. tut. l. hos accusare. 12. §. omnibus 4. ff de accusat. l. dies. 4. §. totiens. 6. ff de dam. infect. l. à nullo. 4. C. de feriis* At filio naturali non competit nomen filii, quo utitur *d. l. humanitatis. 9. C. de impuber. & al. substit.* Ille enim propriè est filius, 32 qui ex justis nuptiis procreatus est. *l. filium. 6. ff. de his, qui sui vel al. jur. sunt. l generaliter. 6. §. ult. C. de instit. & substit.* Deniq;, quod his tantummodo liberis quasi hæc pupillaris substitutio fieri potest, quibus legitima relinquenda est. *d. l. humanitatis. ibi, legitimâ portione, etc.* Filio autem naturali nulla legitima à patre debetur *l matre. 2. et l fin. C. de naturalib. liber.* Nec huic sententiæ obstat, quòd pater filio suo naturali tutorem, confirmandum tamen à judice, dare 33 queat. *l. ult. C. de confirmand. tutor. Novell. 89. cap. 14.* Plus namque est, testamentum alicui facere, quàm tutorem dare: idque vel ex eo manifestum est, quòd mater liberis impuberibus tutorem dare possit, ex inquisitione confirmandum à judice. *l 2. ff. de confirmando tutor. l. 1. Cod. eod.* & tamen pupillariter substituere non possit, *ut explicatum suprà in princip. hujus tit. num. 6. et sequentib.*

Sic etiam non adversatur, quòd in substitutione quasi pupillari seu exemplari non habeatur ratio patriæ potestatis, sed duntaxat naturalis affectionis. *d. l. 9. C. de impub. et al substit.* Natura verò omnibus liberis sit communis, *argum. l. hos accusare. 12. §. omnib. 4. vers sed cum natura ff. de accusationib.* Quamvis enim *in d. l. 9.* Iustinianus Imperator legitimis ob naturalem affectionem substitui permittat: haud tamen inde sequitur, quòd idem in omnibus, in quibus par ratio obtinet, locum habere debeat: quandoquidem id, quod contra jus commune receptum est (cujusmodi hæc quasi pupillaris substitutio est) ne quidem ob rationis identitatem ad consequentias produci debet. *l. quod verò. 14. ff. de legibus. l. quod contra. 141. ff. de reg. jur.*

Cæterùm an tota legitima relinquenda sit liberis 34 mente captis, ad removendam querelam inofficiosi contra paternum testamentum; an verò satis sit, ut pars legitimæ illis relinquatur, itidem non convenit inter Interpretes? Nam totam integramque legitimam relinquendam esse statuunt *Ioannes Faber in hoc §. Angel in d. l. humanitatis. 9. C. de impuber. et al. substit. nu. 4. circa fin. Ioannes ab Imola ibid. nu. 21. Donell.*

nell.nu.7.eosq; allegans Gilken.nu.41. & 43.item Dn.
Collega Bocerus class 3.disput.5.thes 94.edit.2. & in
hoc §.num.23.pag.436. Contrarium verò, tanquam
receptius & probabilius, tuentur Bartol.num.20. Ale-
xand.num.37. Iason.num.32.& seq. Alciat. num.57.
in d.l.ex facto.43. ff. de vulgar & pupillar.substitut.
Decius num.7.& Corasius nu.13. in d.l humanitatis.
Baldus in tract. substit. exempl. nu.11. Polisius eod.
tract.num 18.Vasq.lib.3.controvers.illustr.cap.106.nu.
35 40.& Treutler.disput.21.thes.10 sub lit g.vol.2 Cùm
enim lex suppleat legitimam.l.omnimodo 30.& l.quo-
niam in prioribus.32 C.de inoffic testam.perinde est,ac
si ipse testator eam integram reliquisset: debetque Iu-
36 stiniani constitutio in d.l.humanitatis, quasi pupilla-
rem substitutionem introducens,utpote posterior,se-
cundùm aliam declarari,quæ jus supplementi inducit,
& paucis mensibus ante lata fuit, siquidem posterio-
res leges secundùm priores declarari debere constat
ex l.sed & posteriores.28.ff.de legib.

37 Neq; refragatur,quòd in d.l.humanitatis. pro for-
mâ desideretur:ut is,cui fit hæc substitutio,legitimam
portionem totam ex testatoris judicio habeat: omis-
sio autem formæ actum vitiet. l. cùm hi 8.§ si prætor.
17.ff.de transact.l.constitutionib.24.in fine ff.ad mu-
nicipal.l.testandi.13. C.de testam.l.certa forma.4. C.
de jure fisci. Illud etenim verùm est,nisi forma isthæc
providentiâ legis suppleatur. Nam quod suppletur à
lege,pro omisso non reputatur. l.ult.ibiq; Bald. C.de
fructib & lit.expens. sed perinde, ac à testatore reli-
ctum,censetur.l.si pecuniam.5.§ 1. ff. de conditione
causa data,&c. Vnde licet legitima expressum à te-
statore sit data: tamen beneficio legis potiùs, quàm
voluntate testatoris data intelligitur, arg.l.Titia.86.ff.
ad l.Falcid.c.Raynaldus 18.in fin.de testam.Quia cùm
debita fuerit,& testator,quamvis invitus, ad dandum
cogi potuerit: apparet,legis jussu potiùs dari, quàm
dispositione sive voluntate patris, arg.l.velle.4. ff.de
reg.jur. Idq; explicatiùs persequuntur Alciatus et Vas-
quius locis præallegatis.Est & illud hîc singulariter no-
38 tandum: quòd parens non quemlibet sine discrimine,
liberis suis mente captis quasi pupillariter substituere
possit. Si enim mente capti, quibus ita substituitur,
liberos habeant,hi tantùm illis substituendi sunt: mo-
dò sanæ mentis existant, neque eodem morbo labo
rent. Si desint liberi, sed adsint fratres: & hi illis sub-
stituendi. Quibus pariter deficientibus: tunc quos-
libet substituere licet. d.l.humanitatis.9. C.de impub.
et aliis substitut.et hic in verbis: certas personas sub-
stituere. ibiq; Heigius nu 3.& Mynsing.nu.10 .Simon.
de Prat.de interpretat.ult. volunt.interpret.2.solut.7.
num.14.et seq. Haud tamen necesse est: ut parens o-
mnes liberos,aut fratres, quos mente captus habet,
ei substituat: sed satis est,substituere vel unum ex illis,
ut substitutio valeat, d.l.humanitatis 9. circa fin. C.
eod.ibiq; latiùs Donell.nu.9.§.supr.constitutum est,etc.
et idem lib.6. Comment.de jur.civ. cap.27.pag.100.
39 eumq; referens D.Bocer d.disp.5.th 96.et seq.Effectus
porro hujus quasi pupillaris substitutionis præcipuus
est: quòd, mente capto in ipsa amentiâ sive furore
mortuo,substitutus ejus hereditatem sibi delatam ac-
quirat.hoc §.nostro.et d.l.humanitatis 9. C.de impub.
et al substit.et inibi Gilken.nu.46. ubi ex Doctorib.et
alios effectus commemorat.

Infirmatur autem & evanescit hæc substitutio,mor- 40
bo seu vitio animi desinante: hoc est, si liberi mente
capti resipuerint, adeòq; sanitatem mentis recupe-
raverint.hoc §.nostro vers.sin autem resipuerint. d.l.
humanitatis 9.vers.ita tamen, ut si postea resipuerint.
C.d.tit.d l.ex facto.43. ff.de vulgar. et pupill.substit.
ubi Paulus hanc rationem subjungit: quia si diutiùs
valeret hæc substitutio: beneficium paternum cederet
filio in maleficium. Auferret enim ei, jam homini sa-
næ mentis,testamenti factionem. d.l ex facto. vers.
nam et si furiose,etc. Cessante igitur furore est impe- 41
dimento,cessat etiam hæc quasi pupillaris substitutio:
redeunte verò furore,iterum vires suas assumit. Quòd
tamen de brevissimo temporis spatio intelligendum
erit,argum l plerisq; 33.ff.de ritu nuptiar.l quicquid in
calore 48 ff de regul.jur l quod meo 18.§.1. ff de acq.
vel amitt.poss.ff. Nam si furor longo tempore,judicis
arbitrio definiendo, redierit: substitutionem neuti-
quam convalescere,verius est, argum.l.inter stipulan-
tem.83.§ sacram.5.ff.de verbor.obligat.l.qui res.98. §.
aream. 8. vers.in perpetuum,&c. ff.de solutionib. Ita
sentiunt Zaj. in tract.de substit.cap 3.de substit.exem-
plari.in fin.Covarruv.in cap. Raynut.16.§.6.num.ult.
Angel. Aret.et Heig hic nu.12.Bald.et Salic.in sæpe al-
legata l.humanitatis 9.C. de impub.et al.substit.et alij
plures,quos recenset et sequitur Menoch. de præsumpt.
li.4.præsumpt.50.nu.6.et aliquot seqq. Præterea si post 42
hãc substitutionem furioso sive mente capto liberi le-
gitimi nascantur,eam interire certum est. d.l.ex facto.
43.ff.de vulg.et pupil.substit.l.generaliter.6.§.cùm au-
tem invenimus C.de instit.et substit. l.cùm avus 102.
ff.de condit.et demonstrat.D.Bocer.hic nu.30.pag.437. 43
Nec moverit quicquam,quòd filius furiosus uxorem
ducere nequeat, cap.dilectus filius 24.ext de sponsalib.
Quamvis enim uxorem ille,quatenus furiosus est,du-
cere haud possit: fieri tamen potest,ut ex eâ uxore,
quam duxit ante furorem,postea liberos suscipiat. Fu- 44
ror namq; interveniens matrimonium non dirimit.
l.patre furioso.8.ff.de his. qui sui vel al.jur sunt. Dua-
ren.ad tit. ff. de vulgar.et pupill.substit.cap.21. Petr.
Gregor.Tholos.in syntagm. jur univers.lib. 42. cap.24.
nu.ult. Adde eâ de re prolixiùs agentem Paul. Æmi-
lium Gallum in tract.de exceptionib. quæ oriri poss.in
success.tam ab intest.quàm ex testam.part.2.tit.4.ex-
cept.20.nu.114.et seqq.fol.407.

§. Igitur. 2.

Igitur in pupillari substitutione, secundùm
præfatum modum ordinata, quo quodam-
modo sunt testamenta: alterum patris, alte-
rum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem
instituisset: aut certè unum testamentum est
duarum causarum, id est, duarum heredi-
tatum.

SVM.

SVMMARIA.

1 *An & quatenus in pupillari substitutione duo versentur testamenta.*
2 *Testamenta non distinguuntur ex numero hereditatum.*
3 *Paterni testamenti pars & sequela est substitutio pupillaris.*
4 *Si diverso tempore patris, & filii testamentum sit factum: solennia in utroq; intervenire debent.*

1 REdit Iustinianus Imper. hoc loco ad pupillarem substitutionem, & ostendit: quòd licèt in ea duo quodammodo videantur versari testamenta: unũ patris, alterũ filii: propterea quod pater propriũ heredem habeat, & filius itidem proprium habeat heredem: adeòq; hereditas patris ab hereditate filii separetur. *l. Papinian. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inoffic. testã. l. in duplicib. 79 ff. ad l. Falcid. l. 1. §. 1. ff. si cuiplus, quam per l. Falcid. &c. l. 2. §. interdum. 2. ibi. ex secundis tabulis. & l. si filius 12. ff. de vulgar. & pupill. substit. ubi*
2 *substitutiones pupillares secunda tabula vocatur*: verius tamen fit, testamenta non ex numero hereditatũ distingui: sed propriè verè unum testamentum paternum censeri, cujus pars aliqua sit & sequela sive appendix substitutio pupillaris, vel testamentum pupil-
3 lare. *§. liberis 5. infr. hoc tit.* Huic est, quòd utrumq; ab uno & eodem testatore fiat, & una eademque solennitas utrique sufficiat, nempe septem testes, septemque sigilla. *l. patris & filii. 20. ff. de vulgar. & pupill. substit.* quòd una tantùm Falcidia de utroq; detrahatur. *l. in ratione. 11. §. quod vulgò ff. ad l Falcid. d. l. 1. §. 1. ff. si cuiplus, quàm per l. Falcid. &c.* quòd scripti in paterno & pupillari testamento pro conjunctis habebatur. *l. planè. 34 §. sed si in pupillari. 10 ff. de legat. 1. l. coheredi. 41. §. coheres. 6. ff. de vulg. & pupill. substit.* quòd denique, unam ex uno sive paterno, sive pupillari testamento hereditatem capiendo, alteram ex altero repudiare non possit substitutus: sed
4 utramq; vel acquirere, vel omittere cogatur. *l. sed si plures. 10 § filio. 2. ff. eod. & notat hic Giphan.* Sanè si diverso tempore utrumq;, & patris & filii, testamentum sit factum: legitimus numerus testium, & reliqua solennia in utroq; intervenire debent. *ut evincitur ex l. quis eum. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. ibiq; in suis Comment. docet Duaren cap. 14. § quartum est, vers. sed an sufficiat una solennitas, &c.*

§. Sin autem. 3.

Sin autem quis formidolosus sit, ut timeat ne filius suus pupillus adhuc, ex eo, quòd palàm substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat: vulgarem quidem substitutionem palàm facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam si heres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur; separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palàm est, non ideò minùs valere substitutionem impuberis filii, quòd in eisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.

SVMMARIA.

1 *Pater pro salute filii solicitus.*
2 *Consilium pro formidoloso parente.*
3 *Vulgaris substitutio quando expiret.*
4 *Cuiq; apud se explorare liberum, an consilium expediat.*

QVandoquidem pater, qui testamentum fecit filio 1
suo & sibi, pro salute filii valde solicitus est *l. cum pater. 77. §. mando. 24. ff. de legat. 2* & sæpe metuit, ne forsan aperto testamento, impuberi substitutus, qui spem succedendi proximam habet, illius vitæ insidietur: idcirco *in hoc §.* consilium suppeditat Imperator formidoloso parenti: quod si ipse sequatur, filius sine 2
periculo insidiarum post obitum patris vivere. Consilium autem tale est. *Pater vulgarem substitutionem palàm, et in primis testamenti partibus, ordinare et facere debere*, hoc modo: *Filius meus mihi heres esto: Si filius heres non erit, Titius heres esto.* Hoc casu Titius 3
vulgariter substitutus, pupillo insidias struere nequit, vivo patre: cùm, qui in testamento scriptum sit, ignoret. Sed & post mortem patris, Titius filio vulgariter substitutus, ei insidiari non potest: eùm, filio herede existente, vulgaris substitutio protinus expiret: adeoq; nulla occasio substituto relicta sit, propter quam hereditatem expectet. *§. sui autem heredes. 3. infr. de heredit. qua ab intestat defer. l. post aditam 3. C. de impub. et al. subst. et abunde explicatum supr. ad §. ult. tit. proximi. nu. 10. et seq.* Posteà si velit pater filio Titium etiam pupillariter substituere; hoc est, *si illum casum, quo filius heres erit, et intra pubertatem morietur, ut tunc Titius sit heres*; debet prudens testator hanc pupillarem substitutionem in inferiori seu ultima principalis testamenti parte scribere, eamq; partem proprio lino, propriaq; cerâ consignare, & in priori testamenti parte cavere, ne tabulę inferiores sive pupillares aperiantur priùs, quàm pupillus mortuus fuerit. Ita substitutione pupillari factâ, pupillus ab omnibus insidiis tutus erit. Nam neq; vivo patre quisquam ei insidiabitur, eò quòd testamentũ omne adhuc clausum est, neq; etiã mortuo patre, quòd tota substitutionis pupillaris ratio ignoratur, *ut ex Theophylo hic monet Borch. nu. 2.* Cæterùm cùm Iustinianus hic magis consulat, quàm præcipiat: testamentum nihilominùs valebit, licèt in prima ejus parte pupillaris substitutio scripta sit, *hoc §. nostro in fine* Etenim liberum cuiq; est, apud 4
se explorare, an consilium sibi expediat. *§. cum tantum gratiâ. 6. vers. cùm liberum, &c. infr. de mandato. l. 2. in fine. ff. mandati.*

§. Non

§. *Non solùm autem.* 4.

Non solùm autem heredibus institutis impuberib⁹ liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortis fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid exheredato pupillo ex hereditatibus, legatisvè, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit: id omne ad substitutum pertinebit. Quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum: eadem etiam de posthumis intelligimus.

SVMMARIA.

1 *Patri liberis etiam exheredatis pupillariter substituere licet*
2 *Exheredatus tam in potestate esse potest, quam institutus*
3 *Substitutio semper institutionem præsupponit*
4 *Ab eo, cui nihil datur, nihil legari potest*
5 *An pupillaris substitutio filio præterito facta valeat*
6 *Sententia Auth. ex causa C. de liber. præterit.*
7 *Legata, libertates, &c. sustinentur, rupto testamento ex causa præteritionis*
8 *Tutor in testamento imperfecto à patre constitutus, à judice confirmandus*
9 *Authentica per quos fuerint Codici inserta*
10 *Posthumus in quibus pro jam nato habeatur*
11 *Posthumus hodie exheredari nequit.*

1 PAter non modò liberis impuberibus, quos heredes instituit, sed illis etiam, quos exheredavit, pupillariter substituere potest, *hic & l. 1. §. 2. & l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* nempe hoc modo: *Titius heres esto: Marcus filius meus exheres esto: quia vitæ meæ insidias struxit. Si tamen ante annum 14. decedat, Sempronius ei heres esto.* Hujusque ratio in promptu est: quia substitutio pupillaris nititur patriâ potestate, *ut dictum suprà in-*
2 *itiò hujus tit.* Exheredatus autem tam in potestate esse potest, quàm institutus. *l. filium. 20. in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* Et quamvis filio exheredato pater ipse nihil relinquat; nihilo tamen minus substituit pupillariter, heres non quidem patris, sed pupilli intelligitur: & ad illum cuncta pupilli bona veniunt: ut sunt bona adventitia, quæ ex hereditatibus & donationibus propinquorum, aut aliundè pupillos acquisita fuerint, *hoc §. & d. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos 5. ff. de vulgar. & pupill. substit. Locamer. quæstion. juridic. fascic. 20. quæst. 2.*

3 Non obstat, quòd substitutio semper institutionem præsupponit. Ast exheredatio institutioni è diametro opponitur. *Nam respondetur*: hoc casu substitutionem, exheredato filio factam, considerari respectu institutionis priorum tabularum. Sunt enim quasi duo testamenta; unum patris, alterum filii: & si quidem in patris testamento heres extraneus institutus sit, filius verò exheredatus rectè filio exheredato in posterioribus tabulis fit substitutio, quæ ab institutione priorum tabularum sustinetur. *Vultej. supr. initio hujus tit. nu. 9. Arum. Exercit. Instit. 8. thes. 17. Matth. Stephan. cent. 2. quæst. 78. & expositum supr. ad princ. tit. proximi, num. 6. & seq.*

Similiter non obstat, quòd ab eo, cui nihil testamento dedimus, ubi nihil legari aut relinqui potest. 4 *l. sed etsi 6. in fine. ff. de legat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideicommissis.* ac proinde multò minùs licere debet relinqui ab exheredato, cui etiam hereditatem, quæ ipsius futura est, adimimus. *l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l. cùm quidam. 24. C. de legat.* Etenim aliud est, ab exheredato legare, aut quid relinquere: aliud, ei heredem substituere. Qui legat ab aliquo, ei detrahit, quod alteri adiiciatur, *argum. l. legatum. 116. in princ. ff. de legat. 1.* qui substituit impuberi exheredato, ei adjicit: quoniam dat ei heredem. Quæ ut dissimilia sunt: ita utilitate & effectu apertè distinguuntur: quemadmodum docet, *post Donellum, A-rumæus loco allegato, & D. Becer. ad princ. hujus tit. num. 7. pag. 412.* Illud hic addendum: quòd substitutio pupillaris valeat, ante institutionem scripta. *l. 2. §. sed si quis ita. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Et quamvis testator priùs debeat sibi heredem facere, deinde filio restituere. *d. l. 2. §. alius autem. 4. ff. eod.* ordinem tamen scripturæ pervertere licet intuitu favorabilis substitutionis. Aliud ergo dicendum est, si exheredato substituatur: quia nempe illa substitutio est odiosa *l. cùm quidam 24. C. de legatis. Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 92. pag 233. & D. Besold. in delibat. jur. ex lib, 28. ff. quæst 12 pag. 110. ubi & dissentientes. citat.*

Sed quid de filio præterito dicendum: an pupillaris substitutio ei facta vires habebit: Et vires non habere, veritati magis est consentaneum. Nam cùm filio præterito, testamentum patris tollatur & corruat: pupillarem etiam substitutionem, sive pupillare testamentum, quod paterni testamenti appendix quædam est, corruere & tolli necessum est *§ liberis 5. infr. hoc tit. l. 2. § prius autem. 4 & l. sed si plures. 10. §. si ex asse 4. ff. de vulgar. & pupill. substit ut. l. Papinian. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inofficioso. testam.* Neque 6 huic quicquam derogat *Auth. ex causa. Cod. de liber. præterit. & Novell. 115. cap. 3. circa fin.* ubi statuitur, filio præterito, heredis tantùm institutionem rumpi, legata autem vel fideicommissa, libertates tutorum dationes, & cætera, adeoque etiam pupillarem substitutionem firmam permanere. *Iure namq;* isto novo ea solummodò, rupto testamento, firma permanent & conservantur, quæ alioquin absque heredis institutione valere & consistere possunt. Ast illa, quæ necessariò & præcisè præviam heredis institutionem desiderant, minimè rupto testamento effectum habere possunt. Ideoque cùm pupillaris substitutio tantopere exigat heredis institutionem, in patris testamento faciendam, ut hac omissâ, fieri illa non possit: perspicuum est, jus illud novum ad pupillares tabulas haudquaquam porrigendum esse: *id quod asserunt Dynus, Petrus de bella Pertica, & Ioannes Igneus num. 127. ind. Auth.*

ex

ex causa. C. de liber. praterit. eosq; laudans *Didacus Covarruv. in c. Raynutius. 16. §. 6. nu. 3. ext. de testament.*

7 Nec resistit huic sententiæ, qvòd legata, libertates, & dationes tutelarum sustineantur, rupto testamento ex causa præteritionis. *Hæc* siquidem ejusmodi non sunt, ut sine herede institutione valere vel subsistere planè non possint *l. qui à patre. 3. ff. de confirmando tutore.* 8 ubi tutor in testamento non justo, vel imperfecto sive irrito à patre constitutus, nihilominus à judice est confirmandus. Legata autem & libertates codicillis testamento confirmatis relinqui posse, extra omnem controversiam est: quo tamen modo pupillaris substitutio neqvaqvam fieri potest. Est etenim ea heredis qnædam institutio: qvam constat testamento tantùm fieri, neque per codicillos, quantumvis testamento confirmatos, expediri posse. *l. quod per manus. 10. ff. de jure codicillor.*

9 Nihil quoque adversantur verba illa, *cætera namq; firma permanent, in d. Auth. ex causa. C. de liber. præterit.* Quia (ut eleganter tradit Covarruvias *d. §. 6. n. 4.*) relata modò verba non sunt ex prædictâ Iustiniani Novellâ 115. deprompta, sed ab Irnerio Codici Iustinianeo adjecta: quandoquidem omnes Authenticæ Codici insertæ, non fuerunt eidem operi per Iustinianum, nec ejus auctoritate aut tempore, sed multò pòst ab eodem Irnerio, Alberto Bulgaro, & aliis, & quidem non semper satis fideliter, adscriptæ. *Verùm videatur Gilkenius ad d. Auth. ex causa. C. de liber. præterit. n. 43. & seqq. ubi diversas Doctorum opiniones de proposita quæstione recitat.* Porrò quemadmodum in institutionibus; ita & in substitutionibus
10 posthumus pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent. *l. qui in utero, 7. & l. penult. ff. de statu hominum* Substitutionem autem pupillarem utilem etiam liberis, & ad eorum commodum introductam, in confesso est. *l. 2. & l. ex facto. 43. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Quare etiam posthumus substitutum habere poterit, si institutus, *hoc §. nostro, in fine.* Quæ substitutio fieri potest hoc modo: *Quicunq; mihi post mortem meam nascetur, heres mihi esto. Si verò impubes decesserit, Titius heres esto.*
11 Cæterùm posthumi licèt olim potuerint exheredari: hodie tamen aliud receptum esse, ostendimus abundè *ad §. posthumus. 1. num. 8. & seqq. supr. de exheredat. liberorum.*

§. Liberis. 5.

Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat. Nam pupillare testamentum, pars & sequela est paterni testamenti: adeò, ut si patris testamentum non valeat: nec filii quidem valebit.

S V M M A R I A.

1 *Quatenus aliquis liberis suis testamentum facere possit.*
2 *Pupillaris substitutio pars & appendix paterni testamenti.*
3 *Declaratio l. 2. § 5. ff. de vulg. & pup. substit.*
4 *In testamentis voluntas potius testatoris, quàm verba, inspicienda.*

Nemo liberis suis substituere, atque ita testamentum facere potest; nisi & sibi testamentum faciat, 1 & heredem instituat. Idqve adeò verum est: ut etiam priùs pater sibi testamentum facere, & posteà demum filio substituere debeat. Pupillaris siquidem substitutio pars & sequela paterni testamenti dicitur, *hoc §. nostro.* 2 Quem ordinem si convertat pater: non valebit testamentum, aut substitutio, *per textum apertum in l. 2. § prius. 4. ff. de vulg. & pupill. substit.* ubi Vlpianus in hæc verba respondit: *Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere: & non convertere ordinem scripturæ. Et hoc Iulianus putat, prius sibi debere, deinde filio heredem scribere. Cæterùm, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere, &c.* Cui non repugnat, quod in eadem *l. 2. §. 5.* subjicitur: *Sed si quis ita fuerit testatus, Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Sejus heres esto: deinde filius heres esto: valet substitutio: licèt conversâ scripturâ filii testamentum fecerit.* 3 Nam breviter respondendum: quòd, qvamvis substitutio filio facta, in hoc exemplo ordine scripturæ præcedere patris testamentum videatur: ordine tamen tacitæ voluntatis institutio filii præcedat. Cùm autem in testamentis mens potiùs & voluntas testatoris, quàm verba spectentur. 4 *l. in conditionibus. 19 in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si pluribus. 33 ff. de legat. 2. l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* substitutio illo modo facta, legitimè facta esse censetur. *Sed vide, post Vigelium hic & Doctores ab eo citatos fusiùs id declarantem Donellū lib. 6. Commentar. de iur. civ. c. 25. pag. 90.*

§. Vel singulis. 6.

Vel singulis liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

S V M M A R I A.

1 *Testator, multos liberos impuberes in potestate habens, quâ formâ singulis substituere debeat.*
2 *Casus intus §.*
3 *Substituens novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum conservat.*
4 *Resolutio l. Titia Sejo. 87. §. 2. ff. de legat. 2.*

Testator, qui multos liberos impuberes in potestate habet: si quidem omnibus testamenta facere, 1 & testatos mori voluerit: singulis substituere debet, hoc modo: *primus filius meus heres esto: si heres non erit, vel si erit, et intra pubertatem decesserit, Titius heres esto. Secundus filius meus heres esto: si heres non*

erit, vel si erit, & impubes decesserit, Sempronius heres esto. Vel brevius ita: *Quisquis mihi heres erit, idem impuperibus liberis meis heres esto.* Quòd si verò jus legitimarum hereditatum, id est, jus succedendi ab intestato, integrum & salvum inter liberos testator custodiri voluerit: ei, qui novissimus impubes morietur, ita substituere debet: *Primus, Secundus, Tertius, filii mei impuperes, heredes mihi sunto: & ei, qui novissimus eorum morietur intra pubertatem, Titius heres esto. hoc §. nostro. l. si pater. 25 & l. vel singulis. 37. ff. de vulg. & pup. subst.* Cæterùm ut hic locus, qui
2 paulò obscurior videtur, cognoscatur planiùs: causæ constitutio hæc tenenda est: Pater tres habet liberos, singulis substituit pupillariter: ut Primo Titium, Secundo Mævium, Tertio Sejum. Hoc casu si Primus moriatur impubes: ei succedit Titius substitutus, non ejus fratres, Secundus & Tertius; hoc est, non habent fratres legitimam, id est, ab intestato hereditatem fratris sui Primi: sed ejus hereditatem Titius substitutus, non legitimam, verùm ex testamento, id est, ex substitutione consequitur. Idem & in Secundo evenire potest, & in Tertio. At verò si tantùm ei, qui novissimus morietur, substituat: jam unusquisque frater alteri ab intestato succedet: ut, Primo moriente, quia substitutum non habet, ei ab intestato succedent fratres, Secundus & Tertius. At si Tertius primò moriatur, idem erit juris: id est, ejus hereditatem legitimam non substitutus habebit, sed fratres: cò quòd substitutus non est Tertio aut Secundo: sed novissimè
3 sive ultimò morienti. Hac igitur formulâ, quâ substituitur novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum inter fratres custoditur & conservatur: ut indicat Imperator Iustin. *in hoc §.* & Florentinus *in d. l. vel singulis 37. ff. de vulg. & pupill. substit.*
4 Cui non adversatur *l. Titia Sejo. 87. §. Seja. 2. ff. de legat. 2.* ex quâ colligitur, quòd etsi testator ulumò tantùm morienti substituit, omnes tamen filios invicem substituisse videatur. *Nam* casus ibi singularis proponitur. Testatrix quippe Seja legavit suis libertis fundum, voluitque, ut qui novissimus ex eis moreretur, fundum restitueret Symphoro, Beryllo & Sapido. Hic nisi testatrix videatur substituisse invicem libertos omnes, & novissimo singulorum partes fundi prælegati jure substitutionis acquisitæ fuerint: non potest fieri, ut novissimus ille, secundùm quod testatrix voluit, fundum prælegatum fidei commissariis restituat: cùm citra substitutionem colliberti sibi invicem haud succedant. Atque ita istam legem exaudit Antonius Matthæus *hic in suis Notis.* tametsi alii aliter eam explicent, *Bartol. in d. §. Seja. & d. l. vel singulis. 37. Vigl. hic n. 3. & Mynsinger. num. 3.*

§. *Substituitur.* 7.

Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti *Titius*: aut generaliter, ut *Quisquis mihi heres erit.* Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro quà parte heredes facti sunt.

SUMMARIA.

1 *Substitutio pupillaris quomodo fiat nominatim, quomodo item generaliter.*
2. *Si fiat generaliter, quos habeat effectus.*
3. *Quatenus procedat regula: heredis heredem, etiam testatoris heredem esse.*
4 *Heres scriptus verè fit heres aditione hereditatis.*
5 *In substitutione nominatim facta quæ observentur.*

Affertur hoc loco duplex pupillariter substituendi forma. Aut enim nominatim filio impuberi substituitur, aut generaliter. Nominatim: ut, *Filius meus* 1
heres esto. Si filius meus heres non erit, vel erit, & intra pubertatem mortuus fuerit, Cajus heres esto. Generaliter: ut, *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo, si impubes decesserit, heres esto.* In quâ generali formulâ primo observandum est; quòd illi tantùm per eam substituantur, & ad impuberis hereditatem admittantur, qui in testamento scripti sunt heredes. Itaque si scriptus sit servus, & dominus per eum heres ex institutione fiat, posteaque is servus ex potestate domini exeat: dominus ille ex substitutione heres fieri non poterit: quoniam non principaliter ex judicio testatoris dominus, sed ipse servus fuit scriptus, *l. eum filio. 3. & l. qui liberis. 8. §. hec verba. 1. ff de vulg. & pup. subst.* Eâdem ratione si heres scriptus mortuus fuerit; non admittetur ipsius heres ad pupilli bona: cùm de illo testator non senserit. *d. l. qui liberis. 8 §. 1. ad finem ff. eod.* Nec contraria est vulgata juris civilis 3
regula: heredis heredem & testatoris heredem esse. *l. 3. ff. de hered. petit. l. si quis filium familias. 7 in fin. ff. de acq. vel omitt. heredit. l. heredis appellatio. 65. ff. de verb significat. l. ult. C. de heredib. instit.* Nam ea tum procedit, ubi non singularis erga primum heredem affectio spectatur, qualis in præsenti casu esse censetur. *ut docent Viglius & Mynsingerus hic n. 2* Secundò notandum: eos tantùm ex prædictâ generali formulâ substitutos intelligi, qui non solùm scripti sint, sed extiterint etiam heredes ipsi patri. Heres enim licèt 4
sit scriptus: si tamen verè non fiat heres, id quod fit aditione hereditatis, pro non scripto habetur, & testamentum infirmatur, *hoc §. nost. d. l. qui liberis. 8. in pr. vers. non aliàs existet heres. & l. ex duobus 34 §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* Tertio animadvertendum: scriptos heredes in substitutione pupillari non viriles partes habituros, sed eas partes, ex quibus instituti sunt: ut, si unus sit scriptus ex dodrante, alter ex quadrante: pro iisdem partibus hereditatem pupillarem divident, & non æqualiter, *hoc §. in fin. l. si in testamento 5. d. l. qui liberis. 8. §. ult. & l sed si plures. 10. in pr. ff. d. tit.* Enim 5
verò isthæc penè omnia diversa sunt in substitutione nominatim factâ. In eâ etenim non est necessarium: ut is, qui substitutus est, scriptus fuerit patri heres: & quanquam fuerit scriptus, repudiatâ tamen ejus hereditate, adhuc ad pupillarem admittetur: nisi sub illâ conditione fuerit substitutus filio, si patri heres extiteret. *d. l. qui liberis. 8. in prine. ff eod.* Itemque nominatim substitutus viriles æqualesque partes habebit, non eas, quas in principali institutione habuit, *arg. l. nonnunquam. 24. ff. ad SC. Trebellian. Vigl. hic num. 4.*

§. Mascu-

§. *Masculo.* 8.

Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, fœminæ usque ad duodecim annos: & si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

SVMMARIA.

1 *Pupillaris substitutio pubertate finitur: hujusque ratio.*
2 *Item interit hæc substitutio, si vivo testatore filius impubes de ejus potestate omnino exierit.*
3 *Item si conditio apposita defecerit.*
4 *Vel si hereditas paterna non sit adita.*
5 *Vel si testamentum patris corruat.*

1. Finitur & expirat substitutio pupillaris pubertate, h.e. si masculus annum 14. fœmina annum duodecimum excesserit, *hoc § nostro. l. verbis. 7. l. in pupillari. 14. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. subst.* Ratio est perspicua: quia liberi puberes facti, sibi heredem hac ætate ipsi scribere possunt. Cessante igitur causa hujus substitutionis finali, *de quâ suprà in principio hujus tit.* ... cessat & evanescit ipsa quoque substitutio, *arg. l. adigere 6 §. quamvis. 2. ff. de jur. patronat. c. cùm cessante. 60 de appellat.* & ipso jure, velut tutela, extinguitur, *latius tit. suprà, quib. mod. tutel. finit. l. ult. C. quand. tutor vel curatores esse desinant.* Quòd si testator intra minorem, quàm pubertatis ætatem, substitutionem hanc pupillarem incluserit, ut si usque ad annos octo, vel decem impuberi filio substituerit: elapso eo tempore, hæc substitutio evanescit *l. si ita quis. 2. d. l. ex facto. 43 §. item quæro. 1. ff de vulg. & pupill. subst. Zas. in tract. substitution. cap. 2. in fine. & latius indicatum suprà ad principium*
2. *hujus tit. n. 42.* Præterea interit hæc substitutio, si vivo testatore filius impubes de ejus potestate omnino exierit: adeò, ut nec mortis tempore in potestate fuerit. *l. coheredi. 41. § cùm filio. 2. ff. de vul. & pupill. subst.* Pupillo igitur post substitutionem factam arrogato ab aliquo, eam irritam fieri certum est. *l. nec ei permittitur. 17. §. 1. ff. de adep.* cùm ille per arrogationem transeat in alienam familiam. *l. 2. in fin. l. si pater familias 25. ff. eod. Duaren. in Commeatar. ad tit ff de vulg.*
3. *& pupill. subst. c. 16. § capimus dicere, &c.* Solvitur item & corrumpitur pupillaris substitutio, si conditio apposita defecerit. *l. qui liberis. 8 in princ. ubi gloss.*
4. *ff. d. titul. Schneidvvin. in princ. hujus tit. n. ult.* vel si patris testatoris hereditas, ex ejus testamento adita non fuerit. *l. a. §. quisquis. 1. & l. sed si plures. 10. §. si ex*
5. *asse. 4. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* aut si ejus testamentum non valeat. *§. liberis. 5. ibi; adeò ut si patris testamentum non valeat. supr. hoc. titul.* aut ruptum infirmatumque deprehendatur. *l. 2. in princ. vers. nam si principale. & l si quis cum. 16. §. 1. ff. eod. Quibus verò modis testamentum infirmetur, infrà titulo proximo, annuente Domino, audituri sumus.*

§. *Extraneo. 9. & ultimus.*

Extraneo verò, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest: ut si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte restituere. Quod jus quale sit, suo loco trademus.

SVMMARIA.

1 *An & quatenus & formulâ pupillari heredi suo instituto substituere possit.*
2 *Cur extraneo, vel puberi filio non liceat directò substituere.*
3 *Miles tam extraneo, quam puberi suo filio, directò substituere potest.*

Cùm hactenus satis superque expositum sit: liberis tantùm, iisque in potestate positis, & impuberibus, pupillariter substitui posse; contrà extraneis, aut etiam liberis, sed puberibus, vel emancipatis, non 1
posse: haud otiosè quæri poterat, an formula pupillari, *si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit,* quispiam heredi suo instituto substituere nullo modo possit? Et respondendum directò non posse; precariò verò, id est, per fideicommissum posse. Verbi gratiâ: *Sempronius heres mihi esto. Si heres non eris, vel si heres eris, & intra annos 20. decesseris, Titius heres esto.* Hæc substitutio, cùm verbis directis sit facta, non valet. Sed si dixero: *Sempronius mihi heres esto: peto autem, ut si heres fueris, post 10. annos hereditatem meam Titio, fratri meo, restituas.* Vel, *ut si moriaris intra biennium, eam fratri meo restituas.* Hæc substitutio valet: quia precariò est facta Unde & precaria substitutio dicitur: ut illa prior directa, à verbis & formulâ ita appellatæ *l. cùm proponas 16. C. de pact. l. coheredi 41. § quid si heredem. 3 ff. de vulg. & pupill. subst.* Atque hæc precaria substitutio in jure plerunque fideicommissum vocatur: *de quo dicetur explicatius infrà titul. de fideicommissariis hereditatib.* Ratio porrò, cur non sit permissum directò substituere vel extraneo, vel puberi filio, hæc reddi potest: 2
quia tantùm filio impuberi ita pupillariter substituere permissum est. *l. 2. in princ. ff. de vulg. & pupill subst. & dictum suprà initio hujus t.* Quare autem filio tantùm, & non extraneo, ratio manifesta est: quia hæc substitutio ex patriâ potestate pendet, *juribus modò allegatis.* Cur verò impuberi tantùm, & non puberi, ratio illa assignari solet: quoniam pubes ipse sibi testamentum facere potest. *l. à qua ætate. 5. ff qui testament. facere poss. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulgar. & pupill. subst. & notat Giphanius hic in fine.* Cæterùm quæ hoc loco afferuntur, ad paganum solummodo pertinent. Militi etenim, cujus 3
in testamento sola voluntas spectatur, ut in aliis causis, ita hoc quoque in casu benignè concessum est, ut tam extraneo, quàm puberi suo filio, ad quam-

hoc casu non habet, quia filius ipse nil contra officium pietatis egit: quippe qui testatus non est, sed pater. Neque verò putandum est, quòd duo sint connexa, legitima & querela inofficiosi, ita ut solâ inofficiosi querelâ servari legitima possit, non ullo alio juris remedio. Si enim parentis testamento tota legitima liberis relicta non sit, vel liberorum testamento relicta non sit parentibus tota legitima: exigi supplementum poterit, cessante querelâ, petitione hereditatis, aliove remedio juris *d. l. quoniam. 32. C. de inoffic. testamento. Novell. 115. c. 5. in princip. & latius explicatur in § ultim. infr. de inoffic. testament. circa finem.*

54 Neque etiam refragatur *c. 1. §. ult. de testament. in 6.* ubi Bonifacius Octavus expressè scribit: quòd pater in testamento, quod filio impuberi facit, privare matrem legitimâ portione possit. *Ibi* namque fratrem in testamento pupillari privare posse matrem legitimâ, est posse eam impunè præterire in testamento, sive substitutione pupillari: ita ut præterita movere querelam inofficiosi adversus pupillare testamentum non valeat. Ea quippe canonica sanctio petita videtur *ex d. l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inoffic.*

55 *testament.* sicuti subjecta ibidem ratio, quæ eadem est cum ratione, quæ *in dicto modo §. 5.* additur, non obscurè arguit. Et quamvis nonnulli existiment, juri civili hac in re adversari jus Pontificium: illo videlicet matrem non privari legitimâ in testamento impuberis: hoc verò, patrem posse omnino privare matrem legitimâ in testamento pupillari: *Socin. sen. num. 21. Iason. 31. in l. moribus. 2. ff. de vulg. & pupill substitut. Berlichius d. part. 3. conclus. 10. num 21. ubi plures citat.* hæc tamen diversi illius juris differentia sustineri vix poterit: tum quòd æquitate jus canonicum eodem juri civili non putetur: & in dubio discordia inter jus canonicum & civile induci non debeat, nisi ubi reperiatur expressum *cap. 1. & 2. ubi gloss. ext. de novi operis nunciat.* tum quòd verba *dicti cap. 1. §. ult. de testament. in 6.* interpretationem & intellectum allatum haud ægrè admittant. Sicque tradunt & sentiunt. *Du. Collega Beetr. hic num. 71. & seqq. pag. 427. & d. class. 3 disput. 5. th 85. Albericus de Rosate, Decius & Cerasius ad d. l. precibus. 8. Cod. de impuber. & aliis substit. Tr. tacinq. de substitut. part. 2 cap. 16. numer. 5. & Menochius d. lib. 4. præsumpt. 38.* ubi *numer. 15.* dissentientes (quorum & ipse argumenta abunde refellit, *num. 16. & seqq.*) allegat *Bartolum, Pimenald, Iunterem, Rolandum à valle, & alios*: quibus addendi sunt. *Sichardus in d. l. precibus. 8. numer. 19. in fine. Cod. de impuber. & aliis substit. Fachineus lib. 4. controvers. jur cap. 42. & Paulus Berens. disp. 7. ad Institut. thes. 1. quæst. 6. itemq; Paulus Æmilius Gallus in tractat. de except. in success. tam ab intest. quàm ex testã. p. art. 2. tit. 4. except. 19. numero 20. & sequentib. folio 385.*

56 Sed utrùm tacita pupillaris substituto (quam clausula vulgaris substitutionis complecti solet. *l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg & pupill substit.*) matrem, cum filio impuberi coherês data non est, excludat, mirè inter Dd. controvertitur? Sunt enim, qui illud affirmant *ut Viglius hic numer. 16. & Heigius numer. 9. Fulgos. Decius, Salicetus, Castellionens, Cato Saccus, Curtius Iunior. & Donellus in d. l. precibus. 8. Cod. de impuber. & aliis substitut. Connan. lib. 10 Comment. jur. civ. c. ult. num. 13. Paul. Leonius in tractat. de substitut. s. de vulg. substitut. num. 118. Emanuel Soarez. in addit. ad Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 4. num. 8. Fernand. Vasq. de successionprogress. libr. 2. §. 15. num. 64. Anton. Faber. lib. 15. conjectur. cap. 9. & in error. pragmat. decad 33. error. 5. Gilkenius ad l. fin. num. 4. & seqq. Cod. de institut. & substitut. Vaconius à Vacuna lib. 4 declarat. 63. num. 10. Vaudus libr. 1. var. quæstion. q 44. Ant. Merend. ad lib. 3. controvers. jur. cap. 40. pag. 209. cum seqq. & D. Hunnius disput. 9. ad Instit. thes. 21. & lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 6 q. q. 17* Non desunt etiam, imò multò plures se offerunt, 57 qui illud negant, *ut Accursius, Odofredus, Cynus, Bartol. Bald. Angelus, Alexander, Paulus de Castro, Franc Aret. Albericus, Corneus & Iason in d. l. fin. Cod. de instit. & substitut Caccialupus & Sichardus num 4 ad d l. precibus. 8. C. de impub. & aliis subst. Barthol. manu Socin. num. 22. Ripa num 46 & Alciat. num. 55. in l. 2. ff. de vulg & pupill substit. Ant. Fumaus in tractat. de substitut. num. 55. Raph. Cuman. & Ioan. ab Imola in l. Lucius. 45. ff. de eod. Menochius d. libr. 4 præsumpt. 39. Cujacius libr. 12. observ. 27. Nicol. Everhard in suis locis legalibus in loco, ab expresso ad tacitum. num. 10. Angelus Matthæacius lib. 1. de legat. & fideicommiss capit. 12. Zasius de substitut. pupill num. 22. Rolandin. passager. in tractat. de testam. & ult. volunt. rubr. 23. num. 10. Tiraquell. de privilegiis piæ causæ, privileg. 69 Michael. Graff. lib. 1. recept. sentent. § substitutio. quæstion. 30. num. 4. aliiq; ab eo relati.* Quibus quoque accedunt *Fachineus lib 4. controvers. jur. cap. 40. Trentacinq. de substitut. part. 1. c. 12. D. Collega Bocerus hic num. 47. pag. 421 & d. class. 3. disput. 5. thes. 68. edit. 2. Dominic. Card. Tusch. tom. 7. practicab. conclusion. lit. S conc. 805. num. 4. Berlich. d part. 3. conclus. 10. num. 23. & alii, per hunc citati.* Atque hæc negata opinio quæ communis perhibetur, innititur rationibus non contemnendis. Nam tacita pupillaris substitutio ex testatoris parentis voluntate semper præsumitur. *d. l. jam hoc jure. 4. §. ult. ibi, voluntatis quæstionem relinquat. & ibi, si voluntas parentis non refragetur. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Atqui præsumptio nihil penitus operatur, cum æquitas ei expressè adversatur, 58 *arg. l. postliminium. 19. in princip. & §. transfuga. 4. cum §. seq. ff. de capt. & postlimin revers.* Itaque nec in nostro casu quicquam operabitur; siquidem æquitas non suadet, matrem à successione pupilli per tacitam pupillarem excludi. *d. l. nam etsi parentibus. 15. in princ. ff. de inoffic. testam. l. scripto. 7. in fine. ff. unde liberi.* Deinde quemadmodum substitutio vulgaris non porrigitur de casu ad casum, in favorem extranei, ad exclusionem ejus, cui successio debetur, *per notata Bartoli & aliorum in l. si mater 33 §. ult ff. de vulgar. & pupill. substit.* ita pariter casus pupillaris expressæ, qua matrem excludi supra *num. 45.* probatum est, non debet extendi ad pupillarem tacitam, ut mater, cui filii successio debetur, excludatur. Præterea mater à suc- 59

cessi-

cessione filiorum arceri, suoque jure privari haud potest, nisi hoc nominatim à lege vel à testatore expressum, *argum. l. & si quis. 14. §. Divus. 14. ff. de religios. & sumpt funer. Novell. 2. cap. 3.* Ideoque hoc in casu matris intentio abunde fundata est, quòd videlicet exclusa non sit, nisi à substituto demonstretur, jure cautum esse, matrem exclusam censeri. Et sane cùm dubia sit hæc substitutio, an nimirum pater ita substituendo excludere voluerit matrem filii, nec ne: ob id interpretanda est secundùm legis dispositionem, deferentem successionem ab intestato: cum causa testati
60 dubia declaretur & reguletur à causa intestati, *ut tradunt Decius consil. 186. colum. 2. Corneus consil. 131. ad fin. lib. 2. & consil. 233. col. pen. lib. 4. Socin. Sen. consil. 249. num. 21. lib. 2. Socin. Iun. consi. 26. num. 25. libr. 1. Ruinus cons. 144. num. 13. lib. 3. Paris. cons. 37. num. 42. lib. 2. & Alciat. respons. 96. num. 34.* Est ergo interpretanda, quòd pater matrem excludere noluerit: quia
61 si excludere voluisset, facile id exprimere potuisset. *l. unic. §. ubi autem. 11. in fine. C. de caduc. tollend.* Sed & ratio diversitatis, quare mater expressam pupillarem excludatur, non item per tacitam, manifesta est: quia quando expresse alicui pupillariter substituitur: tunc mens & verba testatoris per se satis clara ac certa sunt, quòd voluerit magis substitutum succedere, quàm ipsam matrem. At cùm tacita pupillaris substitutio in expressa vulgari continetur: tunc neque ex verbis, neque ex mente testatoris evidenter potest deprehendi, voluisse eum, ut per illam mater excludatur. Et sic tantùm præsumptive arguimus, testatorem hoc, vel
62 illud voluisse. Præsumptiones autem, præsertim cùm sint valde impotentes, in alterius, putà matris in nostra specie, injuriam trahi non debent, *argum. l. 2. § si quis à principe. 16 ff. Ne quid in loco pub. vel itin. fiat. & notat ex Bartolo in l. 2. ff. de vulgar. & pupill substit. Sichardus ad d. l. precibus. 3. n. 4. Cod. de impuber. et aliis subst.*
63 Nec movet in contrarium quicquam, quòd eadem sit virtus taciti & expressi. *l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. de quibus. 32. ff. de legib. l. 2. ff. de pact.* ac ea propter sicut expressa pupillaris matrem excludat, ita & tacita. *Nam* in hac materia diversam esse rationem inter pupillarem expressam & tacitam, ex modò dictis apparet. Expressa siquidem vocat absolute substitutum, & consequenter matrem excludit. Tacita verò non vocat absolute substitutum, sed cum vocat saltem ex tacita quadam testatoris mente & præsumptione: quæ contra matrem locum habere nequit: *ut paulo antè ostensum.* Plura alia opponi solent, quibus diligenter responderunt Trentacinq. *d. part. 1. cap. 12.* Menochius *d. lib. 4. præsumpt. 39.* & Fachineus *d. lib. 4.*
64 *cap. 40.* Si tamen mens testatoris aperte contraria sit, eaque ex certis conjecturis colligi queat: tune & matrem tacitâ pupillari substitutione excludi posse, nulli dubitamus, *per latè tradita à Sichardo ad d. l. precibus 8. num. 5. & seqq. C. de impuber. & aliis substit. et Menochio d. præsumpt. 39 num. 40 et multis subseqq. item præsumpt. 40. et 56* Porrò an & quatenus in tacita pupillari substitutione, substitutus excludat matrem a legitima, variis variorum opinionibus relatis, diligenter novissime explicat Georgius Frantz Rius *exercitat. 6. quæst. 7. p. 170. et seqq.* Adde Bachovium *hic n. 5 p. 483. et seq.*

§. *Quâ ratione. 1.*

Quâ ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, quâ prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscunque sexûs vel gradûs: liceat eis, & si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

SVMMARIA.

1 *Quasi pupillaris sive exemplaris substitutio quæ.*
2 *Qui quasi pupillariter substituere possint.*
3. *Pronuntiatione parentum qui contineantur.*
4 *Si omnes parentes jure potestatis pares sint, cujus substitutio admittatur.*
5 *Mater, ad secunda vota transiens, à quasi pupillari substitutione penitus repellenda.*
6 *An sicut parentes liberis ita & liberi parentibus mente captis, quasi pupillariter substituere possint.*
7 *Extensio non est facienda in casibus, contra juris communis regulas receptis.*
8 *Filius à patre regi debet, non contrà.*
9 *Distinctio personarum inter dantem & accipientem observanda.*
10 *Correlativorum quatenus eadem disciplina.*
11 *Filius patri furioso curator dari potest.*
12 *Liberis & mente captis & furiosis quasi pupillariter substituitur.*
13 *Item fatuis.*
14 *Vt & prodigis.*
15 *Non verò mutis & surdis.*
16 *De suis tantùm bonis testari quis debet, non de alienis.*
17 *Quæ novâ lege comprehensa non sunt, regulis juris antiqui relicta censentur.*
18 *In quo morbo substitutio quasi pupillaris fundetur.*
19 *Num ista substitutio fieri possit liberis tam impuberibus, quàm puberibus furiosis ac mente captis.*
20 *Lex generaliter loquens, generaliter intelligenda.*
21 *Nemo pluribus remediis uti prohibetur.*
22 *Vbi remedium ordinarium habet locum, ibi cessat extraordinarium.*
23 *Remedium extraordinarium, ex post-facto delatum, cum ordinario potest cumulari.*
24 *Sensus l. qui habet. ff. de tutel.*
25 *Curator rebus tantùm; tutor verò & rebus & personæ datur.*
26 *Vtrùm filio mente capto exheredato, quasi pupillaris substitutio fieri possit.*
27 *Hæc substitutio humanitatis intuitu introducta.*
28 *Non licet aliter filio quasi pupillariter substituere, quàm si legitima portio ei relicta fuerit.*
29 *An filio naturali tantùm furioso, pater quasi pupillariter substituere queat.*
30 *Quasi pupillaris substitutio ad exemplum substitutionis pupillaris inducta.*

31 *Cui verba legis non competunt, ei nec ejusdem dispositio convenit.*
32 *Quis propriè filius dicatur.*
33 *Pater filio suo naturali tutorem dare potest.*
34 *Num tota legitima sit liberis mente captis relinquenda, ad removendam querelam inofficiosi contra paternum testamentum; an verò satis sit, ut pars legitima illis relinquatur.*
35 *Lex supplet legitimam.*
36 *Leges posteriores secundùm priores declarari debent.*
37 *Omissio formæ quatenus actum vitiet.*
38 *Quos nam parens liberis suis mente captis quasi pupillariter substituere possit.*
39 *Effectus quasi pupillaris substitutionis.*
40 *Quomodo isthæc substitutio infirmetur.*
41 *Cessante furore, cessat etiam ista substitutio.*
42 *Supervenientia liberorum an tollat illam substitutionem.*
43 *Furiosus uxorem ducere nequit.*
44 *Furor interveniens matrimonium non dirimit.*

1 AD exemplum seu similitudinem pupillaris sub-
stitutionis, introduxit Imp. Iustinianus, humani-
tatis intuitu, & aliam: quâ parentes liberis suis, etiam
puberibus, mente captis, heredibus institutis, legiti-
mâ portione ipsis relictâ certas personas, in casum,
quo heredes erunt, & in furore decesserint, substitue-
rè possunt, *hoc §. nostro, & l. humanitatis. 9. C. de im-
puber. & aliis substitut.* Vnde plerique Interpretes
isthanc substitutionem nuncupant exemplarem, *Bar-
tol. in l. ex facto. 43. num. 4. ff. de vulg & pupill. substit.
Gomez. tom. 1. var. resolut. c. 6. Petr. Gregor. libr. 42.
syntagm. jur. univers. c. 24. nu. 3 Mynsinger Schneide-
wvin. & Heigius, in hoc §. Intrigliolus in tract. de sub-
stit. cent. 2. quæst. 93. & quàm plurimi alii, ab eo con-
signati.* alii rectiùs & elegantiùs quasi pupillarem:
quemadmodum etiam peculium, quod ad exem-
plum castrensis inductum est, non exemplare, sed qua-
si castrense appellatur. *l. ultim. C. de inofficios testam.*
& actio, ad exemplum Servianæ constituta, non ex-
emplaris, sed quasi Servianæ nomen gerit. *§. item Ser-
viana. 7. infr. de actionibus.* Sunt item quasi contra-
ctus, & quasi delicta, quæ similitudinem cum con-
tractibus & delictis habent, *infr. tit. de obligat. quæ q.
ex contract nasc & tit. de obligat quæ q. ex delict. nasc.
Duarenus ad tit. ff. de vulg. & pupill. substit. cap. 17.
& libr. 2. disputat anniversf. cap. 7. Wesenbec. ad eun-
dem t. num. 8 Charond. libr. 2. verisim. cap 31. Anton.
Matthæus. Hortensius, & Giphan. hic in vers. & hæc
ad exemplum, &c. D. Bocer. hic num. 3 & 4. pag. 432.
item class. 3. disput. 5. th. 4. ad lit. C. & th. 86. Gilkenius
ad d. l. humanitatis. 9. num. 1. C. de impuber. & aliis
substitutionibus.* Quasi autem pupillariter substitue-
re potest non solùm pater, cujus in potestate sunt li-
beri mente capti; Verùm etiam mater, avia, & avus
maternus. Verba namque Iustinianeæ constitutionis
2 perspicuè ostendunt, hoc non patri duntaxat, sed &
matri indultum esse. *d. l. humanitatis 9. ibi, non liceat
parenti, qui vel quæ testatur. & ibi, testatori vel testa-
trici. C. d. t. Vincentius Fusarius in tract. de substitutio-
nib. part. 1. quæst. 179 fol. 114.* Et aliàs quoque pro-
nunciatione parentum continentur pater, mater, avus,
3 avia, & deinceps aliæ personæ *quæ enumerantur in l.
Iurisconsultus 10. § parentes. 7. & §. primo gradu. 12. cũ
seqq. ff. de gradibus & affinibus. l. cuiq. 4. §. parentum.
2 ff. de in jus vocand. & l. appellatione. 51. ff. de verbor.
significat.* Quòd si tamen plures sint parentes, qui libe-
ris suis mente captis substituere velint: tunc patris, cu-
jus in potestate liberi illi sunt, judiciũ præfertur: quo-
niam naturale sanguinis, & civile potestatis jus, quæ
in hoc patre concurrunt, soli juri naturali prævalere
debent. *argum. §. sed hodie. 2. supr. de adopt. & l. pen. §.
si verò pater naturalis. Cod eod. Donell. libr. 6. Com-
mentar. de jure civil. cap. 27. pag. 98. nu. 50. & ad d. l.
humanitatis. 9. num. 3. C. de impuber. & al substit. D.
Bocer hic numer 6. & d. disput. 5. thes. 88.* Sin omnes 4
parentes jure potestatis pares sint, quia nemo mente
captum in potestate habeat: tum admitterut solius
patris substitutio, si is substituerit: secundo loco ma-
tris; pòst cæterorum parentum, ut quisque gradu pro-
pior erit; nisi quippiam sit in conditione patris, cur is
aliis præferri non debeat: quod Iudici æstimandum
erit, *arg. l. 2. § objicitur. 15. ff. ad SC. Tertull. & l. ult. in
princ. C. de curatore furiosi Donell. & Bocer locis modò
allegatis.* Enimverò mater, quæ ad secunda vota trans- 5
ierit, sieq; liberis vitricum induxerit, à quasi pupillari
substitutione penitus arcetur. Cùm enim mater ist-
hæc, bona illa, quæ ad liberos spectant, administrare
non possit. *l. lex, quæ 22. § pen. C. de administrat. tutor.
& l. 1 C. ubi pupill. educ. deb.* multò certè minùs de bo-
nis ipsis liberorum statuere sive disponere (quod fa-
cit in hac substitutione parens liberis heredem indu-
cendo) poterit. *Bart. ad d. l. ex facto. 43. num. 12. ibiq;
Raphael Cuman. Angel. Aretin. Alexand. n. 32. & Ias.
n. 25. ff de vulg & pupill. subst. Donell. dictis locis. Zas.
in tract. de subst. c. 3. Ferrar. in forma libell quæ agitur.
ex substit. num. 5. D. Bocer. hic n. 8 & d. class 3. disput. 5.
thes. 90. Polit. in tract. substitut. exemp n. 7. Paul. Leon.
eodem tract. num. 47. Intrigliol. d. cent. 2. quæst. 2. Co-
rasius ad d. l. humanitatis 9 num. 6. C. de impuber. &
aliis substit.* Tametsi aliter sentiant *ibidem Baldus &
Salicet. Sfort. Odd. de compend. substit. in prælud. part.
4. quæst 6. Trentacinq. tr. de substit part 3 c 3. n. 3. Pet.
Gregor. d. lib. 42. c. 24. n 7. Vasq lib. 2. de success. progress
§. 17. n. 24. n. 7. Vasq. lib. 2. de success. progress §. 17. n. 24.
cum seqq. Gomez. tom. 1. var resol. c. 6 n 9. ibidemq; e-
jus apostillator Soarez. lit. c. & novissimè Paulus Ber.
disp. 7. ad Inst. them. 1. q. 7.*

De illo dubitatum est an sicuti parentes liberis; ita è
conversò liberi parentibus mente captis quasi pupil- 6
lariter substituere possint? Et non posse, meritò obtinu-
it. Tum quia constitutio *dicta l. humanitatis. 9. C. de* 7
impub. & al. subst. liberis tantùm hac ratione à pa-
rentibus substitui permittit: neque extensio facienda
est in casibus, qui recepti sunt contra juris communis
regulas. *l. quod verò. 14. ff. de legib. l. si verò 64. §. de vi-
ro 9. ff soluto matrim.* Tum quia perindignum & in- 8
decorum visum est, concedere liberis in parentes po-
testatem, sive patrem à filio regi, cùm filius contrà à
patre potiùs regi debeat. *l. his, qui. 12. §. 1 ff. de tutor. &
curatorib. datis ab his, &c. Novell 22. c. 24. c. cùm in-
ferior. 16. de majoritate & obed.* Tum quia ex hoc
genere substitutionis sequeretur; filium, pro patre dis- 9
ponentem, seipsum debere instituere: quod certè sto-
lidum penè esset: cùm distinctio personarum inter dã-
tem & accipientem, instituentem & institutum diligẽ-
ter

ter observanda & retinenda sit *l.1.in pr.ff.de auctorit. & consens.tutor.l.1.§.fuit quæsitum.13 ff. ad SC Treb. l.prætor.4.ff.de tutorib & curat.datis ab his, &c. c. ult.ext.de institutionib.c.debitum.4. de baptismo.* Sicque diversa ratio correlativorum patris & filii impedit:ne quæ licent patri, etiam filio liceant, *arg. l. curatorem.5.C.de interdicto matrimon. inter pupillam & tutor. &c.*
10 Quamvis in aliis, ubi similis militat ratio, correlativorum eadem disciplina esse dicatur. *l. fin. C. de indicta viduit.toll.l.1.C.de cupressis,&c.*

11 Neque huic sententiæ quicquam decerpit, quòd filius patri furioso curator dari potest. *l.2.ff.de curatorib.furioso,& aliis,&c.d.l.his,qui 12.§.1.ff de tutorib. & curatorib.datis,&c.* Nam ex eo non sequitur: illum propterea pro patre furioso testari posse. Aliud siquidem statuitur in administratione bonorum, quæ in vitâ alicujus conceditur, aliud in dispositione, quæ post mortem defertur. Etenim non quisquis administrare potest bona:is & testamentum facere potest. Testamenti quippe factio est juris publici: ita ut non possit filiusfamilias facere testamentū, etsi pater ei permiserit *l.qui in potestate.6.in pr.ff.qui test.fac.poss.& exposuimus suprà ad principium.t.quib. non est permiss.fac. testam.n.15* Atque ita docuerunt, *Bart.ad d.l.ex facto. 43.n.8.ff.de vulg.& pup.substit.* (dissentiente ibidem Iasone *n.21.*) *Gomez. d.tom.1.var.resol.c.6.n.10 Leonius d.tract.de substit.exemp.num.60.& eodem tract. Polit.num.5 Fumaus nu 62.Zasius n.5. & Bartolus de Hucio n. 4.Trentacinq.d part.3.c.3.num.2.Intrigliol. d cent.2 q.98.Vasq.d.libr.2.de success progress §.17.num. 62.Duaren.ad d.tit.ff.de vulg & pup substit. cap. 19. Pet.Greg.d.lib.42.n.12.& Corasius ad d.l.humanitatis.9.n.12.C.de impub.& aliis substitut.*

Cæterùm non modò mente captis; sed furiosis li-
12 beris quasi pupillariter substitui poterit. *arg.d.l.ex facto 43.in pr.ibi,nam & si furiosa.ff. de vulgar. et pup. substit.et l.fin.§.1.C de curatore furiosi.* Licèt enim aliàs in jure nostro furiosi ac mente capti invicem opponantur, *ut in §.furiosi.3.et §.seq.supr.de curator.l.si furiosi 25.C.de nupt.* hic tamen *et in d.l humanitatis. 9.C.de impub.et al.subst.* per mente captos significari qvoq; furiosos, vel ex eo patescit, qvòd majus malum sit furor, qvàm simplex mentis privatio: qvòdqve furiosi ob rationis identitatem, necnon acerbiorem casum & accedentem rabiem majori humanitate & commiseratione, nedum pari, digni videantur. *l.si cum dotem 22.§.si maritus.7.ff solut.matrim.l.qui servum. 47. ff.de acqu.vel omitt.hered.l furiosi.40 ff.de regul.jur. Sichard.ad d.l.humanitatis.n.2 et 3.ibiq. Fulgosius n 6.Donell.num. 4.et Gilkenius num.14 C. de impub. et al.substit.Dn.Bocer.hic num.12.pag.434.et dict. class. 3.disput.5.thes.91.Vasq.d.lib.2.de success.progress.§.17. num.75.Hunn.lib.2.var.resolut.jur.civ.tract.6.quæst*
13 *22.pag.633.* Idem qvoqve probandum erit in illis fatuis, qvi ob deficiens animi judicium testari non possunt. *Polit.in tract.de substit.rubr.de exempl.substit. num. 10.Trentacinq.d part 3 cap.4.num.9.Intrigliol.d.centur.2 quæst 20.Gomez.d.tom.1.c.6.n.1 ibidemq. Soarez.in addit.ad lit.A.*

14 At quid de liberis prodigis dicendum? Et cùm hi qvoad bonorum administrationem, furiosorum loco habeantur. *l.his,qui.12.§. ult.ff. de tutor. & curator. datis ab his,&c.l.1.C.de curatore furiosi vel prodigi. d.l furiosi.40.de regul.jur.nov.72.c.5.in fin.* & ipsi testamentum facere nequeant, *§. item prodigus. 2.supr. quibus non est permiss.fac. testam. l. is,cui lege. 18. ff. qui testament.fac. poss.* beneficia item Principum quā latissimè sint interpretanda. *l.pen.ff. de constitutionib. princip* hanc substitutionem in iis quoque admittendam esse, rectè censent *Didacus Covarruv. ad c. Raynutius.§.6.n.1.in fin.de testament. Duaren. ad. d. tit. ff.de vulg.& pupill.substit.c.19.in fin.Loriot. in tract. de art.jur.tit.de substit.axiom.70.Bald.in tractat. de substit.rubr.de exemp.substit.num.15.& in eadem rub. Bartol.de Huc.n.13.Fumaus num.61.Zasius num.3.Polit.num 4.& 10.D.Bocer.hic num.13.& seq.pag. 434. Intrigliol.d.centur.2.quæst.19 Gomez.d.cap.6.num.4. Michael.Graff.lib.1.recept.sentent.§.substitutio.quæst. 44.num.4.Corasius ad d.l.humanitatis.num. 11. Donell.num.5. & Gilkenius num.15.C.de impuber. & al. substit.* Quanquam sine sufficiente ratione dissentiant *ibidem Angel.& Cynus, Forsterus Iunior.part.1. disp. 13.thes.11.Hunnius disp.9.thes.32.& d.lib.2.var.resol. jur.civ.tract.6.quæst.25.pag.635.& Locam. quæstiones injuridic. fascic. 28.qu.11.*

Sed an idem etiam de mutis & surdis statuendum
sit, haud expeditæ est quæstionis? Plerique sanè ita vo- 15
lunt: *Bart.in d.l.ex facto.43.nu.1. & 28.ff. de vulg. & pup.subst.Bald.Bartol. de Hucio, Fumous, Politus, Zas. Corasius, Covarruv. & Duarenus locis præallegatis, Trentacinq.d.part.3.c.4.nu.7.Didac.Spino à Caceres in specul.testament gloss princip.25.n.11.Mynsinger.hic num 5.petr.Gregor.d lib.42.syntagm.jur.c.24.numer. 15 Intrigliol.d.cent.2.quæst.16.& 17.aliiq. plures ab his citati.* Verùm illud firmis rationibus adducti negant, *post Ioannem Andreæ, Cynum. & alios à se laudatos.* Vernandus Vasquius *lib.1. controvers. illustr. c. 37.n.6.Goveanus ad d.l.ex facto.43.in princ. num. 9. & 8.ff.de vulg.& pupill.substit. Philippus Massinius. in d.l.humanitatis.9.n.103.cum seqq. ibiq. Donellus. n5. & idem lib.6.Commentar.de jur.civ.cap.27.pag.98. num 10.D.Bocer.d.disp.5 thes.92.& in hoc §.num.15. & seqq.pag.434.Cujacius in Paratit.C. de impuber. et al substit. Angel Matheac.Epit:log.lib.1.cap.13.num. 2.Valtejus ad principium tituli proximè præcedentis n. 8.Forster.d.disp.13 th.11.Hunn.d.disp.9.th.33.et d.lib. 2.tr.6.q.20.et Andr.Gerhardi decad.9.q.8.* Cùm enim singulari jure & constitutione Imp. Iustiniani permissum sit parentibus, quasi pupillariter substituere liberis suis mente captis: quippe cùm hanc potestatem priùs non habuerint: *uti arguit d.l.ex facto. 43.in pr.ff. de vulg.et pupill.substit,* certè hoc jus non est producendum ad consequentias, id est, non est transferendū ad casus, quantumvis aliquo modo similes *l.quod verò 14.et ll.seqq.ff.de leg.l.quod contra 141.ff. de reg.jur.* maximè cùm legibus XII. tabb. de suis tantummodò bonis testari qvis jubeatur, non de alienis *l.verbis.120 ff.de verb.significat.l.testandi.13.Codic. de testament.*
Hucqve facit, qvòd ea, qvæ novâ lege comprehen-
sa non sunt, regulis juris antiqvi relicta intelliguntur. 17

larem ſubſtitutionem, ad exemplum & imitationem
pupillaris ſubſtitutionis introductam eſſe, expreſſum
eſt *in hoc §.* At pupillarem ſubſtitutionem etiam ex-
heredato filio fieri poſſe, audiemus *σὺν θεῷ in § non*
ſolùm.4.infrà hoc tit.& conſtat ex l ſed ſi plures 10.§.
27 *ad ſubſtitutos.5. ff.de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Tum
quia eadem quaſi pupillaris ſubſtitutio humanitatis
intuitu introducta dicitur *d l humanitatis 9.C. de im-*
puber. & al. ſubſtit. Sed exheredatis parentum hu-
manitatem nemo negaverit. *l.vel quod.6.verſ.exhe-*
redatis.ff.de religioſ & ſumpt.funer. Tum etiam, quia
furor nonnunquam eſt cauſa exheredationis, non ma-
lâ mente faciendæ, *arg.l.de creationib.27. in princ. C,*
28 *de Epiſcopali audient.* Nec adverſatur, quòd non li-
ceat aliter filio quaſi pupillariter ſubſtituere, quàm ſi
legitima portio ei relicta fuerit. *d l. humanitatis.9.*
ibi, legitimâ portione ei vel eis relictâ. C. de impuber.
& aliis ſubſtit. Nam hoc intelligendum eſt, ſi furio-
ſus non ritè ſit exheredatus. Quare ſubdit ibidem
textus: *ut occaſione hujuſmodi ſubſtitutionis, ad ex-*
emplum pupillaris, querela nulla contra teſtamentum
oriatur. Ergo ſi exheredatio juſta facta ſit: querela
nulla timenda venit. Idque copioſiùs declarant *Di-*
dacus Covarruv. poſt Pelitum & Curtium Iuniorem,
in hanc ſententiam allegatos, in cap. Raynus §.6.nu.2.
ext. de teſtam. Duaren.in Comment.ad tit.ff.de vul-
gar.& pupill. ſubſtit.cap.20. Forcatul.d. Dialog.42.
num.5. D Collega Becer.hic num.21.& ſeq.pag.435.&
claſſ.3.diſput.5 theſ 93.edit.2 Philip.Decius nu.7.Cor-
neus nu.8.Coraſ nu 9.Maſſinius nu.149 in d.l 9 C.de
impuber.& aliis ſubſtit. Fumanus in tract.ſubſtit.com-
pendioſa.in fin.& Vaſq.li.3.controverſ illuſtr.cap.106
nu. 1. ubi aſſerit, hanc veriſſimam ſententiam, & non
admodùm minùs communem, quâm contrariam:
eamque, ſuo periculo, non ſolùm in puncto juris, ſed
etiam in judicando & conſulendo ſequendam eſſe *Vi-*
de Vincentium Fuſariam in tractat. de ſubſtitutionib.
part.1 de exemplari ſubſtitutione quæſt.188 fol.117,
29 Eſt& illa non prætereunda valde controverſa quæ-
ſtio: an filio naturali tantùm, qui furioſus eſt, mente-
vè captus, pater quaſi pupillariter ſubſtituere, ſicque
teſtamentum facere valeat? Affirmativam ſanè ſen-
tentiam, ceu humaniorem, amplectuntur *Bartol.in d.*
l.ex facto 43.nu 7 ff de vulgar.& pupill.ſubſtit. Bal-
dus nu 47. Salicet. nu.22. Coraſ.nu.7. Decius nu.7.
Curt.junior.nu.13.Corneus nu.17.Sichard.nu.6 ibiq;
referens Gilken. nu.6.in d.l humanitatis 9. C. de im-
puber.& al ſubſtit. Petr.Ricciard ſupr.de vulgar.ſub-
ſtit.nu.84. Anton. Fumaus in tract.de exempl.ſubſtit.
num.65.Bartol.de Huc.tract.de exempl.ſubſtit.num.3.
Leon.in eod.tract.de exempl.qu.28.cum ſeq Soarez.in
addit.ad Gomez. tom.1.var.reſol.cap.6.ad lit.C.Bo-
cer.hic num.27 & ſeq.pag.437. Intrigliol. in tract.de
ſubſtit.cent.2.quæſt.97.num 7.& ſeqq. Sed negativæ,
tanquam veriori, ſubſcribunt *Angel.num.4.Ioan.de I-*
mol nu.16. Raphael.Cuman.num 18. Alexand.nu.28.
Franc. Aret.nu.11. ibiq; citans Iaſon. nu.20.in d.l.ex
facto.43. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. ibiq; Zaſius
nu.28.& idem in tract ſubſtitutionum cap 3.de ſubſti-
tut. exempl.nu.4.Pelit.nu.13.Trentacinq part.3.cap.4.
nu.12.Simon.de Prat lib.3.de interpretat.ultimar.vo-
luntat.interp.2.dub.1 fol.7,num.10.& 11. Did.Spin.à
Caceres d ſpecul teſtam.gloſſ.princ.25.nu.14. Duaren.
d.Comment.ad tit ff.de vulgar. & pupill. ſubſtit. cap.
19.Hunn.d.lib.2.tract.6.quæſt.20. Vaſq.li.2.de ſucceſſ.
progreſſ.§.17.nu.10.& ſeqq. Hosque Interpretes mo-
vet primo, quòd hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio ad 30
exemplum ſubſtitutionis pupillaris inducta eſt: ut pro-
inde hoc exemplum in omnibus nobis ſequendũ ſit:
niſi quatenus aliquid apertè exceptum reperitur. At-
qui filiis naturalibus tantùm ferè pupillariter ſubſti-
tui non poſſe, diximus ſuprâ *ad princ. hujus tit nu.6.*
& eluceſcit ex l. Lucius 45. ff. de vulgar. & pupill.
ſubſtit. Deinde, quòd cui verba legis non competunt,
ei nec ejuſdem diſpoſitio convenit, *arg.l cùm poſt.43.* 31
in princ.ff.de adminiſtrat.& peric.tut. l.hos accuſare.
12.§.omnibus 4.ff de accuſat.l.dies.4.§.totiens.6.ff de
dam.infect.l.à nullo.4.C.de feriis At filio naturali non
competit nomen filii, quo utitur *d.l. humanitatis.9.*
C.de impuber.& al.ſubſtit. Ille enim propriè eſt filius, 32
qui ex juſtis nuptiis procreatus eſt. *l.filium.6. ff. de*
his, qui ſui vel al.jur.ſunt. l generaliter.6.§.ult. C. de
inſtit & ſubſtit. Deniq;, quod his tantummodo libe-
ris quaſi hæc pupillaris ſubſtitutio fieri poteſt, quibus
legitima relinquenda eſt. *d l. humanitatis. ibi, legiti-*
mâ portione, etc. Filio autem naturali nulla legitima
à patre debetur *l matre.2.et l fin.C.de naturalib.liber.*
Nec huic ſententiæ obſtat, quòd pater filio ſuo natu-
rali tutorem, confirmandum tamen à judice, dare 33
queat *l.ult.C.de confirmand.tutor.Novell.89.cap.14.*
Plus namque eſt, teſtamentum alicui facere, quàm
tutorem dare: idque vel ex eo manifeſtum eſt, quòd
mater liberis impuberibus tutorem dare poſſit, ex
inquiſitione confirmandum à judice. *l 2. ff. de confir-*
mando tutor. l.1. Cod. eod. & tamen pupillariter ſub-
ſtituere non poſſit, *ut explicatum ſuprà in princip.*
hujus tit. num.6. et ſequentib.
Sic etiam non adverſatur, quòd in ſubſtitutione
quaſi pupillari ſeu exemplari non habeatur ratio pa-
triæ poteſtatis, ſed duntaxat naturalis affectionis. *d.l.9.*
C.de impub.et al.ſubſtit. Natura verò omnibus libe-
ris ſit communis, *argum.l.hos accuſare.12.§.omnib.4.*
verſ ſed cum natura ff.de accuſationib. Quamvis enim
in d.l.9. Iuſtinianus Imperator legitimis ob natura-
lem affectionem ſubſtitui permittat: haud tamen in-
de ſequitur, quòd idem in omnibus, in quibus par ra-
tio obtinet, locum habere debeat: quandoquidem id,
quod contra jus commune receptum eſt (cujuſmodi
hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio eſt) ne quidem ob
rationis identitatem ad conſequentias produci de-
bet. *l. quod verò.14. ff. de legibus. l. quod contra.*
141. ff. de reg.jur.
Cæterùm an tota legitima relinquenda ſit liberis 34
mente captis, ad removendam querelam inofficioſi
contra paternum teſtamentum; an verò ſatis ſit, ut
pars legitimæ illis relinquatur, itidem non convenit
inter Interpretes? Nam totam integramque legiti-
mam relinquendam eſſe ſtatuunt *Ioannes Faber in*
hoc §. Angel in d.l humanitatis.9. C.de impuber.et al.
ſubſtit.nu.4.circa fin.Ioannes ab Imola ibid.nu.21.Do-

nell.nu.7.eorq. allegans Gilken.nu.41. & 43.item Dn. Collega Bocerus class.3.disput.5.thes.94.edit.2. & in hoc §.num.23.pag.436. Contrarium verò, tanquam receptius & probabilius, tuentur *Bartol.num.20. Alexand.num.37. Iason.num.32.& seq. Alciat. num.57. in d.l.ex facto.43. ff. de vulgar & pupillar.substitut. Decius num.7.& Cerastus nu.13. in d.l.humanitatis. Baldus in tract. substit. exempl. nu 11. Politus eod. tract.num 18.Vasq.lib.3.controvers.illustr.cap.106.nu.*
35 *40.& Treutler.disput.11.thes.10 sub lit g.vol.2.* Cùm enim lex suppleat legitimam.*l.omnimodo 30.& l.quoniam in prioribus.32 C.de inoffic testam.* perinde est, ac si ipse testator eam integram reliquisset: debetque Iu-
36 stiniani constitutio *in d.l.humanitatis*, quasi pupillarem substitutionem introducens, utpote posterior, secundùm aliam declarari, quæ jus supplementi inducit, & paucis mensibus ante lata fuit, siquidem posteriores leges secundùm priores declarari debere constat *ex l.sed & posteriores.28.ff.de legib.*
37 Neq; refragatur, quòd *in d.l.humanitatis*, pro formâ desideretur: ut is, cui fit hæc substitutio, legitimam portionem totam ex testatoris judicio habeat: omissio autem formæ actum vitiet. *l. cùm hi 8.§ si prætor. 17.ff.de transact.l.constitutionib.24.in fine ff.ad municipal.l.testandi.13.C.de testam.l.certa forma.4. C. de jure fisci.* Illud etenim verum est, nisi forma isthæc providentiâ legis suppleatur. Nam quod suppletur à lege, pro omisso non reputatur. *l.ult.ibiq. Bald. C.de fructib & lit.expens.* sed perinde, ac à testatore relictum, censetur. *l.si pecuniam.5.§ 1. ff. de condictione causa data,&c.* Unde licet legitima expressum à testatore sit data: tamen beneficio legis potius, quàm voluntate testatoris data intelligitur, *arg.l.Titia.86.ff. ad l.Falcid.c.Raynaldus 18.in fin.de testam.* Quia cùm debita fuerit, & testator, quamvis invitus, ad dandum cogi potuerit: apparet, legis jussu potiùs dari, quàm dispositione sive voluntate patris, *arg.l.velle.4. ff. de reg.jur. Idq. explicatiùs persequuntur Alciatus et Vasquius locis prallegatis.* Est & illud hic singulariter no-
38 tandum: quòd parens non quemlibet sine discrimine, liberis suis mente captis quasi pupillariter substituere possit. Si enim mente capti, quibus ita substituitur, liberos habeant, hi tantùm illis substituendi sunt: modò sanæ mentis existant, neque eodem morbo laborent. Si desint liberi, sed adsint fratres: & hi illis substituendi. Quibus pariter deficientibus: tunc quoslibet substituere licet. *d.l.humanitatis.9. C.de impub. et aliis substitut.et hic in verbis: certas personas substituere. ibiq. Heigius nu 3.& Mynsing.nu.ce. Simon. de Prat.de interpretat.ult. volunt.interpret.2.solut.7. num.14.et seq.* Haud tamen necesse est: ut parens omnes liberos, aut fratres, quos mente captus habet, ei substituat: sed satis est, substituere vel unum ex illis, ut substitutio valeat, *d.l.humanitatis 9. circa fin. C. eod.ibiq.latiùs Donell.nu.9 §.supr.constitutum est,etc. et idem lib.6. Comment. de jur.civ. cap.27.pag.100.*
39 *eumq. referent D.Bocer d.disp.5.th 96.et seq.* Effectus porro hujus quasi pupillaris substitutionis præcipuus est: quòd, mente capto in ipsa amentiâ sive furore mortuo, substitutus ejus hereditatem sibi delatam acquirat, *hoc §.nostro.et d.l.humanitatis 9. C.de impub. et al.substit.et ibi Gilken.nu.46. ubi ex Doctorib.et alios effectus commemorat.*

40 Infirmatur autem & evanescit hæc substitutio, morbo seu vitio animi desinente: hoc est, si liberi mente capti resipuerint, adeòq; sanitatem mentis recuperaverint. *hoc §.nostro vers.sin autem resipuerint. d.l. humanitatis 9.vers.ita tamen, ut si postea resipuerint. C.d.tit.d l.ex facto.43. ff.de vulgar. et pupill.substit.* ubi Paulus hanc rationem subjungit: quia si diutiùs valeret hæc substitutio: beneficium paternum cederet filio in maleficium. Auferret enim ei, jam homini sanæ mentis, testamenti factionem. *d.l ex facto. vers.*
41 *nam et si furiose,etc.* Cessante igitur furore est impedimento, cessat etiam hæc quasi pupillaris substitutio: recedente verò furore, iterum vires suas assumit. Quod tamen de brevissimo temporis spatio intelligendum erit, *argum l.plerique 33.ff.de ritu nuptiar.l quicquid in calore 48 ff de regul.jur l quod meo 18.§.1. ff de acq vel amitt.poss.ff.* Nam si furor longo tempore, judicis arbitrio definiendo, redierit: substitutionem neutiquam convalescere, verius est, *argum.l.inter stipulantem.83.§ sacram.5.ff.de verbor.obligat.l.qui res.98. § aream. 8. vers.in perpetuum,&c. ff.de solutionib.* Ita sentiunt *Zas. in tract.de substit.cap 3.de substit.exemplari.in fin.Covarruv.in cap. Raynut.16.§.6.num.ult. Angel. Aret.et Heig hic nu.12.Bald.et Salic.in sæpe allegata l.humanitatis 9.C. de impub.et al.substit.et alij plures, quos recenset et sequitur Menoch. de præsumpt. li.4.præsumpt.50.nu.6.et aliquot seqq.* Præterea si post
42 hanc substitutionem furioso sive mente capto liberi legitimi nascantur, eam interire certum est. *d.l.ex facto. 43.ff.de vulg.et pupil.substit.l.generaliter.6.§.cùm autem invenimus C.de instit.et substit.l.cùm avus 102. ff.de condit.et demonstrat.D.Bocer.hic nu.30.pag.437.* 43
Nec moverit quicquam, quòd filius furiosus uxorem ducere nequeat, *cap.dilectus filius 14.ext de sponsalib.* Quamvis enim uxorem ille, quatenus furiosus est, ducere haud possit: fieri tamen potest, ut ex ea uxore, quam duxit ante furorem, postea liberos suscipiat. Fu- 44
ror namq; interveniens matrimonium non dirimit. *l.patre furioso.8.ff.de his. qui sui vel al.jur sunt. Duaren.ad tit. ff. de vulgar.et pupill.substit.cap.21. Petr. Gregor.Tholos.in syntagm. jur. univers.lib.42. cap.24. nu.ult.* Adde eâ de re prolixiùs agentem Paul. Æmilium Gallum *in tract.de exceptionib. quæ oriri poss.in success.tam ab intest.quàm ex testam.part.2.tit.4.except.20.nu.114.et seqq.fol.407.*

§. *Igitur.* 2.

Igitur in pupillari substitutione, secundùm præfatum modum ordinata, quo quodammodo sunt testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

SUM-

SVMMARIA.

1 *An & quatenus in pupillari substitutione duo versentur testamenta.*
2 *Testamenta non distinguuntur ex numero hereditatum.*
3 *Paterni testamenti pars & sequela est substitutio pupillaris.*
4 *Si diverso tempore patris, & filii testamentum sit factum: solennia in utroq; intervenire debent.*

1 REdit Iustinianus Imper. hoc loco ad pupillarem substitutionem, & ostendit: quòd licèt in ea duo quodammodo videantur versari testamenta: unũ patris, alterũ filii: propterea quod pater propriũ heredem habeat, & filius itidem proprium habeat heredem: adeòq; hereditas patris ab hereditate filii separetur. *l. Papinian. 8. §. sed nec impuberis. 5. ff. de inoffic. testã. l. in duplicib. 79 ff. ad l. Falcid. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quam per l. Falcid. &c. l. 2. §. interdum. 2. ibi. ex secundis tabulis. & l. si filius 12. ff. de vulgar. & pupill. substit. ubi*
2 *substitutiones pupillares secunda tabula vocatur*: verius tamen sit, testamenta non ex numero hereditatũ distingui: sed propriè verè unum testamentum paternum censeri, cujus pars aliqua sit & sequela sive appendix substitutio pupillaris, vel testamentum pupil-
3 lare. *§. liberis 5. infr. hoc tit.* Huic est, quòd utrumq; ab uno & eodem testatore fiat, & una eademque solennitas utrique sufficiat, nempe septem testes, septemque sigilla. *l. patris & filii. 20. ff. de vulgar. & pupill. substit.* quòd una tantùm Falcidia de utroq; detrahatur. *l. in ratione. 11. §. quod vulgò ff. ad l. Falcid. d. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quàm per l. Falcid. &c.* quòd scripti in paterno & pupillari testamento pro conjunctis habebatur. *l. planè. 34. §. sed si in pupillari. 10 ff. de legat. 1. l. coheredi. 41. §. coheres. 6. ff. de vulg. & pupill. substit.* quòd denique, unam ex uno sive paterno, sive pupillari testamento hereditatem capiendo, alteram ex altero repudiare non possit substitutus: sed
4 utramq; vel acquirere, vel omittere cogatur. *l. sed si plures. 10 § filio. 2. ff. eod. & notat hic Gipban.* Sanè si diverso tempore utrumq;, & patris & filii, testamentum sit factum: legitimus numerus testium, & reliqua solennia in utroq; intervenire debent, *ut evincitur ex l. quis eum. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. ibiq; in suis Comment. docet Duaren cap. 14. § quartum est, vers. sed an sufficiat una solennitas, &c.*

§. Sin autem. 3.

Sin autem quis formidolosus sit, ut timeat ne filius suus pupillus adhuc, ex eo, quòd palàm substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat: vulgarem quidem substitutionem palàm facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam si heres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur; separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palàm est, non ideò minùs valere substitutionem impuberis filii, quòd in eisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.

SVMMARIA.

1 *Pater pro salute filii solicitus.*
2 *Consilium pro formidoloso parente.*
3 *Vulgaris substitutio quando expiret.*
4 *Cuiq; apud se explorare liberum, an consilium expediat.*

QVandoquidem pater, qui testamentum fecit filio suo & sibi, pro salute filii valde solicitus est *l. cum pater. 77. §. mando. 24. ff. de legat. 2* & sæpe metuit, ne 1
forsan aperto testamento, impuberi substitutus, qui spem succedendi proximam habet, illius vitæ insidietur: idcirco *in hoc §.* consilium suppeditat Imperator
formidoloso parenti: quod si ipse sequatur, filius sine 2
periculo insidiarum post obitum patris vivere. Consilium autem tale est. *Pater vulgarem substitutionem palàm, et in primis testamenti partibus, ordinare et facere debere,* hoc modo: *Filius meus mihi heres esto: Si*
filius heres non erit, Titius heres esto. Hoc casu Titius 3
vulgariter substitutus, pupillo insidias struere nequit, vivo patre: cùm, qui in testamento scriptum sit, ignoret. Sed & post mortem patris, Titius filio vulgariter substitutus, ei insidiari non potest: cùm, filio herede existente, vulgaris substitutio protinus expiret: adeoq; nulla occasio substituto relicta sit, propter quam hereditatem expectet. *§. sui autem heredes. 3. infr. de heredit. quæ ab intestat defer. l. post aditam 3. C. de impub. et al. substit. et abundè explicatum supr. ad §. ult. tit. proximi. nu. 10. et seq.* Posteà si velit pater filio Titium etiam pupillariter substituere; hoc est, *in illum casum, quo filius heres erit, et intra pubertatem morietur, ut tunc Titius sit heres*; debet prudens testator hanc pupillarem substitutionem in inferiori seu ultima principalis testamenti parte scribere, eamq; partem proprio lino, propriaq; cerâ consignare, & in priori testamenti parte cavere, ne tabulæ inferiores sive pupillares aperiantur priùs, quàm pupillus mortuus fuerit. Ita substitutione pupillari factâ, pupillus ab omnibus insidiis tutus erit. Nam neq; vivo patre quisquam ei insidiabitur, eò quòd testamentũ omne adhuc clausum est, neq; etiã mortuo patre, quia tota substitutionis pupillaris ratio ignoratur, *ut ex Theophylo hic monet Borch. nu. 2.* Cæterùm cùm Iustinianus hic magis consulat, quàm præcipiat: testamentum nihilominùs valebit, licèt in prima ejus parte pupillaris substitutio scripta
sit, *hoc §. nostro in fine* Etenim liberum cuiq; est, apud 4
se explorare, an consilium sibi expediat. *§. tua tantùm gratiâ. 6. vers. cùm liberum, &c. infr. de mandato. l. 2. in fine. ff. mandati.*

§. Non

§. *Non solùm autem*. 4.

Non solùm autem heredibus institutis impuberib⁹ liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid exheredato pupillo ex hereditatibus, legatisvè, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit: id omne ad substitutum pertinebit. Quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum: eadem etiam de posthumis intelligimus.

SUMMARIA.

1 *Patri liberis etiam exheredatis pupillariter substituere licet*
2 *Exheredatus tam in potestate esse potest, quam institutus*
3 *Substitutio semper institutionem præsupponit*
4 *Ab eo, cui nihil datur, nihil legari potest*
5 *An pupillaris substitutio filio prœterito facta valeat*
6 *Sententia Auth. ex causa C. de liber. præterit.*
7 *Legata, libertates, &c. sustinentur, rupto testamento ex causa præteritionis*
8 *Tutor in testamento imperfecto à patre constitutus, à judice confirmandus*
9 *Authentica per quos fuerint Codici inserta*
10 *Posthumus in quibus pro jam nato habeatur*
11 *Posthumus hodie exheredari nequit.*

1 PAter non modò liberis impuberibus, quos heredes instituit, sed illis etiam, quos exheredavit, pupillariter substituere potest, *hic & l. 1. §. 2. & l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* nempe hoc modo: *Titius heres esto: Marcus filius meus exheres esto: quia vitæ meæ insidias struxit. Si tamen ante annum 14. decedat, Sempronius ei heres esto.* Hujusque ratio in promptu est: quia substitutio pupillaris nititur patriâ potestate, *ut dictum suprà in*
2 *initiò hujus tit.* Exheredatus autem tam in potestate esse potest, quàm institutus. *l. filium. 20. in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* Et quamvis filio exheredato pater ipse nihil relinquat; nihilo tamen minus substitutus pupillariter, heres non quidem patris, sed pupilli intelligitur: & ad illum cuncta pupilli bona veniunt: ut sunt bona adventitia, quæ ex hereditatibus & donationibus propinquorum, aut aliundè pupillos acquisita fuerint, *hoc §. & d. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos 5. ff. de vulgar. & pupill. substit. Locamer. quæstion. juridic. fascic. 20. quæst. 2.*

3 Non obstat, quòd substitutio semper institutionem præsupponit. Ast exheredatio institutioni è diametro opponitur. *Nam respondetur*: hoc casu substitutionem, exheredato filio factam, considerari respectu institutionis priorum tabularum. Sunt enim quasi duo testamenta; unum patris, alterum filii: & si quidem in patris testamento heres extraneus institutus sit, filius verò exheredatus rectè filio exheredato in posterioribus tabulis fit substitutio, quæ ab institutione priorum tabularum sustinetur. *Vult ej. supr. initio hujus tit. nu. 9. Arum. Exercit. Instit. 8. thes. 17. Matth. Stephan. cent. 2. quæst. 78. & expositum supr. ad princ. tit. proximi, num. 6. & seq.*

Similiter non obstat, quòd ab eo, cui nihil testamento dedimus, ubi nihil legari aut relinqui potest. *l. sed etsi 6. in fine. ff. de legat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideicommissis.* ac proinde multò minùs licere debet relinqui ab exheredato, cui etiam hereditatem, quæ ipsius futura est, adimimus. *l. in suis 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l. cùm quidam. 24. C. de legat.* Etenim aliud est, ab exheredato legare, aut quid relinquere: aliud, ei heredem substituere. Qui legat ab aliquo, ei detrahit, quod alteri adjiciatur, *argum. l. legatum. 116. in princ. ff. de legat. 1.* qui substituit impuberi exheredato, ei adjicit: quoniam dat ei heredem. Quæ ut dissimilia sunt: ita utilitate & effectu apertè distinguuntur: quemadmodum docet, *post Douellum, Arumæus loco allegato, & D. Bocer. ad princ. hujus tit. num. 7. pag. 412.* Illud hîc addendum: quòd substitutio pupillaris valeat, ante institutionem scripta. *l. 2. §. sed si quis ita. 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* Et quamvis testator priùs debeat sibi heredem facere, deinde filio restituere. *d. l. 2. §. alius autem. 4. ff. eod.* ordinem tamen scripturæ pervertere licet intuitu favorabilis substitutionis. Aliud ergo dicendum est, si exheredato substituatur: quia nempe illa substitutio est odiosa *l. cùm quidam 24. C. de legatis. Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 92. pag 233. & D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 28. ff. quæst 12 pag. 119. ubi & dissentientes citat.*

Sed quid de filio præterito dicendum: an pupillaris substitutio ei facta vires habebit: Et vires non habere, veritati magis est consentaneum. Nam cùm filio præterito, testamentum patris tollatur & corruat: pupillarem etiam substitutionem, sive pupillare testamentum, quod paterni testamenti appendix quædam est, corruere & tolli necessum est *§ liberis 5. infr. hoc tit. l. 2. § prius autem. 4 & l. sed si plures. 10. §. si ex asse. 4. ff. de vulgar. & pupill. substitut. l. Papinian. 8. § sed nec impuberis. 5. ff. de inofficioso. testam.* Neque 6 huic quicquam derogat *Auth. ex causa. Cod. de liber. præterit. & Novell. 115. cap. 3. circa fin.* ubi statuitur, filio præterito, heredis tantùm institutionem rumpi, legata autem vel fideicommissa, libertates tutorum dationes, & cætera, adeoque etiam pupillarem substitutionem firmam permanere. *Iure namq;* isto novo ea solummodò, rupto testamento, firma permanent & conservantur, quæ alioquin absque heredis institutione valere & consistere possunt. Ast illa, quæ necessariò & præcisè præviam heredis institutionem desiderant, minimè rupto testamento effectum habere possunt. Ideoque cùm pupillaris substitutio tantopere exigat heredis institutionem, in patris testamento faciendam, ut hac omissâ, fieri illa non possit: perspicuum est, jus illud novum ad pupillares tabulas haudquaquam porrigendum esse: *id quod asserunt Dynus, Petrus de bella Pertica, & Ioannes Igneus num. 127. ind. Auth.*

ex

ex causa. C. de liber. præterit. eosq; laudans *Didacus Covarruv. in c. Raynutius. 16. §. 6. nu. 3. ext. de testament.*

7 Nec resistit huic sententiæ, qvòd legata, libertates, & dationes tutelarum sustineantur, rupto testamento ex causa prætericionis. *Hæc* siquidem ejuscemodi non sunt, ut sine heredis institutione valere vel subsistere planè non possint *l. qui à patre. 3. ff. de confirmando tu-*
8 *tore.* ubi tutor in testamento non justo, vel imperfecto sive irrito à patre constitutus, nihilominus à judice est confirmandus. Legata autem & libertates codicillis testamento confirmatis relinqui posse, extra omnem controversiam est: quo tamen modo pupillaris substitutio neqvaqvam fieri potest. Est etenim ea heredis quædam institutio: qvam constat testamento tantùm fieri, neque per codicillos, quantumvis testamento confirmatos, expediri posse. *l. quod per manus. 10. ff. de jure codicillor.*

Nihil quoque adversantur verba illa, *cætera namq;*
9 *firma permanent, in d. Auth. ex causa. C. de liber. præterit.* Quia (ut eleganter tradit Covarruvias *d. §. 6. n. 4.*) relata modò verba non sunt ex prædictâ Iustiniani Novellâ 115. deprompta, sed ab Irnerio Codici Iustinianeo adjecta: qvandoqvidem omnes Authenticæ Codici insertæ, non fuerunt eidem operi per Iustinianum, nec ejus auctoritate aut tempore, sed multò pòst ab eodem Irnerio, Alberto Bulgaro, & aliis, & quidem non semper satis fideliter, adscriptæ. *Veriùm videatur Gilkenius ad d. Auth. ex causa. C. de liber. præterit. n. 43. & seqq. ubi diversas Doctorum opiniones de proposita quæstione recitat.* Porrò quemad-
10 modum in institutionibus; ita & in substitutionibus posthumus pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent. *l. qui in utero, 7. & l. penult. ff. de statu hominum* Substitutionem autem pupillarem utilem esse liberis, & ad eorum commodum introductam, in confesso est. *l. 2. & l. ex facto. 43. ff. de vulgar. & pupill substitut.* Quare etiam posthumus substitutum habere poterit, si instituatur, *hoc §. nostro, in fine.* Quæ substitutio fieri potest hoc modo: *Quicunq; mihi post mortem meam nascetur, heres mihi esto. Si verò impubes decesserit, Titius heres esto.*
11 Cæterùm posthumi licèt olim potuerint exheredari: hodie tamen aliud receptum esse, ostendimus abundè *ad §. posthumus. 1. num. 8. & seqq. supr. de exheredat. liberorum.*

§. Liberis. 5.

Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat. Nam pupillare testamentum, pars & sequela est paterni testamenti: adeò, ut si patris testamentum non valeat: nec filii quidem valebit.

SVMMARIA.

1 *Quatenus aliquis liberis suis testamentum facere possit.*
2 *Pupillaris substitutio pars & appendix paterni testamenti.*
3 *Declaratio l. 2. §. 5. ff. de vulg. & pup. substit.*
4 *In testamentis voluntas potius testatoris, quàm verba, inspicienda.*

Nemo liberis suis substituere, atque ita testamentum facere potest; nisi & sibi testamentum faciat, 1
& heredem instituat. Idqve adeò verum est: ut etiam priùs pater sibi testamentum facere, & posteà demum filio substituere debeat. Pupillaris siquidem substi- 2
tutio pars & sequela paterni testamenti dicitur, *hoc §. nostro.* Quem ordinem si convertat pater: non valebit testamentum, aut substitutio, *per textum apertum in l. 2. § priùs. 4. ff. de vulg & pupill. substit.* ubi Vlpianus in hæc verba respondit: *Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere: & non convertere ordinem scripturæ. Et hoc Iulianus putat, priùs sibi debere, deinde filio heredem scribere. Cæterùm, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere, &c.* Cui non repugnat, quod in eadem *l. 2. §.* 3
5. subjicitur: *Sed si quis ita fuerit testatus, Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Sejus heres esto: deinde filius heres esto: valet substitutio: licèt conversâ scripturâ filii testamentum fecerit.* Nam breviter respondendum: quòd, qvamvis substitutio filio facta, in hoc exemplo ordine scripturæ præcedere patris testamentum videatur: ordine tamen tacitæ voluntatis institutio filii præcedat. Cùm autem in testa- 4
mentis mens potiùs & voluntas testatoris, quàm verba spectentur. *l. in conditionibus. 19 in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si pluribus. 33 ff. de legat. 1. l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* substitutio illo modo facta, legitimè facta esse censetur. *Sed vide, post Vigelium hic & Doctores ab eo citatos fusiùs id declarantem Donellũ lib. 6. Commentar. de iur. civ. c. 25. pag. 90.*

§. Vel singulis. 6.

Vel singulis liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

SVMMARIA.

1 *Testator, multos liberos impuberes in potestate habens, quâ formâ singulis substituere debeat.*
2 *Casus huius §.*
3 *Substituens novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum conservat.*
4 *Resolutio l. Titia Sejo. 87. §. 2. ff. de legat. 2.*

Testator, qui multos liberos impuberes in pote- 1
state habet: si quidem omnibus testamenta facere, & testatos mori voluerit: singulis substituere debet, hoc modo: *primus filius meus heres esto: si heres non erit, vel si erit, et intra pubertatem decesserit, Titius heres esto. Secundus filius meus heres esto: si heres non*

erit, vel si erit, & impubes decesserit, Sempronius heres esto. Vel brevius ita: *Quisquis mihi heres erit, idem impuperibus liberis meis heres esto.* Quòd si verò jus legitimarum hereditatum, id est, jus succendendi ab intestato, integrum & salvum inter liberos testator custodiri voluerit: ei, qui novissimus impubes morietur, ita substituere debet: *Primus, Secundus, Tertius, filii mei impuperes, heredes mihi sunto: & ei, qui novissimus eorum morietur intra pubertatem, Titius heres esto. hoc §. nostro. l. si pater. 25 & l. vel singulis. 37.*
2. *ff. de vulg. & pup. subst.* Cæterùm ut hic locus, qui paulò obscurior videtur, cognoscatur planiùs: causæ constitutio hæc tenenda est: Pater tres habet liberos, singulis substituit pupillariter: ut Primo Titium, Secundo Mævium, Tertio Sejum. Hoc casu si Primus moriatur impubes: ei succedit Titius substitutus, non ejus fratres, Secundus & Tertius; hoc est, non habent fratres legitimam, id est, ab intestato hereditatem fratris sui Primi: sed ejus hereditatem Titius substitutus, non legitimam, verùm ex testamento, id est, ex substitutione consequitur. Idem & in Secundo evenire potest, & in Tertio. At verò si tantùm ei, qui novissimus morietur, substituat: jam unusquisque frater alteri ab intestato succedet: ut, Primo moriente, quia substitutum non habet, ei ab intestato succedent fratres, Secundus & Tertius. Aut si Tertius primò moriatur, idem erit juris: id est, ejus hereditatem legitimam non substitutus habebit, sed fratres: eò quòd substitutus non est Tertio aut Secundo; sed novissimè
3. sive ultimò morienti. Hac igitur formulâ, quâ substituitur novissimè morienti, jus legitimarum hereditatum inter fratres custoditur & conservatur: ut indicat Imperator Justin. *in hoc* §. & Florentinus *in d. l. vel singulis 37. ff. de vulg. & pupill subst.*
4. Cui non adversatur *l. Titia Seje. 87. §. Seja. 2. ff. de legat. 2.* ex quâ colligitur, quòd etsi testator ultimò tantùm morienti substituit, omnes tamen filios invicem substituisse videatur. *Nam* casus ibi singularis proponitur. Testatrix quippe Seja legavit suis libertis fundum, voluitque, ut qui novissimus ex eis moreretur, fundum restitueret Symphoro, Beryllo & Sapido. Hic nisi testatrix videatur substituisse invicem libertos omnes, & novissimo singulorum partes fundi prælegati jure substitutionis acquisitæ fuerint: non potest fieri, ut novissimus ille, secundùm quod testatrix voluit, fundum prælegatum fidei commissariis restituat: cùm citra substitutionem colliberti sibi invicem haud succedant. Atque ita istam legem exaudit Antonius Matthæus *hic in suis Notis.* tametsi alii aliter eam explicent, *Bartol in d. §. Seja. & d. l. vel singulis. 37. Viglius hic n. 3. & Mynsinger. num. 3.*

§. *Substituitur. 7.*

Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti *Titius*: aut generaliter, ut *Quisquis mihi heres erit.* Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro quâ parte heredes facti sunt.

SUMMARIA.

1 *Substitutio pupillaris quomodo fiat nominatim, quomodo item generaliter.*
2. *Si fiat generaliter, quos habeat effectus.*
3. *Quatenus procedat regula: heredis heredem, etiam testatoris heredem esse.*
4 *Heres scriptus verè fit heres aditione hereditatis.*
5 *In substitutione nominatim facta quæ observentur.*

AFfertur hoc loco duplex pupillariter substituendi forma. Aut enim nominatim filio impuberi sub- 1.
stituitur, aut generaliter. Nominatim: ut, *Filius meus heres esto. Si filius meus heres non erit, vel erit, & intra* 2.
intra pubertatem mortuus fuerit, Cajus heres esto. Generaliter: ut, *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo, si impubes decesserit, heres esto.* In quâ generali formulâ primo observandum est; quòd illi tantùm per eam substituantur, & ad impuberis hereditatem admittantur, qui in testamento scripti sunt heredes. Itaque si scriptus sit servus, & dominus per eum heres ex institutione fiat, posteaque is servus ex potestate domini exeat: dominus ille ex substitutione heres fieri non poterit: quoniam non principaliter ex judicio testatoris dominus, sed ipse servus fuit scriptus, *l. cùm filio. 3. & l. qui liberis. 8. §. hæc verba. 1. ff de vulg. & pup. subst.* Eâdem ratione si heres scriptus mortuus fuerit; non admittetur ipsius heres ad pupilli bona: cùm de illo testator non senserit. *d. l. qui liberis. 8 §. 1. ad finem ff. eod.* Nec contraria est vulgata juris civilis 3.
regula: heredis heredem & testatoris heredem esse. *l. 3. ff. de hered. petit. l. si quis filiumfamilias. 7 in fin. ff. de acq. vel omitt. heredit. l. heredis appellatio. 65. ff. de verb significat. l ult. C. de heredib. instit.* Nam ea tum procedit, ubi non singularis erga primum heredem affectio spectatur, qualis in præsenti casu esse censetur. *ut docent Viglius & Mynsingerus hic n. 2* Secundò notandum: eos tantùm ex prædictâ generali formulâ substitutos intelligi, qui non solùm scripti sint, sed extiterint etiam heredes ipsi patri. Heres enim licèt 4.
sit scriptus: si tamen verè non fiat heres, id quod fit aditione hereditatis, pro non scripto habetur, & testamentum infirmatur, *hoc §. nost. d. l. qui liberis. 8. in pr. vers. non aliàs existet heres. & l. ex duobus 34 §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* Tertio animadvertendum: scriptos heredes in substitutione pupillari non viriles partes habituros, sed eas partes, ex quibus instituti sunt: ut, si unus sit scriptus ex dodrante, alter ex quadrante: pro iisdem partibus hereditatem pupillarem divident, & non æqualiter, *hoc §. in fin. l. si in testamento 3. d. l. qui liberis. 8. §. ult. & l sed si plures. 10. in pr. ff. d. tit.* Enim 5.
verò isthæc penè omnia diversa sunt in substitutione nominatim factâ. In eâ etenim non est necessarium: ut is, qui substitutus est, scriptus fuerit patri heres: & quanquam fuerit scriptus, repudiatâ tamen ejus hereditate, adhuc ad pupillarem admittetur: nisi sub illâ conditione fuerit substitutus filio, si patri heres extiteret. *d. l. qui liberis. 8. in princ. ff. eod.* Itemque nominatim substitutus viriles æqualesque partes habebit, non eas, quas in principali institutione habuit, *arg. l. nonnunquam. 24. ff. ad SC. Trebellian. Vigl. hic num. 4.*

§. *Mascu-*

§. *Masculo.* 8.

Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, fœminæ usque ad duodecim annos : & si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

S V M M A R I A.

1 *Pupillaris substitutio pubertate finitur: hujusque ratio.*
2 *Item interit hac substitutio, si vivo testatore filius impubes de ejus potestate omnino exierit.*
3 *Item si conditio apposita defecerit.*
4 *Vel si hæreditas paterna non sit adita.*
5 *Vel si testamentum patris corruat.*

1. FInitur & expirat substitutio pupillaris pubertate, h.e. si masculus annum 14. fœmina annum duodecimum excesserit, *hoc §. nostro. l. verbis. 7. l. in pupillari 14. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit.* Ratio est perspicua: quia liberi puberes facti, sibi heredem hac ætate ipsi scribere possunt. Cessante igitur causa hujus substitutionis finali, *de quâ suprà in principio hujus tit. 10 fin* cessat & evanescit ipsa quoque substitutio, *arg. l. adigere. 6 §. quamvis. 2. ff. de jur. patronat. c. cùm cessante. 60 de appellat.* & ipso jure, velut tutela, extinguitur, *instit. tit. suprà. quib. mod. tutel finit. l. ult. C. quand. inter vel curatores esse desinant.* Quòd si testator intra minorem, quàm pubertatis ætatem, substitutionem hanc pupillarem incluserit, ut si usque ad annos octo, vel decem impuberi filio substituerit: elapso eo tempore, hæc substitutio evanescit *l. si ita quis. 2. d. l. ex facto. 43 §. item quaro. 1. ff de vulg. & pupill. substit. Zas. in tract. substitution. cap. 2. in fine. & latiùs indicatum suprà ad principium*
2. *hujus tit. n. 42.* Præterea interit hæc substitutio, si vivo testatore filius impubes de ejus potestate omnino exierit: adeò, ut nec mortis tempore in potestate fuerit. *l. coheredi. 41. § cùm filia. 2. ff. de vul. & pupill. substit.* Pupillo igitur post substitutionem factam arrogato ab aliquo, eam irritam fieri certum est. *l. nec ei permittitur. 17. §. 1. ff. de adop.* cùm ille per arrogationem transeat in alienam familiam. *l. 2. in fin. l. si pater familias 55. ff eod. Duaren. in Commentar. ad tit. ff de vulg.*
3. *& pupill. substit. c. 16. §. cœpimus dicere, &c.* Solvitur item & corrumpitur pupillaris substitutio, si conditio apposita defecerit. *l. qui liberis. 8 in princ ubi gloss.*
4. *ff. d. titul. Schneidvvin. in princ. hujus tit. n. ult.* vel si patris testatoris hereditas, ex ejus testamento adita non fuerit. *l. 2. §. quisquis. 1. & l. sed si plures. 10. §. si ex*
5. *asse. 4. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* aut si ejus testamentum non valeat. *§. liberis. 5. ibi; adeò, ut si patris testamentum non valeat. supr. hoc. titul.* aut ruptum infirmatumque deprehendatur. *l. 2. in princ. vers. nam si principale. & l. si quis tum. 16. §. 1 ff. eod. Quibus verò modis testamentum infirmetur, infrà titulo proximo, annuente Domino, audituri sumus.*

§. *Extraneo.* 9. *& ultimus.*

Extraneo verò, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest : ut si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte restituere. Quod jus quale sit, suo loco trademus.

S V M M A R I A.

1 *An & quatenus & formulâ pupillari heredi suo instituto substituere possit.*
2 *Cur extraneo, vel puberi filio non liceat directò substituere.*
3 *Miles tam extraneo, quàm puberi suo filio, directò substituere potest.*

1. Cùm hactenus satis superque expositum sit : liberis tantùm, iisque in potestate positis, & impuberibus, pupillariter substitui posse; contrà extraneis, aut etiam liberis, sed puberibus, vel emancipatis, non posse: haud ociosè quæri poterat, an formula pupillari, *si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit*, quispiam heredi suo instituto substituere nullo modo possit? Et respondendum: directò non posse; precariò verò, id est, per fideicommissum posse. Verbi gratiâ: *Sempronius heres mihi esto. Si heres non eris, vel si heres eris, & intra annos 20. decesseris, Titius heres esto.* Hæc substitutio, cùm verbis directis sit facta, non valet. Sed si dixero: *Semproni mihi heres esto: peto autem, ut si heres fueris, post 10. annos hereditatem meam Titio, fratri meo, restituas.* Vel, *ut si moriaris intra biennium, eam fratri meo restituas.* Hæc substitutio valet: quia precariò est facta Unde & precaria substitutio dicitur : ut illa prior directa, à verbis & formulâ ita appellatæ *l. cùm proponas 16. C. de pact. l. coheredi 41. § quòd si heredem. 3 ff. de vulg. & pupill. substit.* Atque hæc precaria substitutio in jure plerunque fideicommissum vocatur: *de quo dicetur expliciatiùs infrà titul. de fideicommissariis heredita-* 2.
tib. Ratio porrò, cur non sit permissum directò substituere vel extraneo, vel puberi filio, hæc reddi potest: quia tantùm filio impuberi ita pupillariter substituere permissum est. *l. 2. in princ. ff de vulg. & pupill substit. & dictum suprà initio hujus t.* Quare autem filio tantùm, & non extraneo, ratio manifesta est: quia hæc substitutio ex patriâ potestate pendet, *juribus modò allegatis.* Cur verò impuberi tantùm, & non puberi, ratio illa assignari solet: quoniam pubes ipse sibi testamentum facere potest. *l. à qua ætate. 5. ff qui testament. facere poss. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulgar. & pupill. substit. & notat Gifhanius hic in fine.* Cæterùm quæ hoc loco afferuntur, ad paga- 3.
num solummodo pertinent. Militi etenim, cujus in testamento sola voluntas spectatur, ut in aliis caussis, ita hoc quoque in casu benignè concessum est, ut tam extraneo, quàm puberi suo filio, ad quam-

cunque ætatem, & quacunque sub conditióne, directò substituere queat. *l. centurio. 15. ff. de vulg. et pupill. subst. l. precibus. 8. ubi latius Sichardus, Mudaus, Denellus, Gilkenius, et Dd. communiter. C. de impuber. et aliis substitutionibus.* Eaque de re, *post alios*, diversimodè dissertant D. Bocerus *hic n. 40. cum seqq. p. 441.* & D. Hunnius *lib. 2. var. res. jur. civ. tract. 6. q. 14 pag. 622. et seq.*

QVIBVS MODIS TESTAMENTA INFIRMENTVR.

TITVLVS XVII.

Principium Tituli cum §. 1.

Testamentum jure factum usque eò valet, donec rumpatur, irritumvè fiat.

§. 1. Rumpitur autem testamentum, cùm in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem, eum, qui est sui juris: aut per prætorem secundùm nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit: testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui heredis.

SVMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli ad superiores.*
2 *Usitatus juris docendi ordo quis.*
3 *Totum jus in quibus consistat.*
4 *Testamentum jure factum quibus modis infirmetur.*
5 *Testamentum quando rumpi dicatur.*
6 *Suus heres quomodo agnascatur.*
7 *Agnatione cujuscunque posthumi hodie testamentum non rumpitur.*
8 *Posthumus directò sunt vel instituendi, vel nominatim exheredandi.*
9 *Intellectus l. quod certatum. 3. C. de posthum. heredib. instit.*
10 *Uxores hodie manent in potestate parentum.*
11 *Solâ adoptione rumpitur testamentum.*
12 *Adoptio, vel arrogatio est, vel adoptio specialis.*
13 *Quatenus sui heredes sint non tantùm filii naturales & legitimi, sed etiam liberi adoptivi.*

1 Explicatum est superioribus titulis sufficienter: quemadmodum testamenta, secundùm solennia facta, sustineantur & valeant. Quia verò nihil tam stabile aut firmum est, ut non aliquando rumpatur & dissolvatur: convenienter jam sequitur, quomodo testamenta jure facta iterum concidant & infirmentur. Hic qvippe usitatus juris docendi ordo est: ut post
2 causas juris constituentes, subnectantur causæ ejusdem perimentes & corrumpentes. Totum enim jus
3 nostrum consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo. *l. fin. ff. de leg.* Testamentum au-
4 tem jure factum (nam non jure factum, ipso jure non valet, nulliusqve momenti est: ut, filiofamilias prætereito, vel aliis omissis solennibus. *l. 1. & passim ff. de injusto, rupto, irr. fac. testam.*) infirmatur duobus modis. Aut enim rumpitur, aut irritum constituitur, *tradente Iustiniano hic, & Vlpiano in fragment. Instit. t. 23. in princ.* Rumpi testamentum dicitur, cùm in e- 5
odem statu manente testatore (secus namque est, si testator mutet statum, putà capitis deminutionem patiatur: qvia tunc propriè non rumpi dicitur testamentum, sed irritum fieri, *de quo in § alio autem modo. 4. & § seq. infr. hoc t.*) ipsius testamenti jus vitiatur & infirmatur. Idqve primo agnatione sui heredis; deinde mutatione testamenti contingit. *§. 1. & 2. hoc t. d. l. 1. vers. aut rumpitur. ff. de injust. rupt. irr. fact. test.* Ag- 6
nascitur suus heres (*auctore Vlpiano d. tit. 23. §: agnascitur*) aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo, aut in locum sui heredis succedendo; velut nepos mortuo filio vel emancipato: aut manumissione, id est, si filius ex primâ secundâve mancipatione manumissus, reversus sit in patris potestatem. Cæterùm Iustinianus, aliis modis omnibus prætermissis, hoc loco tantùm de adoptione agit: propterea qvòd hodiè in pleriſqve aliud sit receptum, qvàm olim fuerit. Nam primò agnatione posthumi, sive is sit Aqvilanus ex jure antiqvo, qvi propriè agnasci dicitur post mortem patris, sive sit Vellejanus & Iulianus
qvi in locum sui heredis succedendo fit suus, testamē- 7
tum hodie non rumpitur. Qvia posthumi hodie, sic- 8
uti filii, directò sunt vel instituendi, vel nominatim exheredandi. *§. sed hac quidem vetustas. 5. supr. de exheredat. liber. l. maximum vitium. 4. sive ult. C. de liberis prateris* Qvamobrem ut filius, qvi in patris testamento nec institutus, nec exheredatus erat, testamentum illud non rumpebat, sed nullum diecbat, ita & posthumus hodie, si est præteritus, non rumpit testamentum; sed potiùs id omninò nullum facit, ut ruptione non sit opus; imò rumpi ne possit qvidem, utpote qvod non 9
sit *d. l. ult. § sancimus. C. d. tit.* Neqve obstat *l. quod certatum. 3. C. de posthum. heredib. instituend.* ubi expressè dicitur, posthumum rumpere testamentum. *Siqvidem* istud de jure veteri est accipiendum: qvoniam legem hanc *ante dictam legem ult.* esse latam, ex utriusqve subscriptione evidenter constat. Secundo 10
con-

coventionem in manum quantum concernit indubitatum est, uxores jure civili hodie non venire in manum mariti: sed in potestate parentum suorum manere: ac proinde non agnasci. *§ postea autem. 2. inf. de SC. Trebellian. l. filia. 12. C. de collationibus.* Tertiò ex Iustiniani constitutione filius, qui manumittitur, non agnascitur: quia in potestatem patris non recidit. *l. ult.*
11 *C. de emancipationib. liberor.* Restat igitur unica illa agnatio, quæ fit per adoptionem; quâ solâ, non etiam agnatione posthumorum, testamentum rumpitur, *ut paulò antè dictum, & eruditè probabiliterque hic docet D Vultejus n. 3. & seqq. quem novissimè etiam refert & sequitur D. Hunnius disputat. 10 ad Instit. th. 3.* Tametsi plerique aliter sentiant. *Mynsinger. hic num. 1. Schneidevvin. num 10. & alii. Duaren. in Commentar. ad tit. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. cap. 3. Donell. lib. 6. Commentar. de jur. civ. c. 16. p 40. n. 50. ibiq; Hilliger. in suis not. ad lit. g.*

12 Adoptio porrò, vel arrogatio est, vel adoptio specialis. Illa per Imperatorem, hoc est, Principis auctoritate: hæc per prætorem, hoc est, imperio magistratûs expeditur, *hic & §. 1. supr. de adoptionibus.* Arrogato itaque vel adoptato filio, testator in eodem statu manet, id est, ipse nullam patitur capitis deminutionem. Is quidem, qui arrogatur, capite minuitur. *§. minima. 3 supr. de capitis deminut* Ar qvi arrogat, vel adoptat sibi filium, capite non minuitur: quanquam jus testamenti per arrogationem adoptionemve vitietur. Nam testatori, qui post testamentum factum filium arrogat, aut adoptat, suus heres quasi agnascitur, *hoc*
13 *t. nostro, §. 1.* Neqve enim sui heredes sunt tantùm filii naturales & legitimi, verùm etiam liberi adoptivi, *§. sui autem a. vers. nec interest. infr. de hereditatib. quæ ab intest. deferunt.* Et cùm filius arrogatus vel adoptatus, non sit in testamento heres institutus aut exheredatus: ideo testamentum quasi agnatione sui heredis rūpitur, *ut Iustinianus hic tradit, & Borcholt. numer. 3.* Idqve verùm putatur, qvando avus maternus nepotem ex filiâ, vel avus paternus nepotem ex filio emancipato natum adoptat. Ab his siqvidem adoptati sui fiunt: ab aliis adoptati non fiunt sui; licet suorum jus adoptione consequantur. *§ sed hodie. 2. supr. de adopt l. penult. Cod. eodem Schilbeck hic, & Vult. num. 6. Mynsinger. num. 2. Schneidevvin. nu. 10. vers. secundò rumpitur, &c.*

§. *Posteriore. 2.*

Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, exstiterit aliquis heres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse; aut vivo testatore, aut post mortem ejus ante, quàm hereditatem adiret, decesserit; aut conditione, sub quâ heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum à posteriore: & posterius æquè nullas habet vires, cùm ex eo nemo heres extiterit.

SVMMARIA.

1 *Testamentum jure factum rumpitur alio posteriore testamento jure perfecto: ejusq; ratio.*
2 *Vnius unum tantum testamentum.*
3 *In jure plerumq; posteriora derogant prioribus.*
4 *Excipitur militis testamentum: hujusq; exceptionis ratio.*
5 *Testamenti vis unde pendeat.*
6 *Testator licet juraverit, se primum testamentum non revocaturum: nihilominus tamen secundo primum mutatur.*
7 *Iuramentum sortitur naturam actus, cui accedit.*
8 *Natura testamenti qua.*
9 *Clausula posterioris voluntatis derogatoria testamento adjecta, nullius momenti censetur.*
10 *Si duo conficiantur testamenta, in omnibus idem sonantia; tunc unum reputatur testamentum, pluribus codicibus scriptum.*
11 *Si duo proferantur testamenta, uno tempore facta, neutrum valebit.*
12 *Testamentum inter liberos an & quatenus prius per posterius tollatur.*
13 *Num testamentum primum inter liberos ritè de solenniter confectum, tollatur per secundum minus perfectum, quod alioqui si solenne non præcessisset, de jure speciali esset validum.*
14 *Testamentum validum de jure speciali eandem vim habet ad tollendum primum, quam habet validum de jure communi.*
15 *Consideratio l. 2. ff. d. injust. rup. irr. fact. testam.*
16 *Primum testamentum conditum a milite, habens solennitates juris civilis, tollitur per secundum factum jure militari.*
17 *Tantum operatur dignitas per privilegium adepta, quantum ea, quam quis jure communi est consecutus.*
18 *Præsumptio juris pro secundo testamento militat.*
19 *Qui regulam pro se habet, dicitur habere rem certam ac intentionem fundatam.*
20 *Reipubl. interest, supremas hominum voluntates habere exitum.*
21 *Contraria voluntate primum testamentum tollitur.*
22 *In duobus contrariis illud quod speciale est, attendi debet.*
23 *Contrariorum refutatio.*
24 *Duo vincula fortiùs stringunt, quam unum.*
25 *Id, quod potentius est, præponderare debet.*
26 *Vltima prioribus derogant,*
27 *Vnumquodq; sicuti colligatum est, ita dissolvi debet.*
28 *Hæc regula quatenus procedat.*
29 *Quæ abundant, in consideratione esse non solent.*
30 *Consideratio & expositio Nov. 107. cap. 2.*
31 *Sententia & intellectus l. hac consultissima. 21. §. si quis autem. 3 C. de testament.*
32 *De mutuo Conjugum testamento mutando, remissivè.*

ALter hoc loco exponitur modus, quo testamen-
tum jure factum rumpitur, alio nimirum poste- 1
riore testamento jure perfecto, *de quo & in l. 2. & l. cùm in secundo. 16. ff. de injust. rupt. irr. fact. testa.* Ratio hujus perspicua est: tum quia testamentum est ultima voluntas. *l. 1. ff. qui testam. fac. poss l. 1. C. de sacro-*
sanct. Eccl. proindeqve id testamentum valere debet, 2
quod est posterius. Vtrumqve enim valere nequit: cùm unius unum tantum sit testamentum: eo quod testamentum universam hereditatem contineat: extra autem universitatem nihil esse possit, *argum. l. nihil est aliud. 24. ff de verbor. signific. & l. hereditas 62. ff de*
regul jur. Tum quia & aliàs in jure posteriora dero- 3

gant prioribus; ut leges. *l. non est novum. 26. & l. sed & posteriores. 28. ff. de legibus.* ut pacta *l. pacta novissima. 12. C. de pact.* ut contractus *l. pacta conventa. 72. ff de contrah. empt.* ut tutela, legatum, fideicommissum, &c. *l. tutor datus. 8. §. ult. l. si hereditas. 10. §. 1 ff de testamentar tutel. l. si mihi. 12. §. in legatis. 3. ff. de leg. 1. l. clars 19. C. de fideicommiss. l. Divi. 6. § licet. 2. ff. de jure codicillor.* Excipitur tamen militis testamentum,
4. quod posteriore non rumpitur. *l. querebatur. 19. l. militis. 36 §. 1 ff. de testamento milit.* Ratio exceptionis hæc est: quia militi plura testamenta facere, & heredem ex parte instituere licet: quod pagano non permittitur. *d l querebatur. 19 in princ. ff. de tit.* Et sanè prius testamentum rumpitur mutaturque posteriore jure perfecto, etiamsi ex eo nemo heres extiterit per aditionem hereditatis, *hoc §. nostro. vers. nec in-*
5. *terest. &c.* Haud enim testamenti vis & substantia ab aditione heredis pendet, sed ab institutione. *l. 1. in pr. ff. de heredib. instituend. § ante heredes, 34. infr. de legatis Wesenbec. hic n 3. latè Hieronym. Pantschman. quæstion. juris controvers lib. 2. quæst. 10. n. 18. & seq.*
6. Illudque in tantum procedit; ut, quamvis testator juraverit, se primum testamentum non revocaturum: nihilominus tamen secundo legitimè facto primum mutari possit, mutatumque censeatur. Et ratio ejus non obscura est: quia juramentum privata est conventio, per quam nemo se ipsum testamenti factione, quæ juris est publici, exuere potest. *l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. l. 3 ff. qui testament. fac. poss.* Licèt ergo quis centies jurasset, se non facturum testamentum, vel testamentum non revocaturum: tamen ex hoc testandi, & aliter disponendi facultatem non amisit. Quandocunque igitur, solennibus juris civilis adhibitis, postea de bonis suis disposuit: legitimum & perfectum fecisse testamentum intelligitur. Neque potest efficere juramentum, ut actus, qui perfectam habet testandi formam, & omnia testamenti requisi-
7. ta, non sit testamentum. Ad quod facit & regula illa: quòd juramentum sortitur naturam actûs, cui accedit. *l. fin. C. de non num. pecun. c. accessovium. 42. de reg jur. in 6.* Hæcautem est natura testamenti, ut us-
8. que ad mortem revocari, mutari, & corrigi possit. *l. quòd si iterum. 4. & l nihil prohibet 17. ff. de adimend. vel transfer. leg.* Et ita (non obstante contrariâ Speculatoris opinione, *in t. de instrument. editione. § compendiosè. vers quod si quis juraverit n. 25.*) sentiunt, *post plures alios à se citatos, Didacus Covarruv. in rubr. de testament. part 2 n 9. Iulius Clarus lib. 3. sent. §. testamentum. quæst. 94. num. 3. Angel. in tract. de testament. gloss. 105 n. 2. Dilect. de art. testandi. tit. 10. caut. 2 num. 2 Vasqui. de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 1, Grass. in § testamentum. quæst. 87. n. 1. Fachin. lib. 4. controvers jur c. 8. circa finem. Heigius hic n. 5. Ant. Faber part. 2. de errorib. pragmat. decad. 39. error. 2. & Ioan. Dauth. in tract. de testam. 88. & seqq.* ubi n. *91 & seqq.* subjungit, ejusmodi testatorem, qui neglecto juramento, aliud testamentum condidit, per jurii reum esse *secundùm Canonistas, non item Legistas:* & tandem *n. 95* suam sententiam eâ de re plenius
9. explicat. At quid dicendum, si quis clausulam posterioris voluntatis derogatoriam testamento suo adjecerit: veluti, *si quod aliud testamentum posteà fecero, valere illud nolo?* Et clausulam hanc, in priore testamento, ad posterius impediendum, appositam, planissimè inutilem esse atque vanam, rationibus non omnino contemnendis docet Anton. Faber *d part. 2. de errorib. pragm. decad. 37 error. 7. & seqq. item decad. 38. error. 1.* nec non Panschman *d. lib. 2 q 11. per tot. & duab. seqq* Tametsi plerique existiment, hoc non aliter verum esse, quàm si testator specialiter in posteriore testamento exprimat, se prioris voluntatis suæ pœnituisse, *arg. l si quis. 22 ff. de legat. 3. ibiq. glos Bartol. Albertus de Rosate & alii. Berous conf. 3 num. 1. vol. 2. Ioan. Cephal. consil 375. num. 27. & seq. Viglius hic numer. 2. & Heigius num 9 Fachin d lib. 4 controvers. jur. c. 92. Ritterhus in exposit. Novellar. part. 6. c. 2. nu. 11. Thadeus Pise lib. 1. var. resolut. c. 12. num. 16 Clarus d. §. testamentum. quæst. 99. nu. 4. Menoch. lib. 4. præsumpt. 166. num. 13. vers. tertia est opinio, &c. aliiq, plurimi, ab his relati.* Adde Dn. Besoldum *consil. 42. num. 10. & seq vol. 2. pag. 68* ubi tradit ex Facultatis juridicæ Tubing decreto: Fabrianam opinionem, tanquam maximè singularem nullo modo attendendam esse: quemadmodum & in Senatu Pedamontano contra eam pronunciatum fuisse refert ipse Antonius Faber *in Cod. suo lib. 6. tit. 5. definit. 9.* Vide item eundem D. Besoldum *Consil. 43. num 9. & seqq. d. vol 2. pag. 71.*

Enimverò si duo conficiantur testamenta, in omnibus idem sonantia: tunc unum censeri testamentum, 10.
pluribus codicibus scriptum, probabilius videtur. *§. penult. supr. de testament. ordinand. l. unum. 24. ff. qui testam. fac. poss. & tradit Viglius hic n. 3.* Quid verò, si 11.
duo testamenta, uno die facta, in quibus diversi scripti sunt heredes, proferantur? Et, si nō appareat, quodnam eorum prius sit, aut posterius, neutrum valere puto, utpote quod tunc non jus, sed probatio deficiat *l. duo sunt Titii. 30 ff. de testamentar tutel. l. 1. § 1. ibiq. glos. in verb. veteres. ff. de bonor. possess. secund. tab. l. eum, qui. 51 in princ. & ibi glos. in verb. ex neutro. ff de acq. vel omitt. heredit. glos in l. ult. in verb. qui missus est. C de edicto divi Hadr. toll. ubi Curt. Iun. n. 89 Bertrand. cons. 223 lib. 1. part. 1. Boer. decis. 311. n. 2. Wesenbec. consil. 90. n. 17. Clarus d §. testamentum. q. 100. ibiq, ege in meis additionib. Pantschman. d. lib. 2. q. 1. num. 15. Dn. Enenckel. lib. 2. de privileg. cap. 5. n. 12. Schegk. in delibat. jur. disput. 11. thes. 12. Stuck. part. 1. Exercitat. Iust. decad. 6. assert 10 lit. c. pag. 285.* Quanquam hoc casu potiorem esse conditionem ejus, qui relictam testatoris hereditatem possidet, opinetur Mynsingerus *hic num. 4.* Adde Paulum Æmilium Gallum *in tract. de exceptionib circa successionib. tam ab intest. quàm est testam part. 3. tit. 4. except. 1. fol. 599. & seq.*

Porrò testamentum inter liberos hoc habet sibi 12.
peculiare tributum, maximè ob favorem liberorum: ut prius testamentum per posterius non tollatur, nisi huic solenniter coram septem testibus confecto inseruerit testator clausulam derogatoriam, in hanc sententiam: *derogare se omnibus aliis testamentis, & imprimis illi, quod inter liberos antè fecerit. Novell. 107. c. 2. Auth. hoc inter. C. de testament. ibiq, Gilken. & Stebar-*

Sichardus numer.3 & seqq.Rittershus. in exposit. No-
vell.d.part.6.c.2.num.11.Iul.Clar.libr.3 sentent. §. te-
stamentum. quæst.98.num.1.& quæst.99.num. 6.cum
seq.Mich Grassus lib.2. recept.sent. §. testamentum. q.
86.num.5.& seq.Francisc. Mantic.in tract. de conje-
ctur. ultim. volunt.lib. 12. tit. 8. numer. 11.cum seqq.
Thadeus Pise lib.1.var.resolut c.12.nu.22. Eaq; de re
uberrimè.dissertat.Hieronymus Pantschman. d.lib. 2.
quæst 16. per tot.

13. Sed convenienter hic quæritur: an testamentum
primum inter liberos, ritè ac solenniter, id est secun-
dùm debitam juris communis formam & solennita
tem confectum, tollatur per secundum sive subse-
quens minùs perfectum, vel in scriptis, vel coram duo-
bus testibus conditum, quod alioqui, si solenne non
præcessisset, de jure speciali esset validum? Et secun-
dum testamentum (nil remorante contrariâ opina-
tione Ioannis Andr. in addit. ad Speculat. in §. com-
pendiosè. vers.quid si, in primo de instrumentor. edit.
Oldradi consil.119.Cornel. in d. Auth. hoc inter. C. de
testament. Ioannis de Anna. cons. 57.Sosini jun. cons.
163.vol.2.Ioannis Iacobi Riminaldi consil.110 num.5.
& 12.vol.1.Illustris Enenckelii in tract.de privileg pa-
rent.& liber.privileg. 15. c. 2. ad finem. & aliorum
quorundam) jure subsistere, absque alio solenni testa-
mento, ex subsequentibus rationibus & fundamentis
14 patescit. Primò enim certo certius est, quòd testa-
mentum validum de jure speciali, tantam seu eandem
vim habeat ad tollendum primum, quantam habet
validum de jure communi. l.1.l Divus. 24. ff. de te-
stament.milit.l.fin.C famil.ercisc c cùm esses.13. & c.
relatum.11.ext.de testament. Alexand.cons.146.nu.5.
& seqq.Decius consil.264. n. 1. & cons 475. n. 1. De-
15. cian.resp.31.n.6.vol.3 ubi multos citat. Secundò Vl-
pianus JC.in l.2 ff.de injusto.rupt. irr. fact. testam. in
hæc verba respondit: Tunc autem prius testamentum
rumpitur, cùm posterius ritè perfectum est: nisi fortè
posterius vel jure militari sit factum: vel in eo scriptus
sit, qui ab intestato venire potest. Tunc enim, & po-
steriore non perfecto, superius rumpitur. Ex quibus ver-
bis colligere promptum est: quòd quâ ratione alicui
conceditur, absque solennitate, actûs alicujus confe-
ctio, eâdem quoque ratione censeatur concessa pote-
16. stas sublationis illius actûs, sine solennitate. Tertiò
huc confert textus in l.in fraudum.15.§. 1. & in l ejus
militis.34 §.1 ff.de testam.militis.ex quib.relucet, quòd
primum testamentum, conditum à milite, habens
solennitates juris communis, tollatur per secundum,
17. factum jure militari. Quartò pro hac sententiâ facit.
l.cùm ex oratione.44.ff.de excusationib.ex quâ colli-
gitur, quòd tantum operetur dignitas, per privile-
gium adepta, quantum ea, quam quis jure communi
fuerit consecutus. Atque adeò idem operatur specialis
provisio, quoad illum casum, quod operatur gene-
ralis, quoad omnia, arg.l si duo.51.in fine. ff. de admi-
18. nistrat. & peric. tutor. Quintò, præsumptio juris est
pro secundo testamento, ita ut contrarium affirmanti
incumbat probatio. Angel.in l.cùm antiquitas.28. C.
19. de testament. Decius consil.489.num.5. Sicuti is, qui
regulam pro se habet, dicitur habere rem certam ac
intentionem fundatam; atque hinc in adversarium,
qui exceptionem regulæ prætexit, onus probandi
transfert: quæ probatio si ipsum defecerit, regula pal-
mam feret, argum.l.ab ea parte.5 ff.de probationib. De-
cius n.2.Cagnol.nu 21.Philippus Matthæus n.34. ad l.
1.ff.de reg.jur. Proinde huic præsumptioni, quæ est 20.
pro secundo testamento, cedit illa, quæ est pro pri-
mo testamento solenni. Reipubl. quippe interest, su-
premas hominum voluntates exitum habere. l. vel
negare 5 ff.testam.quemad aperiant. l.1 in princ. ff si
quis omiss.caus.testam.&c. Sextò licèt testamentum
secundum jure speciali sit factum: pendet tamen à vo-
luntate testatoris. Cùm igitur in eo voluntas testato- 21.
ris adsit: sequitur, quòd antegrediens voluntas sit so-
luta. Contrariâ namque voluntate primum testamen-
tum tollitur, hoc §.nostro Ideóque cum in secundo te-
stamento solennitas jure speciali requisita non desit:
voluntas testatoris maximè spectanda erit, quâ pri-
mum sublatum esse, nemo facilè negabit. Septimò, 22.
quando in aliquâ materiâ reperiuntur duo contraria,
illud, quod speciale est, attendi debet, arg. l. decurio-
nibus.3.C de silentiariis, &c. c.generi.34 de reg.jur. in
6.l sanctio legum.41 ff.de pœnis.c dudum.14.§.nos igi-
tur attendentes.&c.quamvis.38.de prabend.in 6. Ma-
gis itaque hoc dicendum erit, quando posterius jure
speciali validum ad tollendum id, quod generaliter de
jure communi obtinet, in esse productum fuerit. Octa-
vò & ultimò huic, ceu veriori & receptiori, sententiæ
suffragantur Glossa in l.filii.15.in verb.ab intestato.C.
famil.ercisc.Hostiens.in summa.de testam. §. qualiter.
vers.item quandoq; prius, &c. Bald. in l. hac consul-
tissima. 21. §. si quis autem 3.C. de testament. & idem
Bald.in cons 168.n 1.vel.3 & cons 39.n.39. vel. 2. Pe-
trus de Anchor.cons 337.n 3.Socin. Iun. sibi contrarius
in cons.344 num.37 & 44.vel. 2. Didac. Covarruv.
in Rubr.de testam.part.2 n.1.Alex cons. 146. n. 5. vel.
2.& cons.131.n. 3. vel. 7. eosq; cum pluribus aliis refe-
rens Pantschman.d.lib.2 quæst. 17. num. 31. & multis
seqq.

Non obstat huic sententiæ, quòd prius testamen- 23.
tum suæ firmitatis duo vincula habet, solennitatem
nempe sive formam juris communis, & favorem li-
berorū: posterius verò etsi habet favorem liberorum:
àttamen deest alterum, solennitas videlicet juris com-
munis Cùm ergo ultimum sit debilius: haud mirum
est, quòd cedat firmiori & validiori, arg c. cum non
sit.33.ubi Panormitan.ext de decimis. c.si duo ex tri-
bus.3.ibiq; Canonistæ de offic & potest.judic.deleg. in
6.Tiraqu.De retract.lignagier.§ 1 gl.7.num 82. Duo 24.
siquidem vincula fortiùs stringere debent, quàm u-
num. Auth.itaque C.communia de successionib. Auth.
cessante & Auth.post fratres C.de legitimis heredib.
c.1.vers & quoniam funiculus.& ibi glos.ext.de treu-
ga & pàce. Decian respons 4 num 24. vol.5. Illud,
inquam, non obstat. Quamvis enim in primo testa-
mento solenni sit major solennitas, quàm in secundo:
in hoc tamen aliud, & quidem longè potentius sub-
est, quàm in illo, nempe quòd si testamentum
ultimum, quod in ultimis voluntatibus potissi-
mū est attendendum, per hunc §. nostrum. d.l. si mi-
hi.12. §. in legatis. 3. ff. de leg.1. d. l.1.C. de sacro-
sanct. Ecclesiastic. Ideòque id, quod poten-
tius

tius est, præponderare & ante omnia attendi debet. Sed & major ista solennitas, quæ jure communi re-
25. quiritur, non est necessaria: cùm illa, quæ jure speciali concessa est, ad testamenti subsistentiam ac firmitatem sit aptissima. Proindeque vinculum solennitatis, cùm plus non possit, quàm speciale, non erit in consideratione: cùm planè non necessarium. *Augustin. Berous consf. 143. n. 13. vol. 2.* Et sic versamur in pari causa, ubi
26. ultima prioribus derogare tralatitium est. *l. d. cùm in secundo 16. ff. de injust. rupt. irr fact. testam. d. l. pacta novissima. 12. C. de pact. & similibus allegatis suprà num. 3.*

27. Non quoq; obstat, quòd unumquodq; sicuti contractum & colligatum est, iterum dissolvi debeat, *l. prout quidq; 80 ff. de solut. l. quamvis saltus 46. ff. de acq. vel amitt. possess. l. nihil tam naturale 35. & l. ferè quibuscunq; 153 ff. de reg. jur.* Necesse igitur sit; ut quemadmodum testamentum interventu septem testium est conditum: ita vice versa eâdem solennitate tollatur *l. heredes palam. 21. §. 1. ff qui testam. fac. poss.* Non obstat, *inquam*: quoniam regula illa procedit, quando in conficiendo actu de necessitate ali-
28. quid requiritur. Tunc enim etiam in revocatione illud adhiberi debet. Secus, si ultra necessitatem ex abundanti, aliqua solennitas adhibita fuerit: quia tunc illa solennitas non est necessaria in revocatione: cùm ea, quæ abundant, in consideratione esse non soleant.
29. Sic primum testamentum revocatur & tollitur per secundum coram septem testibus: tametsi primum coram decem vel viginti esset confectum. Ita in terminis hoc declarat Decius *in d l nihil tam naturale. 35. num. 5. & 6. ff. de reg. jur. ubi plures allegat.*

Non item obstat *Novell. 107. cap. 2.* ex quo con-
30. tradictores ita à minore ad majus argumentantur: Si ad testamentum imperfectum tollendum riquiritur solennitas, & præsentia septem testium, & expressa revocatio primi: multò magis hoc sibi locum vendicabit, quando testamentum solenne omnibus numeris absolutum præcesserit; Atqui verum prius. *d. cap. 2.* Ergo & posterius. Non, *inquam*, obstat. Nam Iustinianus exprefsè de illo schemate, de quo ibi tractat, mentionem facit, his verbis: *Et si quidem usq; ad mortem maneat hoc schema. &c.* cui antea *in c. 1. præcedenti* certas solennitates addiderat. Non mirum igitur, si & illi schemati firmitatem, certaq; solennia, in revocatione & immutatione adjiciat. Quod cùm ad certum testamenti genus sit restrictum & coarctatum, jurique communi adversetur: consentaneum est, ut ad alia genera testamentorum non extendatur: sed alia jura obtineant, quæ incorrecta optimè conservari poterunt, *arg. l. fin. ff. de calumniat. Idq; latiùs explanat Pantschmannus d. lib. 2. quæst. 17. n. 51. & 62. & 71. in fine.*

31. Similiter non obstat textus *in l. hac consultissima. 21 §. si quis autem 3. C. de testament.* qui sine ambagibus, testamentum prius jure perfectum, per secundum non infirmari, nisi id jure fuerit consummatum, affirmat: nisi tum in priore testamento extranei, qui ab intestato ad testatoris hereditatem venire non poterant, tum in secundo, qui ab intestato vocantur scripti inveniantur, &c. Vnde, si in priore quoque testamento scripti sint, qui ab intestato succedere poterant, non rumpi id testamentum secundo imperfecto, à contrario sensu nonnulli colligunt. *Nam* breviter respondetur, dictum *§. si quis autem.* exprefsè disponere, quòd primum testamentum perfectum, per secundum imperfectum coram quinque testibus tollatur, si in primo hi scripti sint heredes, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, prout sunt extranei. Quod cum quæstione nostrâ, in quâ de testamento, inter liberos confecto disceptatur, nihil commune habet. *Atq; ita respondet Pantschmannus d. lib. 2. quæst. 17. num. 71. & seq. ubi & aliis objectionib. satisfacit* Porrò de mutuo conjugum testamento, vel mutando, vel penitus abro- 32.
gando, post alterutrius obitum, consulatur D. Besold. *Decad. 3. consil. 6. pag. 359. & seqq. ubi plures citat.*

§. *Sed & si quis 3.*

Sed & si quis priore testamento jure perfecto, posterius æquè jure fecerit: etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit: superius tamen testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba & hîc inseri jussimus, cùm aliud quoque præterea in eâ constitutione expressum sit. Imperatores Severus & Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licèt in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppletâ quartâ ex lege Falcidiâ, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fidei commissi verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est: dubitari non oportet. Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

SVMMARIA.

1. *An & quatenus institutio ex certis rebus facta sustineatur.*
2. *Nemo potest decedere duobus testamentis.*
3. *Anterius testamentum jure perfectum, quando tollatur posteriore non perfecto.*
4. *Ecquid testamentum prius, in quo extraneus heres scriptus est, rumpatur per posterius, in quo suus heres est præteritus; cæteri autem ab intestato venientes instituti sunt.*
5. *Testamentum quatenus infirmetur recisione, resignatione, vel deletione.*
6. *Si pars testamenti deleta sit: in reliquâ voluntate testamentum consistit.*
7. *Non solùm testamentum solenniter confectum; sed & testamentum patris inter liberos conditum, incisione, concellatione vel inductione tollitur.*

Casus

1 CAsus hoc §. proponitur, quo prius testamentum jure perfectum rumpitur posteriore, etiam eo, in quo heres scriptus est ex certis rebus. Idem casus affertur *in l si quis priore.29.ff ad SC.Trebellian.* ex quâ iste §. ad verbum est desumptus. Videbatur tamen illud vix admittendum: cùm institutio ex certis rebus videatur contraria esse regulis juris. Heres siquidem est juris successor, non rei; ut legatarius; *de quo in §. legatariis.11.supr de testament.ordinand.* Ideóq; heres ita instituitur: *Titius heres esto*; vel, *Titius ex quadrante heres esto.* At institutio ita facta, *Titius ex fundo Tusculano, aut ex centum aureis heres esto*, quia est certæ rei, non partis, id est, juris, non magis valere videtur, quàm si sub conditione impossibili facta esset. Verùm ut testamentum conservetur: interpretatione Prudentum introductum est, ut institutio illa sustineatur, & mentio rei non secus, atque mentio conditionis impossibilis pro non adjectâ habeatur. *l.1.§.si ex fundo.4.l.quotiens.9 § si duo.13.l. si alterius.10 l. Attius. 11.l.ex facto 35.ibiq, eleganter Busius n.1.& seqq.ff de hered. instituend. & hic in vers. Testamentum secundo loco factum, &c. latè Hunnius in resolut ad Treutl.*
2 *vol.2 disput.25 th.1.q.9.pag. 633.& seq.* Quòd si tamen testator in posteriore suo testamento cavisset, ut prius testamentum non rumperetur, sed valeret; neque verò quis duobus testamentis decedere possit: tunc cautio isthæc benignâ interpretatione in fideicommissum convertitur; & heres ille in posteriore testamento scriptus, certis rebus sibi relictis contentus esse, aut suppletâ quartâ ex lege Falcidia hereditatem his, qui instituti erant in testamento priore, restituere tenetur. Quâ ratione & voluntas testatoris conservatur, & nihil fit juris regulis contrarium. *d.l.si quis. 29.ff. ad SC Trebell.l. posthumus.12. §. 1.ff. de injust. rupt. irr. fact. testament. & hoc §. nostro. vers. testamentum, &c. ibiq; Viglius, Vultejus, Mynsingerus, Marcilius, & alii.*

Illud præterea hic notandum: quòd anterius testamentum jure perfectum, tollatur interdum posteriore non perfecto, si videlicet in hoc scripti sint heredes ab intestato alioqui successuri, & in illo extranei heredes sint scripti, qui ab intestato defuncto successuri non essent; & in posteriori non minùs, quàm quinq; testes, qui postea jurati testimonium dicent, intervenerint. *l 2.& d.l posthumus 12. circa princip. ff. de injust. rupt. irr. facto testam. l.hac consultissima.*
3 *21 §. si quis autem.C de testament.* Quid autem, si in secundo testamento fuerint quidem instituti venientes ab intestato, sed non omnes? Et priùs sanè testamentum rumpi; at non illos tantùm, qui posteriori testamento scripti sunt, sed omnes proximos agnatos & cognatos ad successionem admitti, verisimilius est. *d.l hac consultissima.21.§. si quis autem.ibi, non quasi testamentum, &c. C. eod.d.l 2.& d l. posthumus.12. ff.de injust.rupt. &c. Franscf Aretin. in l. si filius, qui in potestate.7 ff. de liber. & posthum. hered instit. Dn Collega Becer.class 3.disp.9.thes.15.edit.2. D.Hunnius disput.10. ad Instit.thes 7.* Quamvis, *post Iasonem & alios*, dissentiat Fachineus *lib.4.contre vers.jur.c.6.*

Sed, an superius testamentum, in quo extraneus heres scriptus est, rumpatur per posterius, in quo suus heres est prætetitus, cæteri autem ab intestato venientes instituti sunt, difficilis quæstio est? Et (non attentis traditionibus aliorum, qui indistinctè volunt, prius testamentum non rumpi posteriore imperfecto, in quo filius est prætetitus. *Bartol. & cæteri communiter in d. l. si filius.7. ff. de liber & posthum. hered.instit.per illam textum. & in l si duobus.12. §. si prim. 1.ff de bonor. possess. cont. tab. Clar. lib. 3.sent.§. testamentum. quæst. 97. n. 2. Hunnius lib 2. var. resolut. jur civ. tract.7. quæst.1 pag. 638.*) testamentum prius rumpi, nec non ad defuncti hereditatem etiam ipsum filium præteritum, cum cæteris ejusdem gradûs liberis, posteriori testamento institutis, admitti tectius statuitur, *per d. l. 2.ff. de injust. rupt.irr. fact. test. & d l. si duobus. 12. §. si prim. 1.ff. de bonor. poss. contr. tab.* ubi ipse Cajus perspicuè distinguit: utrùm testamento posteriore institutus sit, qui ab intestato, filio non existente, hereditatem habere posset; an verò alius, qui non potuisset: ut priore casu rumpatur, *qui est casus dicti §. si prim.* posteriore non rumpatur, *qui casus est dicta l. si filius. ff. de liber. & posthum. &c.* Atque hanc sententiam latiùs defendunt *Viglius ad §. ex eo autem. 7. infr. hoc titul num. 6. cum seq. & Vultejus ad §. 2. supr. hoc tit.* quem sequuntur *Dn. Becer. d. class. 3. disput. 9. thes. 16. & Forster. Iunior. lib. 2. disput. 13. thes. 17.*
Licèt porrò aliud posterius testamentum non sit con- 5
ditum, sed testamenti tabulæ, aut instrumenta duntaxat mutentur: quod accidit vel rescissione. *l. 1. §. sed consultò. 3. vers. & si quidem. ff. de his, quæ in testam. delent. l.pen §.ult. ff. de bonor possess. secund. tab l. ult. ff. de injust. rupt irr. fact. test l penult. C. de testam.* vel resignatione. *l. ad testium.22. §. si signa.3. ubi Cujac. cum l.seq. ff. qui testam. fac. poss d l. penult. C. de testam.* vel deletione. *l. 1. §. si heres. 8. ff si tabulæ testam. nulla extab. d.l. 1.§. sed consultò. & l.2. in princ. ff. de his, quæ in testam. delent.* nihilominus, si hæc consultò, non casu facta fuerint, testamentum rumpitur atque infirmatur. *d. l.pen. C. de testam. & d. l. 1. in princ & §. sed consultò. ibiq, Cujac. ff. de his, quæ in testam. delent. Donell. lib.6. Comment. de jur. civ. c. 16. pag. 39.* Idem cautum est jure renovato Wittembergico, *part 3. titul 20. pag. 399. §.* Also da etc. 6
nett2c. Quòd si non totum testamentum, sed ejus pars deleta sit: in reliquâ voluntate testamentum consistit: tametsi heredum institutio sit inducta, & legata tantùm salva relicta. *d.l 2. & 3. ff. de his, quæ in testam. delent. l. cùm tabulis. 16.§. ult. ff de his, quæ ut indignis aufer. Duaren. in Comment. ad titul. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. c. 5. Linglois decis. 24. Iustin. quæst. 1. num. 5. fol. 245.*

Cæterum non solùm testamentum ritè ac solenniter confectum; verùm etiam testamentum patris inter liberos conditum, incisione, cancellatione vel inductione tolli, eleganter & copiosè demonstrat Hieronymus Pantschmannus, *lib. 2. quæst. 18. per tot.* 7

§. Alio autem modo 4. cum §. seq.

Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur: veluti cum is, qui fecit testamentum, capite deminutus sit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.

§. 5. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur: cùm alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant: & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed & ea, quæ jure facta sunt, & postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sanè commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri.

SVMMARIA.

1. *Quando irritum fieri dicatur testamentum.*
2. *Cur maximâ aut mediâ capitis deminutione irritum fiat testamentum.*
3. *Duo tempora in testatore spectanda: tempus facti testamenti, & mortis.*
4. *Quatenus civilia non possint tollere ea, quæ sunt juris gentium.*
5. *Minima capitis deminutio circa quos casus versetur.*
6. *Maximè hodie emancipatio non infringit testamentum. & quare.*
7. *Cur adoptione speciali testamentum non fiat irritum.*
8. *Cur arrogatione testamentum rescindatur.*

1. QVomodo rumbantur testamenta jure confecta, hactenus satis dictum est: nunc dispiciendum, quo pacto eadem fiant irrita. Tum autem propriè irritum fieri dicitur testamentum, si testator capitis deminutionem maximam aut mediam patiatur. *l. si quis .6 §. irritum. 5. & §§. seqq ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. & hoc §. nostro. Vide Althusium lib. 1. dicaolg. c. 55. n. 7. & seqq. pag. 193. & Paulum Æmilium Gallum in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quàm & testam. part. 3. tit. 1. except. 1. num. 2. & seqq. fol. 514.* Ratio, cur utrâque istâ ca-
2. pitis deminutione irritum fiat testamentum hæc est: quia testamentum non intelligitur, nisi ejus, qui est civis, & qui est liber. Peregrini namque & servi nullum est testamentum. *l. filiusfamilias 16. ff. qui testam fac. poss l. 1. C. de heredib. instit.* Sed maximam capitis deminutionem facere servos & peregrinos; mediam peregrinos duntaxat, didicimus *ex §. 1. & 2. supr. de capit. deminut.* At dicat aliquis: testamentum fuit factum à libero & cive: ac proinde etiam post capitis deminutionem valere debet. *Respondendum*: id ad hoc tantùm pertinere, ut ab initio constiterit: sed ut ratum firmumque maneat, necesse esse, ut etiam tempore mortis testator sit liber & civis. Duo siquidem tempora, quæ vitio carere debent, in
3. testatore spectantur; tempus scilicet facti testamenti, & tempus mortis. Testamenti quidem: quia eo tempore testator facit officium, condendo testamentum: mortis verò; quia eo tempore lex facit officium, deferendo hereditatem à testatore ad heredem. *l. un. §. 1, Cod. de caduc. tollend. §. in extraneis. 4. infr de hered. qualit. & diff.* Medium autem tempus non curatur. *d. §. in extraneis. vers. medio autem tempore, & c. l. sed si conditioni 6. §. solemus 2. ff. de heredib. instituend.*

Nec obstat, quòd civilia non possint tollere ea, 4.
quæ sunt juris gentium. *§. ult. supr. de legit. agnator. tutel.* Testamentum autem sit juris gentium, *argu. l. idem est. 13. §. 2 ff. de testam. militis. l. lege obvenire. 130. ff. de verbor. signif l. cùm ratio. 7. in princ. ff. de bon. damnat. & l. nam etsi. 15. in princ. ff. de inoffic. testam.* capitis verò diminutio juris civilis: ac propterea ea testamentum irritum reddere nequeat *d. §. ult. supr. de legit. agnat. tutel.* Nam breviter respondetur: majorem procedere in iis, quæ merè juris gentium sunt, nec quicquam à jure civili habent. Atqui testamentum licèt quoad originem suam sit juris gentium: formæ tamen respectu juris civilis esse, copiosè explicatum est *supra ad principium tit. de test. ordinand. num. 62. & seqq.*

Minimam capitis deminutionem quod atti- 5.
net: ea circa tres casus versatur; emancipationis, adoptionis, & arrogationis. Emancipatione testamentum non fieri irritum constat *ex d. l. si quis 6. §. ult ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* Et ratio esse potest: quoniam qui emancipantur, ante emancipationem sunt in patriâ potestate, quales sunt filiifamilias. At filiifamilias testantur tantùm de castrensibus & quasi castrensibus, in quibus statum suum emancipatione mutare non potuerunt: cùm quispiam emancipatione suijuris, adeòque paterfamilias fiat. Ad isthæc autem bona sive peculia quantum pertinet: etiamsi adhuc in potestate illi sint: nihilominus tamen pro patribus familias habentur. *l. 2. ff. ad SC. Maceden.* Sed & hodie imprimis emancipatio 6.
non infringit testamentum: cùm per eam hodierno jure capitis deminutio non inducatur, *argum. l. ult. C. de emancipat. liberor.* Olim siquidem emancipati in imaginariam servitutem deducebantur. *l. liberos. 3. §. 1. ff. de capite minutis.* Ast illa emancipationis ratio hodie cessat. *d. l. ult. C. de emancip. liber.* Proinde & ipsum jus cessare, atque ita emancipatione capitis deminutionem non ampliùs fieri, versimile est, *arg. l adigere. 6. §. quamvis. ff. de jur. patronat. c. cùm cessante. 60. de apellationib.* De adoptione spe- 7.
ciali (quâ adoptatur is, qui alieni juris est. *§. 1 supr. de adoptionib:*) idem planè judicandum est. Ratio verò, cur hac adoptione testamentum non irritum fiat, hæc assignatur: quia si filiusfamilias non exit de potestate: iniquum est, testamentum de castrensi peculio factum infirmari: & quanquam in adoptantis forte avi potestatem transeat: retinet tamen jus in castrensi peculio, nec in eo desinit paterfamilias haberi. *d. l. si quis 6. §. fin. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* Sola ergo, quæ arrogatione contingit, capitis demi- 8.
nutio testamentum rescindit. *l. qui ex liberis. 11. §. testamento. 2. ff. de bonor. possess. secund. tabul. l. conficiuntur. 8. §. si post factam 3. ff. de jure codicillor.* Ejusque ratio satis dilucida est: quia dando se in arrogatio-

gationem testator, homo sui juris, cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transfert, sicque res eum in casum devenit, à quo incipere non potest. *d. l qui ex liberis* 11. *§. 2. ff. de bonor. possess secund. tabul.* Et ita docent. *Viglius hic, Vultejus, Borcholt. Schilbock. & Heigius n. 4. Schegk. in delibat. jur. disputat.* 11 *thes.* 18. *& Arumaus Exercitat. Instin.* 10. *thes.* 22. Tametsi, quoad emancipationem, in contrarium disputet Hunnius *lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 7. quæst. 3. pag. 640. & seq.*

§. *Non tamen.* 6.

Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt: potest scriptus heres secundùm tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modò defunctus, & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit: non potest scriptus heres secundùm tabulas bonorum possessionem petere.

SVMMARIA.

1. *Quatenus testamentum capitis deminutione irritum factum, jure prætorio valeat.*
2. *Prætor in quibusdam jus civile subsequitur.*
3. *Si maximam vel mediam capitis deminutionem passus, à Principe restitutus sit; testamentum ipsius convalescit.*

1. Subjicitur hic exceptio à superiore §. quæ jure prætorio inducta est. Quod enim dixerat ibi Imperator, testamentum jure factum per capitis deminutionem irritum fieri jure civili; id sustineri & valere ostendit hoc loco jure prætorio, quo heredi in testamento scripto bonorum possessio secundùm tabulas datur: si modò hæc duo adsint: primò solennia prætoria, ut signa septem testium: secundò, si testator moriens & civis Romanus, & paterfamilias sive suæ
2. potestatis fuerit. Cur primum adesse debeat, ratio hæc est: quia alioqui non esset testamentum juris prætorii, quod septem testium signacula requirit. § 2. *& 3. supr. de testament ordinand.* Cur alterum ad esse debeat, ratio illa redditur: quòd prætor, etsi solennia juris civilis non desiderat; tamen in quibusdam jus civile subsequitur, *affirmante Papiniano in l. scio* 14. *ff. de testib. & Giphanio in hoc §. nostro.* ac proinde exigit, ut testator, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cùm fecit testamentum, & cùm moritur. *l. 1. §. exigit prætor. 8 ff. de bonor. poss. secundùm tabul.*
3. Sanè si maximam vel mediam capitis deminutionem passus, à Principe restitutus sit: testamentum ipsius convalescit. *l. si quis 6. §. penult ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* non solùm jure prætorio. *hoc §. nostro*, sed etiam jure civili, *ut pluribus demonstrat Donellus lib. 6. Commentar. de jur. civil. c.* 16. *pag.* 44. *n* 30. *& seqq. Adde justum Mejerum decad. 1. ἰνδίξων Justinianeorum. cap. 1. & Bachovium his num. 6. & 7. pag. 505.*

§. *Ex eo autem.* 7.

Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quòd postea testator id noluerit valere: usque adeò, ut & si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit: & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit: divi Pertinacis oratione cautum sit, ne aliàs tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

SVMMARIA.

1. *Testamentum jure factum, neque nudâ testatoris voluntate, neque imperfecto posteriori testamento infirmatur: & utriusque ratio.*
2. *Eo unumquodque genere dissolvi debet, quo colligatum est.*
3. *Testamentum imperfectum pro nullo habetur: & quod imperfectum dicatur*
4. *An sola revocatione coram tribus, vel pluribus testibus facta, prius testamentum infirmetur.*
5. *Menti & ex[illegible] l. 1. § si heres. 8. ff. si tabula testam. nulla extabunt.*

Inquit hoc loci Imperator, testamentum jure factum, neque nudâ testatoris voluntate, ut si dicat, nolo testamentum meum valere; neque im[p]erfecto posteriori testamento infirmari. *l 2. ff. de injust. rupt. irr. fact. testament. l. sancimus.* 27. *Cod. de testament.* 1.
Ratio prioris, cur nudâ voluntate testamentum non tollatur, hæc est: quia nudâ & solâ voluntate non ordinatur, sed observatis solennibus à jure præscriptis. *l. penult. §. ult. ff. de bonor. possess secund. tabul. l. si quæramus 4. ff. qui testament. fac poss.* Ergo nec 2.
tolli nudâ voluntate debet; propter regulam juris, quâ dicitur: nihil tam naturale esse, quàm eo genere quicquid dissolvere, quo colligatum est. *l nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* & omnia, quæ jure contrahuntur, contrario jure tolli. *l. obligationum* 44. *§. 1. vers. placet. ff de obligat. & act. l. omnia, quæ.* 100. *ff. de regul. jur.* Ratio posterioris, cur testamentum 3.
prius jure factum, non infirmetur posteriore imperfecto, illa redditur: quia imperfectum testamentum pro nullo habetur, *hoc §. nostro. in fine.* Id enim propriè dicitur testamentum, quod jure perfectum est: reliqua per abusionem testamenta dicuntur, ut injusta, rupta, irrita. Imperfectum autem est testamentum, quod aliàs injustum sive non jure factum dicitur,

tur, id est, cui aliquid ex solennibus deest. *l. 2. §. 1. ff. testamenta quemadm. aperiant. Giphan. in hoc §. nostro.*
4 *ibiq. Bachovius num. 1. & 2. pag. 506* Quæri hic poterit, an solà revocatione coram tribus, vel etiam pluribus testibus ita factà, ut declararit testator, intestatum se decedere velle, prius testamentum infirmetur? Et quamvis id affirment *Alexander consil. 104. lib. 2. & consil. 30. numer. 3. lib. 3. Corneus consil. 39. num. 2. lib. 2. Francisc. Mantica lib. 2. de conjectur. ult. volunt. titul. 15. num. 18. Clarus lib. 3. sentent. § testamentum. q. 92. aliiq. ab his citati:* quibus adjiciendus est Connanus *lib. 9 Comment. jur. civil. c. 7. n. 4* ubi solà pœnitentià testamentum infirmari contendit: attamen negantium sententiam veritati magis esse congruentem, elucescit tum ex præsenti §. tum *ex d. l. sancimus. 27. C. de testament.* ubi disponitur, licet coràm actis, adeòque coram toto judicio revocetur priùs factum testamentum; non tamen illud aliter infirmari, nisi & decennale tempus concurrat.

5 Non adversatur textus *in l. 1. § si heres. 8. ff. si tabulæ testam. nulla extab.* ubi Vlpianus in hæc verba respondit: *Si heres institutus non habeat voluntatem* (scil. defuncti) *vel quia incisæ sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitq; intestatò decedere: dicendum est, ab intestatorem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.* Nam respondetur: Vlpianum ibi non ex professo docere, testamentum irritum fieri ex eo, quòd testator illud revocet, & intestatus decedere velit. Sed præcipua Iurisconsulti mens ac intentio est, ostendere & explicare: utrùm ab intestato venientes, qui bonorum possessionem acceperunt, excludere heredem scriptum aliquando possint: & decidit, posse; si heres scriptus non habeat ~~defuncti~~ voluntatem; utputà, si tabulæ testamenti sint incisæ, vel cancellatæ à testatore, vel si quà alià ratione voluntatem testator mutaverit, intestatusque decedere voluerit. Quæ autem sit illa ratio, Iurisconsultus non declarat: neque verò ista ratio esse poterit: si videlicet testator dixerit, se velle decedere intestatum: quoniam hæc sola ad infirmandum testamentum priùs confectum non sufficit: sed hoc intelligere oportet, si testator aliquid aliud fecerit simile incisioni & cancellationi tabularum, ex quo manifestò appareat, ipsum mutasse voluntatem: utputà, si testium sigilla vel subscriptiones, vel partem scripturæ testamenti laceraverit, seq; velle intestatum decedere dixerit. Tunc enim irritum fieri testamentum, non dubitatur. *l. penult. C. de testament.* Atque ita, *post Paulum Castrensem & Fulgosium, à se citatos*, docet Fachineus *lib. 4. controversiar. jur. cap 8.* hosq; referens Dn. Collega Bocerus class. 3 *disput. 9. thes. 21. edit 2. itemq; Franciscus Hotoman. hic enunciat. 1.* Et eâ de re quoque argutè disserunt Antonius Faber, *part. 2. de errorib. pragmat. decad. 39. error. 6.* David Magirus *ad d. l. nihil tam naturale. 35. num. 9. cum seqq ff. de reg. jur. &* Antonius Merenda *lib. 3. controvers. jur. cap. 44. & 45. pag. 218. & seqq.* Porrò quibus exunditiis & conjecturis in totum censeatur revocatum testamentum, *post alios*, fusius exponit Paulus Æmilius Gallus, *in tract. de exceptionib. part. 3. tit. 1. except. 3. num. 13. & seqq. fol. 526. & seq. item except. 4. fol. 529. & seqq. ubi ostendit, quot modis testamentum expressè efficiatur caducum de voluntate testatoris.* Quibus addatur Dn. Collega Besoldus *vol. 4. consil. 144 num. 11. & seqq. ubi an & quatenus testamentum apud Acta conditum, si exinde repetitur, neipso revocatum censeatur, pulchrè exulat.*

§. *Eadem oratione. 8. & ultimus.*

Eâdem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit heredem: neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum: neque ex nudâ voce heredis nomen admissurum: neque ex ullâ scripturâ, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundùm hoc divi Severus & Antoninus sæpissimè rescripserunt. Licet enim (inquiunt) legibus soluti simus: attamen legibus vivimus.

S V M M A R I A.

1. *Imp. Pertinax, boni & æqui observantissimus.*
2. *Testamentum prius perfectum, posteriore imperfecto non rumpitur.*
3. *Princeps litis causa heres scriptus, eam hereditatem vindicare non debet.*
4. *Principis institutio ex nudâ voluntatis nuncupatione non subsistit.*
5. *Princeps eas leges servare debet, quibus ipse solutus esse videtur.*
6. *Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se Principem profiteri.*

Divi Imp. Pertinacis, qui boni & æqui observantissimus fuit, oratio sive constitutio (*cujus in præcedente & hoc §. fit mentio*) quinque præcipuè capita continet. I. Testamentum prius jure perfectum 1
posteriore imperfecto, nudâve voluntate non rumpi, 2
de quo suprà § proximo dictum. II. Principem sive Imperatorem, litis causâ heredem scriptum, eam hereditatem vindicare non debere, *hoc §. & l. penult. ff. de heredib. instituend.* Ejusq; ratio est: tum quia hoc invidium Principi affert: tum quia hæc est via calumniandi. At calumniæ facultatem ex Principali majestate capi non oportet, *auctore Paulo in d. l. penult. ff. eod. & lib. 5. sentent. tit. 12. § Imperatorem, &c.* 3
III. Principis institutionem non subsistere ex nudâ voce, sive nudâ voluntatis nuncupatione, non adhibitis solennitatibus. Sanctius est quippe, inopem Rempublicam obtinere, quàm ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire, ajebat idem Imperator Pertinax, *teste Capitolino in ejus vitâ* Cui accinit Theognis *in Gnomis:* 4

Βούλεμαι εὐσεβίως ὀλίγοις σὺν χρήμασιν οἰκεῖν,
ἢ πλουτεῖν ἀδίκως χρήματα πασσάμενος.

Id est:

Exiguis opibus, sed justis, vivere malo
Contentus, quàm divitias cumulare, at iniquas.

IV.

IV. Principem nullam hereditatem, neque etiam legata, aut fideicommissa recipere aut vindicare posse ex
5 testamento imperfecto. Decet enim tantæ majestati (*ut Paulus loquitur*) eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur. *l. ex imperfecto. 23. ff. de legat. 3 & l. ex imperfecto. 3 Cod. de testament.* V. Principem sive fiscum non occupaturum vel vindicaturū bona ejus, qui tantùm jactaverat, se Imperatorem facturum esse heredem. *l. ult. ff qui testam fac. poss. Paul. d. lib. 5. sent. tit 12 § ex nuda pollicitatione, &c.* Licèt etenim Princeps legibus solutus sit. *l. Princeps 31. ff. de legib.* attamen legib. vivit, *hoc §. nostro. in fin. & d. l. 3. C. de testam.* Digna namq; vox est majestate regnan-
6 tis, legibus alligatum se Principem profiteri, ut præclarè dicitur *in l. digna vox. 4. C. de legib.* Eòque respicit, quod Guntherus *in Ligurino suo* eleganter canit de Friderico I. Imperatore:

Nam nihil, ut verum fatear, magis esse decorum
Aut regale puto, quàm legis jure solutum:
Sponte tamen legi sese supponere Regem.

Quibus porrò legibus Princeps solutus sit, explicatum est *ad princip. titul. supr. de rer. divis. & acq. ips. domin. num. 120. & aliquot seqq.* Denique hic admonendum: quod olim fuêre Orationes bonorum Principum in Senatus quarum frequens extat in jure mentio, *hac & præcedente §. l. item veniunt. 20. §. prat. 6. & l. si & rem. 22. ff. de heredit. petit. Brisson. lib. 1. select. antiquit. c. 16.* id hodie esse nostrorum Imp. propositiones oder Fürträge in Comitiis Imperii, rectè docuit Goldastus. *in Replic. pro Imp. advers. Gretser. cap. 11.* cumq; referens Fridericus Hortleder. *tit. 1.* von den Ursachen des Teutschen Kriegs. *cap. 37. num. 6. fol. 203.*

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO,

TITVLVS XVIII.

Principium Tituli.

Quia plerunque parentes sine causa liberos suos exheredant, vel omittunt: inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut iniquè se exheredatos, aut iniquè præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est.

SVMMARIA.

1. *Ordinis ratio seu continuatio hujus tit. cum superiore.*
2. *Querela inofficiosi testamenti quid sit.*
3. *An ea rectè actio dicatur.*
4. *Quo sensu eadem querela appelletur accusatio.*
5. *Actio quomodo definiatur.*
6. *Finis principalis querelæ inofficiosi testamenti.*
7. *Ea cum speciali hereditatis petitione cumulatur.*
8. *Querela & petitio hereditatis quomodo differant.*
9. *Hæc querela contra quem detur.*
10. *Querela viam præparat petitioni hereditatis.*
11. *Consideratio l. qui de inofficioso. 20. & l. Papinianus. 8. §. quoniam. 8. ff. hoc tit.*
12. *Consideratio l. cum, qui 21. §. ult. ff. eod. & similium.*
13. *Causa & consatum a se invicem distinguuntur.*
14. *Quo jure querela inofficiosi sit inducta.*
15. *D. Boceri pronunciatum redarguitur.*
16. *Prætor hereditatem nec dare, nec adimere potest.*
17. *Consideratio l. non putavit. 8. in pr. ff. de bon. poss. contr. tab.*
18. *Sententia l. 4 ff. de inoffic. testam.*
19. *Num querela inofficiosi etiam hodie necessaria.*
20. *Quomodo liberi, querelâ utentes, agere debeant.*
21. *Parentibus summa exhibenda reverentia.*
22. *Testamentum à furioso factum non valet.*
23. *Objectioni respondetur.*

Dictum est suprà titulo proximo, quomodo testamenta ipso jure sive lege infirmentur: nunc congruo loco subjicitur, quomodo facto hominis rescindantur. Nam quia sæpe usuvenit, ut parentes novercalibus delinimentis & instigationibus permoti, liberos suos injustè exheredent, vel prætereant: apprimè necessarium fuit, remedio aliquo liberis injuriâ affectis subvenire, *hic & l. 3. & 4 ff. de inoffic. testament. Burchardus Berlichius in tract. de jure novercar. part. 2. art. 2. sect. 8. num. 739. cum seqq pag. 217. & seq. item art. 3. sect. 16. num. 1091. pag. 321.* Quod remedium 2
querela inofficiosi testamenti (quasi contra officium pietatis facti) nuncupatur. *l. 1. l. Papinianus. 8. in princ. l. etiamsi. 11. l. eum, qui. 21. in princip. & passim ff. d. tit.* nihilque aliud esse videtur, quàm actio, quâ iniquè & impiè exheredati vel præteriti (eâ scilicet præteritione, quæ pro exheredatione habetur; *de quâ in § ult supr. de exheredat. liberor.*) testamentum inofficiosum dicunt, & rescindi postulant, *hic & l. qui repudiantis. 17. ibi, rescio testamento. l. mater. 19. in fine. & tot. tit. ff. & C. hoc tit. Novell. 115. cap. 3. in fin. & cap. 4. circa finem. D. Collega Bocer. class 3. disputat. 9. thes. 32. & class. 5. disp. 24. thes. 4. & 13. edit. 2.*

 Dici-

3. Dicitur autem querela inofficiosi testamenti actio esse, *ex l. 2. ibi agitur. l. quemadmodum 7. in prin. & fin. ibi, actionem transmittat. l. nihil interest. 12. in fine principii. l. nam etsi. 15. §. ult l filio, qui 16 in pr. l. mater 19. in princ. ff. hoc t. §. tam autem naturales. 2. infr. eod l. ult. C. de inofficiosis donationibus.*

4. Nec hisce legibus obstat, quòd eadem querela alibi accusatio vocatur. *l. posthumus 6. §. si quis a. & l. seq ff. hoc t. l. in arenam. 11. C eod.* In his enim & similibus locis, Auctores Iuris accusationem intelligunt, non publici alicujus criminis persecutionem; sed potiùs paternæ impietatis improbationem, & querelam de parentum iniquitate propositam. Siquidem non principaliter agitur in propositione hujus querelæ, ut parentis impietas coarguatur sive puniatur. sed omnia hunc ad finem diriguntur; ut, patris testamento rescisso, filius hereditatem sibi debitam consequatur. *d. l. qui repudiantis 17. & d. l. mater. 19. in fin ff. hoc t. cum concordantib.*

5. Nihil etiam adversatur, quod affertur ex definitione actionis: eam jus esse persequendi in judicio, quod sibi debetur, *initio t. infr. de actionib.* per querelam autem inofficiosi testamenti filium accusantem debitum suum non persequi: eum petat tantùm, testamentum rescindi: non verò agat simul, hereditatem sibi ad judicari & restitui. *Etenim respondetur:* finem hujus

6. actionis hunc esse principalem, ut indignè exheredatus vel præteritus hereditatem sibi debitam consequatur Et quamvis non principaliter petat, hereditatem sibi adjudicari; sed solummodò testamentum inofficiosum rescindi: tamen hoc ipsum ad eum finem intendit, ut suum, vel sibi debitum, hoc est, hereditas vel

7. in totum, vel pro parte sibi agenti restituatur Ideòque hæc quoque actio ad rei suæ persecutionem spectat: & qui ea experitur, non impropriè suum persequi dicitur. Vnde hanc actionem cum speciali hereditatis petitione cumulari posse, rectè statuitur. *l qui de inofficioso 20 ff. hoc tit. l. si quis filium 34. C. eod. l. filium. 20. in pr. vers. sed quemadmodum. ff. de bonor. poss. contr. tab. Paul lib. 4. sentent. t. 5. §. inofficiosum, & c. Heigius hic num. 2. Duaren. in Commentar. ad tit. ff. de inoffic. testam. c. 10. Treutler disp. 13. thes. 1 sub lit. E. volum. 1. Gilken. ad l. 1. num. 8 cum seq. C. hoc tit.*

8. Quod tamen non ita accipiendum est, quasi querela nihil aliud sit, quàm petitio hereditatis, *uti volunt Donellus. lib. 19. Comment. de jur civ. c. 3. pag. 263 & Cujac. in Paratit. C. h. tit. hosq; referens D Collega Bocer. hic n. 20. & seq pag. 624. & seq.* Differunt enim à se invicem, ut actio ad exhibendum à rei vindicatione. *d. l qui repudiantis 17. in princ ibi, rescisso testamento. d l. qui de inofficioso. 20. l si non mortis. 25. §. 1. ibi, pro parte rescindere. ff. hoc tit. Sichard. ad d. l. 1. n. 6. in fin. C. eod. Hunon. disputat. 9. controvers. 2.* Et si una eademque actio esset querela inofficiosi & petitio hereditatis, sicq; duo ista judicia unicū essent judicium, cur de hisce actionum generibus distincti essent tituli *in Digest. & Cod.* cur item diversa haberent nomina! *l. si idem. 7. C. de codicillis.* Sed & querela contra

9. eum intentatur, qui justè possidet; vtpotè adversus heredem scriptū. *d. l. 1, Cod. eod.* petitio autem hereditatis contra eum datur, qui nullo jure possidet. *l. regulariter 9. & l. pro herede. 11. ff. de hereditat. petit.*

Ac sanè præparatorium semper ab eo, cui viam sternit & præparat, differre, ut antecedens à consequente, certum est. Atqui querelam inofficiosi testamenti esse præparatorium petitionis hereditatis, sine rubore negari haud potest. Nam cùm hereditas peti non possit, quamdiu salvum est testamentum, in quo præteritus est, vel iniquè exheredatus is, qui hereditatem est petiturus: querela illud rescindit, & sic viam aperit hereditatis petitioni, obstaculo isto remoto. Vnde etiam dicitur hereditas peti ex nomine de inofficioso. *l. si quis filium. 34. in princ. C. hoc tit* item ex causa inofficiosi querelæ. *l. penult. §. sed quemadmodum. 1. ff. de bonor. possess. contra tab.* 10.

Non obstat, quod Scævola expressè respondet: eum, qui de inofficioso dicit, non debere ullam aliam actionem, quàm hereditatis petitionem, exercere. *d. l qui de inofficioso. 20. ff. hoc tit.* item quod Papinianus scribit: eum, qui dicit inofficiosum, non tamen hereditatem debere, sed dimidiam petere. *l. Papinianus. 8. §. quoniam 8 ff. eod.* Ideòq; dicendum eum, qui de inofficioso agit. ipsam hereditatē petere: ac consequenter hereditatis petitionem esse querelam inofficiosi testamenti. Hoc *inquam*, non obstat: quia consequentia est falsissima; nec adductæ leges quicquam ampliùs probant, quàm quòd petitio hereditatis cū querela inofficiosi testamenti sit connexa atq; conjuncta. Conjuncta verò etiam distincta ac separata esse posse, quis (nisi in ipso meridie cæcutiat) non videt? quis non intelligit? 11.

Similiter minimè resistit, quòd Paulus tradit: per inofficiosi querelam evinci hereditatem ab eo, qui heres institutus est. *l. cum. qui. 21. § ult. ff. hoc t.* & quod Tryphoninus statuit; filiū emancipatum præteritū admitti ad petitionem hereditatis ex causa querelæ inofficiosi testamenti *d. l. penult. §. sed quemadmodum. l ff de bonor poss contr. tabul.* item quod Vlpianus pronunciat: facultates defuncti per inofficiosi testamenti accusationem vindicari ei, qui agit *l. si instituta. 27. §. penult. ff. hoc t.* & quòd Iustinianus Imp. querelam vocat petitionem hereditatis ex nomine de inofficioso. *d. l si quis filium. 34. in princ. C. eod.* & denique quòd Impp. Sever. & Anton. rescribere videntur: titulū petitionis hereditatis, & causam, ex quā heres vindicare possit hereditatem esse querelam inofficiosi testamenti. *l. 3. C. de petit heredit.* Hæc, *inquam*, omnia minimè resistunt: quandoquidem ex textibus adductis nihil aliud colligi, aut demonstrari potest, quàm quòd hereditas petatur ex causa, & ex nomine querelæ inofficiosi testamenti: atque adeò querela sit causa & titulus petitionis hereditatis. Quod tamen usqueadeò sententiam nostram non infringit, ut eam potiùs fortissimè confirmet. Causa siquidem & causatū à se invicem ubique distinguuntur. *Ita bene docent D. Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 7. quæst. 18. pag. 651. & Arumæus Exercitat. Iustin. 10. th. 14.* Cùm igitur ex antedictis ad oculum pateat: querelam inofficiosi esse actionem diversam & distinctam à petitione hereditatis: inconsideratè profectò scripsit Du. Collega Bocerus *hic n. 23. pag.* 12. 13.

625.

625. me incautum sequi eos, qui istas duas actiones, inofficiosi scilicet querelam, & hereditatis petitionem rectè in eodem libello cumulari posse, contendunt. *Vide Iustum Sinelt. alii Schutz. exercitation. jur. disp. 10. th. 5. pag. 148.*

Porrò quo jure querela inofficiosi sit inducta, dubia quæstio est? Et sanè neq; civili scripto, neque prætorio jure, sed moribus eam esse inductam, verius puto. Non jure civili illam introductam esse, patet ex *l. non putavit. 8. in pr. ff. de bon. possess. contr. tab.* ubi Vlpianus disertè ait: exheredatione notatus & remotos jure civili testamenta parentum non turbare. Si querela in officiosi esset ex jure civili: malè negaret Vlpianus, exheredatos parentum testamenta jure civili turbare posse: cùm hæc querela non nisi exheredatis detur, *hoc principio & d. l. 3. & tot. t. ff. & C.*
15. *de inoffic. testament.* Nec quicquam ad rhombum facit, quod Dn. Collega Bocerus *hic n. 26. & seq. pag. 625.* (& post eum Timæus Faber *disp. 19. ad Instit. Imperial. th. 7.* regerit: primò per jus civile *in d. l. non putavit. 8. in pr. ff. de bon. possess. cont. tab.* significari duntaxat jus duodecim tabularum: deinde Iurisconsultũ ibi per notatos exheredatione & remotos, denotare eos tantùm, qui dignè, & justâ ex causâ notati sunt exheredatione: hos enim querelâ inofficiosi non posse turbare testamenta jure perfecta. *Primum* namque Domini Boceri enunciatum est planè divinatorium; ac proinde haudquaquam admittendum: præsertim cùm Iurisconsultus generaliter & indistinctè loquatur: & consequenter generaliter de quovis jure civili intelligi debeat, *arg. l. de pretio 8. ff. de Public. in rem. act. l. 1. § 1. ff. de legat. præstand. l. 1. § initio. 4. ff. de offic. præfecti urbi. l. 3. ff. de offic. præsid.* Alterũ verò prorsus est absonum: cùm dubium non sit ullum, quin dignè meritoque exheredati, querelâ inofficiosi instituta, parentum turbare testamenta non possint. Atqui de casibus indubitatis leges concipi, & Iurisconsulti respondere nunquam solent, *arg. l. Domitius Labeo. 27. ff. qui testam. fac. poss. l. quod Labeo. 9. ff. de Carbon. edict. l. 1. circa finem ff. ad municipal. Panormitan. in c. cùm injure peritus. 33. de elect. Nicol. Everhardt. in*
16. *Tobic. in loc. à ratione legis largâ. & c. n. 58.* Quos refert & sequitur ipse D. Bocerus *infr. t. 21. de ademp. legator. n. 30. pag. 567.* Non etiam jure prætorio hanc querelam inductam esse, inde apparet: quòd prætor hereditatem nec dare, nec adimere potest. *§. quos autem. 2. infr. de bonor. possess.* At heredi per querelam adimi hereditatem, haud obscurum est. *l. in substitutione. 31. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Moribus ergo sive consvetudini & jure non scripto querelam inofficiosi introductam esse, relinquitur: siquidem plures juris Romani species non reperiuntur. *l. jus autem civile. 7. ff. de justit. & jur.* Cœperunt etenim primò homines sine jure certo queri apud Iudices de inofficiosis testamentis sanguine conjunctorũ: quâ querelâ à Iudicibus admissâ, cœperunt etiam testamenta rescindi, *ut declarat Valerius Max. lib. 7. c. 7. de testamentis rescissis.* Quod cùm sæpius factum esset; abiit res paulatim in mores. quæ sic deinde legibus & constitutionibus confirmata est, ut jam jure certo & scripto contineatur. *l. nam & his. 5. in pr. ibi, obtinere assiduè solent. & l. circa inofficiosi. 24. ibi, evenire plerunque adsolet ff. hoc titul.* Atque ita docent *Donellus lib. 19. Commentar. de jur. civ. c. 4. pag. 272. Hortens. & Hotoman. hic enunciat. 2. in fin. Chiflet. in tract. de portionen. c. 4. Schrgk. in delibatis jur. disput. 11. thes. 22. lit. b. Arumaus d. Exercitat. 10. thes. 11. Forster. lib. 2. disp. 12. thes. 19. Matth. Stephani cent. 2. quæst. 79. Hanon d. disp. 9. controvers. 1. Anton. Matth. disp. 10. thes. 11. Vngepaur exercit. Iustin. 8. quæst. 9. p. 339. cum seq. edit. ult. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 5. Pand. tit. 2. n. 17. pag. 438 Hunnius disputat. 10. thes. 10. & lib. 2. var resolut. tract. 7. quæst. 4. Iustus Schutz. d. disp. 10. th. 6. pag. 149. Paul Berens disput. 7. ad Instit. them 2. quæst. 2. & Wegner. disputat. 7. thes. 8. ad lit. f.* Tametsi alii variè dissentiant, *Cujacius lib. 2. observat. c. 21. & lib. 3. c. 8. & lib. 14. c. 14. Cent. lib. 1. subsec. lect. c. 3. Wesenbec. in Paratit. hoc tit. n. 3. Duaren. ad eundem tit. cap. 2. & 12. Treutler. d. disp. 13. thes. 1. l. d. Vultejus hic n. 3. Viglius in §. tam autem naturales 2. infr. hoc titul. D. Bocer. hic num. 25. & seqq. pag. 625. & Stuckius part. 1. Exerciat. Iustin. decad. 7. assert. 9. ad liter. g. pag. 309.*

Horumq; opinationem non juvat præallegata *l. non putavit. 8. in princ. ff. de bonor. possess. contr. tab.* 17. ubi Vlpianus scribit: non putasse Prætorem, exheredatione notatos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos; sicuti nec jure civili testamenta parentium turbent: sed si velint inofficiosi querelam instituere, esse hoc in ipsorum arbitrio. Quibus verbis subindicare IC. videtur: querelam inofficiosi testamenti exheredatis neq; jure tantùm civili, neq; jure tantùm prætorio dari, sed ex utroque jure simul: cùm perillam defunctus intestatus reddatur, qui effectus est juris civilis; & detur tamen emancipatis, qui effectus est juris prætorii. Non, *inquam,* hæc ratiocinatio opinationem dissentientium juvat. Negatur quippe consequentia: cùm inter jus prætorium & jus civile scriptũ reperiatur medium quoddam, jus videlicet non scriptum seu consvetudo: ut proinde necessum non sit, si querela inofficiosi testamenti neque ex jure prætorio, neque ex jure civili scripto competat, eam descendere simul ex jure utroque. Quod porrò dicitur, emancipatis per querelam inofficiosi jure civili non succurri: id de jure civili scripto exaudiri debet.

Similiter contrariã opinionem nihil relevat in scriptio *l. non est enim. 4. ff. de inoffic. testament.* ex quâ 18. relucet, quòd querela inofficiosi testamenti sit lege Gliciâ, adeoque jure civili scripto introducta: cùm Gajus IC. in commentario suo ad l. Gliciam querelæ inofficiosi testamenti mentionem fecerit. *Tum* quia argumenta ab inscriptionibus deducta, sunt admodùm infirma. *Tum* quia inscriptio illa non habetur in omnibus exemplaribus, sed in Pandectis Florentinis abest. *Tum* quia potuit querelæ, jam antea introductæ, mentio fieri vel in Commentario Gaii, vel in ipsa lege Gliciâ, *ut benè respondet D. Hunn. d. l. 2. tr. 7. q. 4. in fine.*

Quamvis autem querelæ inofficiosi usum hodie 19. non magnum esse plerique existiment: cum injusta per testamentum facta exheredatio ipso jure concidat:

justa verò non immeritò querelam excludat, *Bartol. Alexand. Iasen & Cagnolus in Auth. ex causa. C. de liber. præterit. Wesenbec. in d. § tam autem naturales. 2 n.5 infr. hoc tit. & in Paratit. l. ff. eod. tit. n. 7. Mynsing. n. 6. cum seq. & Schneidevv. num. 14. in hoc principio, Gilkenius ad l. omnimodo. 30. Cod. hoc tit. n. 5. 8. & seqq. itemq; D Plebst. disputat. 3. de jure Topico Wirtembirg. thes.* 188. *edit. 1.* ubi autumat, Justinianum querelam inofficiosi penitus antiquavisse & abrogavisse constitutione suâ *novella 115. cap* 3. attamen rectiùs, meâ opinione, censent: qui illam etiamnum hodie valde necessariam esse, adstruunt. Nam *in d. Novell. 115. cap* 3. nullum verbum de sublatione inofficiosi querelæ habetur: nullam verbum, quo veteres leges de eâ loquentes sint correctæ, invenitur. Proinde nec nostrum erit, correctionem aliquam inducere, *argum. l. sancimus 27. C. de testament. l præcipimus. 32. §. ult. Cod. de appellat.* Quinimò Justinianus Imp. in illâ ipsâ Novell. *c. 3. circa finem. ibi, testamento evacuato. & ibi, tanquam in hoc non rescissum, &c. & c. 4. § si talet. 9. ibi, sed rescisso testamento, &c.* expresse indicat: testamentum, in quo a se constituta observata non sint, evacuari & rescindi debere. Quod autem evacuatur & rescinditur, aliquando subsistisse necesse est, *argum. l. nam etsi sub conditione. 5 ff de injust. rupt. irr. fact. test. Viglius hic n. 4. Ant. Matth. & Heigius n. 7. & 8. Duaren. ad tit. ff. de liber. & posthum. cap. 3. Cujac. ad Novell 8. Donell. in Auth. ex causa. C. de liber. præterit. & lib. 9. Commentar. de jur. civ. cap. 13. Fachin. lib. 4 controvers jur. c. 9. Arumæus Exercit. 10. thes. 12 Rober. disput. 11. corenid. 1. D. Rimelin. part. 2. Pand. disp. 2. th. 2. lit b. D. Besold. in delibat. jur. ex l 5. Pand. tit 2. n. 18. p. 442. Ant Faber. de error. pragm. decad. 14. err. 7. Hænen. d disputat. 9. controvers 6. Matthias Stephani cent. 2. q. 80. & alii, per eum citati.*

20 Cæterùm ut ad textum hujus principii propiùs accedamus: in eo ait Imperator, liberos querelâ inofficiosi utentes, & testamentum rescindi petentes, ita debere agere, non ut parentum iniquitatem seu impietatem accusent: sed potiùs hoc colore & prætextu uti debere, ut dicant: patrem non satis sibi constitisse, ejusque mentem aut judicium ab aliis corruptum fu-
21 isse *l. 2 l 4. & 5 in fine. ff. hoc tit.* Ratio, cur liberi hoc colore uti necesse habeant, est: tum quia de parentum pietate & officioso, quibus summa exhibenda est reverentia, non facilè conqueri debent: tum ut isthoc colore & fictione regula juris conservetur. Is enim est fictionis & coloris civilis usus Querela namq; est contra regulam juris: cùm testamentum solenne & rectè factum rescindat: sed, adhibito hoc colore, non omni-
22 no regula contraria videtur Est etenim & altera regula: testamentum à furioso factum non valere. §. 1. *vers. item furiosi. supr quib. non est permiss fac. testament. l. Titia 13. in fin. ff. hoc tit. l. nec fideicommissa 36. ff. de le-*
23 *gat. 3.* Verùm objiciat aliquis: si querelæ color hic est, ut testamentum arguatur quasi à furioso sive demente factum: non opus erit querelâ: cùm testamentum furiosi ipso jure sit nullum, *arg. l. non dubium. 5. C. de legib.* Sed respondetur: colorem istum temperari, ut dicatur testamentum factum à patre, qui quasi non sanæ mentis, aut quasi furiosus, & judicio corrupto fuerit: quemadmodum haud obscure Imperator hic innuit, & Jurisconsultus *in d. l. 2. 4. & 5. in fin. ff. hoc tit. & d l. nec fideicommissa 36. ff. de legat. 3. & Theoder. Marcilius exemplis hic declarat.* Vide aliter sentientem Timæum Fabrum. *d. disput. 19. ad Instit. Imperial. th. 8.*

§. Non autem. 1.

Non autem liberis tantùm permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater, turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

SVMMARIA.

1. *Querela inofficiosi testamenti quibus liberis competat.*
2. *Liberis hereditas parentum jure naturæ debetur.*
3. *Spurii & emancipati jure naturali agnoscuntur.*
4. *An adversus patris testamentum admittantur liberi naturales ex concubina procreati, legitimis liberis deficientibus*
5 *Concubinatus dicitur conjunctio legitima, & conjugium inæquale.*
6 *Liberi adoptivi, a patre exheredati, inofficiosum dicere possunt testamentum patris.*
7 *Posthumi exheredari lic(i)te non possunt.*
8 *Filio juste exheredato, nepos ex suâ personâ ad querelam non admittitur.*
9 *Num jure novo militare testamentum subjaceat querelæ inofficiosi.*
10 *Sententia Novella 115. cap. 3. & 4.*
11 *Ad instantiam respondetur.*
12 *Clericorum testamenta an querelæ subjaceant.*
13. *Verùm querelæ inofficiosi locus sit, quando filius in exheredationem consensit.*
14 *Testamenti factio, utpote juris publici, privatorum pactionibus immutari nequit.*
15 *Licet prætor multa facere potuerit præter leges: nihil tamen facere potuit contra leges.*
16 *Cuilibet quatenus sit integrum juri suo renunciare.*
17 *Mens & sententia l non putavit. 8 § si quis sua manu. 6. ff. de bonor. poss. cont. tab.*
18 *Intellectus L. filio præterito. 17. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.*
19 *An & quatenus liberi in testamento præteriti, vivo patre, illius ratum habere possint, remissive.*
20 *Quibus parentibus querela inofficiosi detur.*
21 *Iniquum est, & liberos, & horum successionem amittere.*
22 *An & quando fratribus sororibusq; querela inofficiosi concedatur.*
23 *Naturalibus fratribus ista querela non datur, nisi legitimati fuerint per subsequens matrimonium.*
24 *Et quid spuriis sine infamia; adeò ut, eis heredibus institutis, querela hæc locum habeat.*
25 *Infamibus aditus ad dignitates non patet.*
26 *Infamia ex propriis actionibus proficiscitur.*
27 *An spurii levi nota macula aspersi videantur*
28 *Non impedienda dignitate ejus, qui nihil admisit: item intellectus l. fratres. 27. C. hoc tit.*

29. *In Camerâ imperiali qui recipiantur in numerum Assessorum, Advocatorum & procuratorum.*
30 *Quinam Tubingæ in ordinem Professorum superiorum Facultatum cooptentur.*
31 *Verùm virgo, quæ amoris œstro percita, amanti copiam sui fecit, meretrix, turpisq; persona censeatur, ut heres institui non possit.*
32 *Meretrix quæ propriè dicatur.*
33 *Amor & furor æquiparantur.*
34 *Amor igne peteretur.*
35 *Par in parem non habet imperium.*
36 *Amor terra mariq; præest.*
37 *Qui Superioris mandato paret, culpâ caret.*
38 *Mulier amore capta, ipsius amoris serva.*
39 *Nunquid, si parens filium per inofficiosi querelam fecerit intestatum, frater una cum patre ad defuncti fratris hereditatem sit admittendus.*
40 *Num fratrum filii cum patruis succedant patruo, per querelam inofficiosi intestato facto.*
41 *An Princeps alicui concedere possit privilegium, ne ejus testamentum, tanquam inofficiosum, evertatur.*
42 *Princeps contra ea, quæ juris sunt naturalis, dispensare nequit.*
43 *Ratio naturalis hereditatem parentum liberis adjudicat.*
44 *Certæ tantummodo ob causas exheredatio permissa.*
45 *Princeps invito jus suum auferre non potest.*
46 *Quale jus, vivente patre, filius in bonis paternis habeat.*
47 *Quibus heredibus, & contra quos, querela inofficiosi competat.*
48 *Cur hæc querela ad liberos, etiam non præparata, ad extraneos verò tantùm præparata transmittatur.*

1 QVerela inofficiosi testamenti competit primò li-
beris, sive in potestate existentibus, sive emanci-
patis, *hic & l.1.2.3.4 & l.si ponas.23.ff.hoc tit.* sive na-
turalibus & legitimis simul, sive adoptivis & legitimis
tantùm *§.tam autem naturales.2 infr. hoc tit.* modò
hi in potestatem adoptantis transierint, ut sunt ado-
ptati ab ascendentibus. *l.penult. C. de adopt.*) sive ju-
stis, sive spuriis & naturalibus tantùm: sed spuriis so-
lummodo contra testamentum matris, quæ semper
certa est. *l si suspecta.29 §.1 ff hoc t. l. quia semper cer-*
2 *ta.5 ff.de in jus vocand.* Ratio, cur liberis hæc quere-
la detur, est perspicua: quia jure naturæ liberis here
ditas parentũ debetur *l.ult ff. de bonis damnat. l. scri-*
pto.7 §.fin ff. si tabul. testam. nulla extab. Novell. 1. in
præfat.§.primum itaq; ibi, secundùm ipsam naturam.
& Novell.18.c 1.vers.& natura primè, &c. Imò libe-
ri vivis etiam parentibus, bonorum paternorum
quodammodo domini existimantur. *l.in suis 11. ff. de*
liber. & posth.hered.inst.l 1.§. largius. 12. ibi, qui penè
ad propria bona veniunt.ff.de successor. edict. Cur au-
tem hæc querela emancipatis quoque & spuriis con-
cedatur, hæc est ratio: quia querela non civili, sed na
turali nititur causa; quam diximus esse, quòd jure na-
turæ hereditas parentum liberis debeatur. Atqui vero
3 spurii & emancipati jure naturali agnoscuntur, licèt
non jure civili. *l jura sanguinis.8.ff.de regul.jur.§. mi*
nus ergo.11.infr.de hereditatib.quæ ab intest.deferunt.
4 Sed dubitatur de liberis naturalibus, ex concubinâ
procreatis, an his etiam exheredatis querela inofficio-
si competat adversus patris testamentum, legitimis
liberis & legitimâ uxore deficientibus? Et compete-
re, non sine ratione putat Cujacius *ad Nov.18.* eumq;
laudans Dn. Collega Bocerus *in §.tam autem natura-*
les.2.infr hoc t.n 4 & seqq pag.627. Tum quòd illi
5 liberi eo casu succedant patri in sextantem, id est, duas
uncias, cum matre partiendas, *d. Novell. 18. cap. 5. &*
Novell.89 cap.12 §.4. Tum quòd liberi comparati
adoptivis, justi & civiles sint liberi: cùm ipse concu-
binatus legitima sit conjunctio. *l. si qua illustr. 5. vers.*
fin. autem concubina, &c. C. ad senatusc Orsitian &
conjugium inæquale dicatur *l si quis. 3 vers. quòd si*
alterutram. C. de naturalib. liberis, &c. Et ut lege Iu-
liâ de adulteriis uxor tenetur: ita & concubina. *l si u-*
xor.13.in pr.ff.ad leg. Iul. de adulter. Quemadmodum 6
ergo adoptivi liberi, exheredati à patre, inofficiosum
dicere possunt testamentum patris: ita & liberi natu-
rales, quibus nihil à patre est relictum, & qui nullo a-
lio jure ad defuncti bona venire queunt *d.§.tam autē*
naturales.2.infrà hoc tit. Et hinc quoque novissimè
approbant sententiam Do. Collega Besold *in delibat.*
jur.ad lib.5.& 6.ff q.17.itemq; in delibat. jur. ex lib.
5.Pand tit.2.num 23.pag.457. & D.D Rümelin. *part.*
2.Pandectar. D.sp. 2.th.5. ad lit.B. Quanquam aliter
sentire videantur *Arumæus Exerc. Iust. 10.th. 15.&*
Trentl. disp.13 thes.2.ad lit. c. vel. t. Planè posthumis 7
(cùm hodierno jure exheredari non possint: &, si ex-
heredentur, testamentum ipso jure sit nullum. *Nov.*
115.c.3.& fusiùs explicatum in §.1. supr. de exheredat.
lib.n 8.& seqq.) querelâ inofficiosi non est opus; ut
rectè tradunt *Vultejus ad principium hujus tit.n.6. Cu-*
jacius ad l.placet.4 ff. de liber & posthum. hered inst.
Wesenbec.n.3.Mynsinger.numer. 4. ad d. §. tam autem
naturales.2.infr hoc tit. & Hunnius in resolut. disput.
Treutleri.13.q.7. Tametsi, *post alios*, repugnet D. Boce-
rus *infrà §.proxime vers.posthumi quoq; pag.630. &*
seq. Verùm ejus rationes, quibus utitur, nostram neu-
tiquam enervare sententiam, demonstratum est suprà
in d.§ 1.de exheredat.liber num.9 & seqq.
Illud quoque hic notandum: quòd, filio à patre ju- 8
stè exheredato, causaq; ingratitudinis probatâ, nepos
ex suâ personâ ad querelam inofficiosi non admitta-
tur *l.si quis filium.34.C.hoc t. l, si quis filio exhereda-*
to.2.in pr.ff.de injust rupt. irr. fact. test. l. si quis post-
humos,9.§.si filium 2 ff.de liber. & posth.hered. instit.
ibiq; Cujac.l.illud.4.§.1.ff de bon.possess.cont tab. latè
Gomez tom.1.var resolut,c.11.num.21 & D. Besold.in
dictu delib jur.ex lib.5.Pand.tit.2.num. 21.pag. 449.
cum seqq.itemq; Hœnon.disp 9. ad Institut. controv. 7.
qui duo & dissentientes citant. Hancque sententiam,
præter textus expressos modò allegatos, corroborat et-
iam argumentum, à sufficienti partium enumeratio-
ne deductum. Etenim aut nepos cupit rumpere testa-
mentum ex personâ patris, aut suo nomine. Ex per-
sona patris rumpere non potest: cùm ille sit legitimè
exheredatus. Nec item hoc ei concessum est ex pro-
priâ personâ. Nullam namque ingratitudinis causam
commisit: ac si aliquam commisit, non fuit ea avi testa-
mento inserta: sicq; cessat querela: & solum compete-
ret jus dicendi testamentum nullum ex capite præteri-
tionis. Sed ne hoc quidem fieri potest: quia testamen-
tum non peccat in forma, suasque habet partes sub-
stantiales: cùm filius, qui præcedebat, legitimè exhe-
redatus fuerit. Ergo cùm nepos nullam habeat actio-
nem, vel competens remedium juris; nec etiam rem,
vel hereditatem habere poterit. *D. Besold loco præ-*
allegato. Neque obstat, quòd quemadmodum or-
dine successivo ab intestato hereditas nepoti defertur

si vel re ipsa, vel hereditatis repudio jus filii cessat: ita pariter idem videatur esse dicendum, quòd nepoti deferatur querela, quæ ordinatur ad obtinendam hereditatem, *arg. l. 1. §. quibus 11. ff de successor. edict. & l. 1 §. si filius 4. ff de suis & legit. heredib.* Nam illud obtinet in successione ab intestato; non itemeâ, quæ est ex testamento, vel contra testamentum. Ratioq; diversitatis est perspicua: quia in successione ab intestato si deficiat primus gradus, quaecunque id fiat ratione: meritò locus est secundo, tanquam proximiori: nec aliter per rerum naturam fieri potest. Si verò filius legitimè sit exheredatus: nequit locus esse nepoti: quia in locum exheredati non venit proximus ab intestato, sed qui est in testamento nominatus. Neque benè regeritur: filium exheredatum pro mortuo haberi *l. 1 §. sed & si patruus 3. ff de conjungend. cum emancipato liberis ejus.* vel saltem pro emancipato *l. 2. ff quod cum eo, qui in alienâ potest. est. &c.* Respondetur enim: id tantùm fieri, quoad excludendum illum à successione patris: non verò quoad alium admittendum, *secundum D. Bofeldum, dicto loco.* Similiter de inofficioso testamento militis, vel jure militari vel civili facto, vel centurionis, vel tribuni numeri, filios non posse queri, jus certum est. *l. de inofficioso 9. l. testam. militis. 24 l ult. §. 1. Cod. hoc. tit. l. Papinian. 8. si quis in militia 4 & l. si, instituta. 27. §. de inoffi. cioso. 2 ff. eod.*

9. Cæterùm an jure novissimo militare testamentum subjaceat querelæ inofficiosi, controversantur inter se Interpretes? Plerique sanè id affirmant: *Bartol. in Auth ex causa. Cod. de liber. præterit & in l. filio præterito. 17 n. 22. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. Iulius Clarus lib. 3. sentent §. testament. q. 40 n. 6. Covarruvias, alios allegans, in c. quia nos. 9 ext. de testament. Heigius ad principium supr. de militari testam n 9. & in hoc § n 4.* Sed contrarium defendunt Ludovicus Romanus & Iason *in l. si cut. 9. Cod. de testam. milit. Viglius in §. sed si in expeditione. 6. supr. de exheredat. liber. n. 4. Vasquius lib. 3. de success. creat. §. 24. imitat. 19. n. 30. Dn Collega Becer. lib. 1. de bello. cap. 21. n. 6. edit. 2. Fachineus lib. 6 controvers. jur c. 74. Paul Busius ad l. 1. ff. de testamento milit. Hœnonius disp. 9. controvers. 5. Arumæus d Exercit Iustin. 10 thes. 13. &*

10. *Paulus Berent disputat. 7 ad Institut them 2. q. 3.* Hujusque contrariæ negatæ opinionis fundamentum in eo consistit: quòd Iustinianus *in Novell. 115. c. 3* (cujus generalitate dissentientes præcipuè nituntur) de iis duntaxat loquitur personis, quas citra ingratitudinis causam exheredare non licet. Quare de militum liberis intelligi nequit: quos citra ullam causam à patre exheredari potuisse, constat *ex d l. de inofficioso 9. d. l. testamentum 24. d. l. ult. Cod. hoc t. & similibus paulò antè adductis.* Et certè si de militum quoque testamentis Novellam istam intelligi voluisset Imperator, proculdubio more suo id verbis disertis expressisset. Ast in totâ Nov. nullum est verbum de militari testamento: nullum verbum, quòd veteres leges sint sublatæ vel correctæ, quibus constitutum erat, ut militis testamentum querelæ non subjaceret. Ergo adhuc vigere censentur, *argu. vulgatal. sancimus. 27. C. de testament. & l. præcipimus 32. § ult. Cod. de appellat.* Nec urget, quod *in d. Novell. 115. c 4 in princ.* 11. additur, liberis etiam non licere parentes suos exheredare, vel præterire in rebus propriis, de quibus habent testandi licentiam, hoc est, in rebus castrensibus vel quasi castrensibus: adeòque inde evinci posse videtur, istam Novellam de militum etiam testamentis esse accipiendam. *Nam breviter respondetur:* id procedere, cùm filiifamilias jure communi testantur: secus, si in expeditione vel castris occupati, jure militari testamentum faciant: quia tunc eorum voluntas, quoquo modo inventa fuerit, rata erit, *per princip. tit. supr. de militari testam.* Et quanquam æquum putetur, ut & à militibus liberi instituantur: durum tamen est, & leges corrigere veteres, cùm posteriores id non exprimant, & militum privilegia minuere, *docente Viglio in dicto §. sed si in expeditione 6. n. 4 in fin. supr. de exhered liber.* Porrò clericorum testamenta subjacere querelæ ac rescissione, si fuerint inofficiosa, verisimilius 12. est: propterea quòd nullibi excipiantur. *Andr. Siculus & Covarruv. in d. c. quia nos. 9. de testament. Salicet. in Auth. Presbyteros. C. de Episcop. & cleric. & in Auth. ex causa. n. 18. C. de liber. præterit. Busius ad d. l. ff. de testam. milit.* quamvis contrarium defendere conentur *Accursius, Baldus, & alii, quos refert, & solidè confutat Fachineus d. lib. 6. controvers. jur. c. 75.*

13. Executi hoc loco illa quæstio haud incommodè poterit: utrùm locus querelæ inofficiosi sit, quando filius ex illegitimâ causâ exheredatus, vel præteritus, in exheredationem consensit? Et quamvis querelæ minimè locum esse, plerique juris. Interpretes censeant. *Accursius & Bartol. in l. si quando. 35. §. et generaliter. 2. n. 3 hoc t. Didac. Covarruv. in c. Rainaldus. 18. § 2. n. 2. de testament. Idem Accursius, Dynus, Oldrad. Albericus de Rosate, & alii in l non putavit. 8. §. si quis sua manu 9. ff. de bonor. poss contr. tab Anton Gomez. tom. 1 var. resol. jur. civ. c. 11 num. 14. ubi plures citat.* attamen contraria sententia, quòd nimirum istiusmodi filii consensu non confirmetur inofficiosum testamentum, nec querela excludatur, magis vera, magisq; æqua esse videtur. Tum quia in filii potestate 14. & arbitrio non est efficere, ut leges testamentariæ in parentis testamento locum non habeant: cùm testamenti factio juris publici sit. *l. testamenti. 3. ff. qui testam. fac. poss* adeoq; privatorum pactionibus nec immutari, nec reprobari possit. *l jus publicum. 38. ff. de pact. l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. l. quod bonis. 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* Tum quia secundùm illud testamentum, quod jure confectum non est ab eo, qui jus conficiendi & testandi habet, non datur bonorum possessio secundùm tabulas: eò quòd tabulæ testamenti nullæ sint, *auctore Modestino in l si filius familias. 19. ff. qui testam. fac. poss* Tum denique quia cùm filio nullum jus sit in bona vel judicia patris, quamdiu pater vivit, sed eo demum mortuo: non potest ei juri, quod sibi nondum competit, renunciare. Neq; verò 15. ex æquitate prætoriâ sustinebitur istud testamentum: quia licèt prætor multa facere potuerit præter leges: nihil tamen facere potuit contra leges. *l. juris gentium. 7. § ait prætor. 7. ff. de pact. l. nec non, 28. §. quod ejus*

ejus. 2. ff. ex quib. cauſ. major. 25. an. in integr. reſtit. Atq; ita ſentiunt **Fernand. Vaſquius** *lib. 3. controverſ. illuſtr. q. 106. n. 22.* **Treutler.** *vol. 1. diſput. 13 th 9. ibiq; in ſuis reſolutionib.* **Hunnius.** *q. 21. pag. 987. & lib 2 var. reſol jur. civ. tract. 5. q 16 pag. 577. & ſeq.*

16. Non obſtat huic ſententiæ, quòd cuilibet integrū & liberum ſit juri pro ſe introducto renunciare, *l pen. C. de pact.* & invito non conferatur beneficium. *l. invito. 69. ff. de reg. jur.* Liberorum autem hoc ſit beneficiū, quòd à patre ſilentio præteriri, aut ſine cauſa exheredari nequeant: ne videlicet aliquam injuriam, aut in ſubſtantiā patris circumſcriptionem patiantur. Hoc, *inquam*, non obſtat: quoniam reſpondetur, unumquemq; juri pro ſe introducto renunciare poſſe, ſi modò talis renunciatio nec in tertii, nec in publici juris præjudicium vergat, *arg d. l. jus publicum. 38 ff. de pact.* Atqui illud hoc loco accideret, ſi renunciatio ſi la ſubſiſteret: ſiquidem publici juris eſt teſtamenti factio, ſormaq; teſtamenti e publicis legibus deſcendit. *d l 3 ff. qui teſtam. fac poſſ.* Et quanquā ipſius quoq; filii præjudicium & favorem concernat, ne exheredetur, vel prætereatur: id tamen hic in conſideratione non habetur: quandoquidem etiam ſolennis ſeptem teſtium adhibitio ipſius maximè teſtatoris favorem concernit: ne ſcilicet voluntas ejus circum veniatur. *l. ult. C. de fideicommiſſ.* & nihilo magis tamen teſtator huic favori ſuo renunciare, & pauciores, quam ſeptem teſtes, adhibere poteſt: quia videlicet teſtamenti factio publici juris eſt: ac proinde pactis privatorum mutari nequit, *juribus præallegatis.*

17. Non quoq; obſtat textus *in d. l. non putavit.* 8 *§. ſi quis ſua manu. 6. ff. de bon. poſſ cont. tab.* ubi filio, ſui ipſius exheredationem ſcribenti, illam exheredationem nocere reſpondetur. **Etenim** id intelligendum eſt, nocituram ſcilicet iſtam exheredationem filio, non quoad denegandam ei querelam, ſed tantùm quoad hoc, ut initio per eam firmetur teſtamentum, non ſecus quàm ſi ab alio ſcripta eſſet. Ideoq; nocet exheredatio in eo, quòd non ipſo jure teſtamentum videatur. Ibi enim non de querelā dandā vel denegandā (Id quippe non pertinebat ad illum titul. *de bon. poſſ. contra tab.*) ſed de contra tabulas bonorum poſſeſſione dandâ vel denegandâ agendum erat, quæ ritè exheredatis non datur: licèt non denegetur eis, qui minùs ritè exheredati ſunt. *d. l. non putavit. 8. in pr. juncto §. non quævis. 2. ff. eod* Nocet ergo illa exheredatio ſolùm filio in hoc, quòd ei denegatur contra tabulas bonorum poſſeſſio. *Idq; planius explicat Vaſquius d q 106. num 22.*

18. Similiter non adverſatur *l filio præterito. 17. ff. de injuſt. rupt. irr fact. teſtam.* ubi Papinianus ait: quòd ſi filius à patre præteritus, bonis paternis ſe abſtinuerit, licèt ſubtilitas juris refragari videatur: attamen voluntas patris ex æquo & bono ſuſtineri debeat. **Nam** ſententia illius legis hæc eſt: quòd filio præterito, judicia patris approbante, fratres inſtituti legata & fideicommiſſa perinde præſtare teneantur, ac ſi teſtamentum valeret: verùm ab inteſtato, non ex teſtamento: ut ita etiam voluntas teſtatoris conſervetur, non quidem ex teſtamento, ſed tamen ab inteſtato. Et ſic ex **Antonio Fabro** ad objectam legem reſpondet Hunnius *d. lib. 2. tr. 5 quæſt 16. in fine.* Porrò an & quatenus liberi, in teſtamento præteriti, vivo patre, illud ratum habere & confirmare poſſint, latiſſimè & diligentiſſimè explicat Matthias Berlichius *part. 3. concluſion. practicabil concluſ. 16. pag. 382. & ſeqq.* 19.

Deinde querela inofficioſi teſtamenti competit parentibus tam naturalibus, quàm adoptivis. *l. 1. l. pater. 14. l. nam. etſi. 15 & l adverſus 30. ff hoc tit. l. eum filium. 17. l. liberi. 28. Cod eod. & hoc § noſtro.* Ejuſq; ratio *in d l. 15.* illa aſſignatur: quia tametſi filiorum hereditas non debetur parentibus, propter votum parentum, & naturalem erga filios charitatem: pietas tamē parentibus debita ſvadet; ut, ordine mortalitatis turbato, non temerè prætereantur à liberis. *Duaren ad t ff. de inoffic. teſtam. c. 7.* Addi poteſt & altera ratio: ut nimirum luctus ex morte liberorum, ſucceſſione eorundem velut mitigetur: cùm peracerbum atq; iniquum ſit, & liberos, & horum ſucceſſionem amittere. *d l ſcripto. 7. in fine. ff. ſi tabul. teſtam. nul. extab. unde liberi.* Ideoque luctuoſa iſthæc ſucceſſio ſive hereditas vocatur *l. ult. verſ. multò magis & luctuoſam. C de inſtitutionib. & ſubſtitut. l. 2. ibi, nec luctuoſam, &c. Cod. Theodoſ. de inoffic teſtament.* 20. 21.

Præterea fratribus quoque & ſororibus conceditur querela inofficioſi, ſed non, niſi certo quodam caſu utputà ſi frater præterito fratre, turpes inſtituerit perſonas, ut olim hiſtriones, mimos, arenarios, lenones, &c. *de quibus in l. 1. & ſeqq. ff. de his, qui notant. infam.* hodie meretrices, ſcorta, uſurarios excoriatores equorum, luſores, infames, &c. *juxta Ioannem Fabrum hic n. 3. & ſeqq Schneidevvinum. n. 17. & Iaſonem in l. fratres. 27. C hoc tit* Hoc *inquam*, caſu fratribus & ſororibus querele datur: modò ſint germani, id eſt, ex eodem patre & eâdem matre ſuſcepti, aut conſangvinei, hoc eſt, ex eodem tantùm patri nati. Nam uterinis, hoc eſt, ex eodem utero, ſive ex eâdem matre, non ex eodem patre oriundis, ac ulterioribus cognatis nullo caſu tribuitur. *l. fratris 21. & d. l fratres. 27. C. h. tit. l. 1. verſ. cognati ff eodem. ibiq; Duarennus c. 8 Connan. lib 9. Commentar. jur. civ. c. 9.* Vnde nec naturalibus fratribus hæc querela conceditur: quoniam non habent jus conſangvinitatis. Cæterum ſi legitimati fuerint: intereſſe arbitror, utrùm per reſcriptum Principis, an verò per ſubſequens matrimonium legitimati fuerint. Hoc caſu dari querelam, illo non item, veriſimiliter ſtatuitur, *ſecundum D. Martinum Rümelin. part. 2. Pand. diſp 2. th. 8. ſub. lit. c. allegantem eâ de re Hilligerum in Donello enucleat. lib. 19. c. 4. in not. lit G.* Ratio autem, cur iſthæc inofficioſi querela detur fratribus & ſororibus Germanis, vel conſangvineis, adverſus teſtamenta fratrū & ſororum, ſi perſonæ turpes inſtitutæ fuerint, hæc aſſignare poterit: quia licèt frater fratri, vel ſoror ſorori non tantum debeat, quantum parentes liberis, vel liberi parentibus: eo tamen ipſo officium pietatis violatur, quòd frater vel ſoror turpes & infames perſonas fratribus & ſororibus, & quidem immerentibus, præfert. His igitur jam deberi incipit, quibus antea adeò nihil debebatur ex bonis fratris, ut etiam citra 22. 23.

vitium aut injuriam præteriti ab eo possent, docente Rittershusio *hic pag. 272.* Sed & parum sanæ mentis ille videtur, qui istiusmodi personas turpes fratribus & sororibus germanis vel consanguineis anteponit. Ideoque & hoc testamentum, quasi à furioso factum, rescinditur, ut tradit Hunnius *hic pag 177.* Porrò cur præter modò dictos fratres ac sorores, aliis cognatis inofficiosi querela non tribuatur, illa ratio non est improbabilis: quia cum hæc querela testatorem, quasi officii pietatis oblitum, & tanquam furiosum accuset; dura, & quodammodo odiosa censetur: ac ea propter certis finibus includenda & coarctanda: ne contra quosvis temerè instituatur, *arg. l. 1. in fin. ff. hoc tit. & cap. odia. 15. de reg. jur. in 6.*

24 Quæri hic bellè poterit: an spurii infames sint, & ejusmodi turpes personæ; ut, eis heredibus institutis, querela inofficiosi testamenti locum habeat? Et si illi re vitàque honesti sunt: tunc nullà infamià aspersi esse existimantur: atque ideo heredes tutò institui possunt: secus verò, si paterna vitia imitentur. Idque probatur per textum luculentum *in l. generaliter 3. §. spurios. 2 & l. spurii. 6. in princ ff. de decurionib.* ubi etiam spurii & re & vitâ honesti ad decurionatûs digni-

25 tatem recipiuntur. Atqui infamibus & turpibus personis aditus ad dignitates non patet *l. 2. C. de dignita-*

26 *tib. c. penult. de regul. jur. in 6.* Adhæc turpitudo & infamia proficiscitur ex propriis actionibus. *l. cognitionum 5 §. 1. ibi, ex delicto nostro. ff. de variis & extra ord. cognit.* Ex fornicatione autem nasci, non est ejus culpa, qui nascitur, sed illius, qui generat. *can. nasci 4. distinct. 56.* Nulla igitur filios inde infamia sequetur. Facit quoque huc textus *in can. nunquam 3. distinct. 56.* ubi Chrysostomus eleganter ait: ex meretrice natum, si propriâ virtute decoretur, parentum suorum opprobriis non dedecorari. Idque nomine Facultatis Juridicæ Tubing. accuratius, explicuit D. Collega Besoldus *vol. 4. consil. 193. num. 2. & subseqq. fol. 283.* Idemque Besold. ex Landeum spiar *in Comment. ad ordinationes politicas Ducatus Wirtenbergici. tit.* Vom Burgerrecht. *fol. 4. num. 4. & seqq.*

27 Non obstat, quòd ad fratris testamentum tanquam inofficiosum impugnandum sufficiat, si in eo scripti fuerint heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ vitæve maculâ aspersi. *d. l. fratres. 27. C de inoffic. testament.* Sed spurii levis notæ & vitæ macula aspersi videntur, *arg. d. l. generaliter 3. §. 2. ff. de decurionib.* ubi si in dignitate vel magistratu adipiscendo spurii competitorem habent legitimè natum, hic illis præfertur. Hoc, *inquam*, non obstat. Spurios enim nullà planè, adeóq; ne infamià quidem facti aut levis notæ macula severà laborare, ex eo manifestum est, quòd infamibus portæ dignitatum non pateant *d. l. 2. C. de di-*

28 *gnitatib & d. c pen. de reg. jur. in 6.* At spurii, si re & vitâ honesti sint, & propriâ virtute decorentur, ad dignitates & honores admittuntur. *d. l. 3. §. 2. ff. de decurionib.* cùm non impedienda sit dignitas ejus, qui nihil admisit, *d. l. spurii. 6. in princ. ff. eodem.* Præterea certum est: tum Imp. Iustinianum *in hoc §. nostro*, tum Constantinum *in d. l. fratres. 27. C. hoc t.* de iis duntaxat loqui personis, quæ ex suo delicto, & propriâ culpâ, proprioque facto infamiam incurrunt, vel levis vitæ & notæ maculâ asperguntur. Id siquidem & ratio suadet, & totus contextus arguit. Cùm autem ex fornicatione nasci, non sit culpa ejus, qui nascitur, sed illius, qui generat. *d. can. nasci. 4. distinct. 56.* apparet utique, contra humanitatem & æquitatem dici, spurium tali maculâ aspersum, ut propter eam ab hereditate, in quâ institutus fuit, repelli queat. Adhæc non sequitur: spurius, si in petendo honore competitorem habeat ex legitimo thoro natum, huic post ponitur. Ergo spurius est inhonestus, sive levis notæ maculâ laborat. Sed hoc potiùs sequitur: quòd qui ex legitimo thoro genitus est, honestior sit spurio: id quod non negamus. Quippe in dignitatibus Nobilis cum ignobili concurrens, præfertur plebejo: graduatus item non graduato: & tamen hoc eorum famam minimè gravat, *arg. l. honor. 14. § de honoribus. 3. ff. de muner ib & honorib.* Hinc & in Camera Imperii nemo in 29 numerum vel Assessorum, vel Advocatorum, vel Procuratorum recipitur, nisi vel Nobilis sit, vel Doctor, aut Licentiatus juris. *Ordinat. Cam. Imper. part. 1. tit. 3. & 18. Gail. lib. 1. observ. 43. n. 7.* inde tamen non rectè colligitur, quòd reliqui, qui ab hujusmodi dignitatibus & muneribus arcentur, infamiæ alicujus maculâ laborare videantur. Sic quoque in hac inclyta Vniver- 30 sitate Tubingensi nemo in ordinem Professorum superiorum Facultatum (quas ita vocant) cooptatur, nisi Doctorali dignitate præfulgeat: inde tamen cæteros omnes, qui eâdem dignitate condecorati non sunt, ac propterea ab ejusmodi superiorum Facultatum professione excluduntur, levi aliquâ maculâ aspersos esse, non facile quispiam dixerit. Verùm hanc rem explanatius tractavimus *in §. 1. n. 225. & multis seqq. infr. de injuriis.* Huicque æquissimæ sententiæ etiam subscripserunt *Ioan. ab Elsvvych. disp. polit. 4. thes. 25 D. Rumelin. d. disputat. 2 thes 9 Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 7. q. 6. & in resolut. disput. Treutler. 13. quæstio 9.* Licèt valde repugnet Bachov. *in not. ibid pag. 520. lit B Vngepaur. exercit. Iustin. 8. quæst 10 pag 341. cum seqq. edit. ult.* D. Bocerus *class. 3. disp. 24. th. 27. lit H ed. 2. pag. 319.* Justus Schütz *exercitation jur. disp. 10. th. 9. pag. 152.* Johan. Limnæus *tom. 3 de jure publ. Imp. Rom. lib. 8. cap 8. num. 79. cum seqq. pag. 121.* nec non D. Besold. *vol. 3. consil. 97. num. 19 & seqq fol. 63*

31 Lepida quoque quæstio occurrit de virgine, quæ vi amoris capta, uni amanti virginalem pudicitiam excutiendam præbuit: num meretrix, adeoque turpis & infamis persona censeatur, ut ob idà testatore (frater ejus, vel sorore præteritis) heres institui non possit? Et eam meretricem aut infamem personam non esse, ac proinde à testatore institui posse, etiam ejus fratre, sororeve præteritis, ex subsequentibus rationibus elucescit. I. Meretrix illa propriè dicitur, quæ quæ- 32 stum corpore suo facit. *l. athletas 4 §. ait Prætor. 2. ff de his, qui not. infam. l. palam. 43. § non est ignoscendum. 5. & §§. seqq ff de rit nupt. l. mariti 29. § qui quæstum 3. ex seq. ff. ad leg. Iul. de adulter.* Ad quæ amoris causâ copiam sui facit, quæstum non exercet. Ergo non

non est meretrix: & consequenter non turpis persona: quod meretriceis est adjunctum *l. Pacontus. 3. in princip ff. si qua à parente manumissa sit.* II. Amore capta furiosa perhibetur. *Novell. 74. c. 4. in princ. vers.*
33 *novimus. &c* Hinc ferè Seneca; *Amor*, inquit, *rationis oblivio est, & insaniæ proximus: fœdum minimeq; conveniens vitium; turbat consilia: altos & generosos spiritus frangit: à magnis cogitationibus ad humillimas detrahit.* Et Publius: *Amare & sapere vix Iovi conceditur.* Et Latinæ eloquentiæ parens Cicero; Maximè, ait, admonendus est, quantus sit furor amoris. Omnibus enim ex animi perturbationibus est profecto nulla vehementior, *lib. 4. Tuscul. quæst.* Hanc q; *in sententiam plura congessit Tiraquellus in tract. de pan. leg. temp. caus. 4. & Marius Giurba consil. 47. num. 12. cum seqq. fol. 283. & seqq.* Furorem autem non puniri, liquidò patet ex *l. infans. 12. ff. ad leg. Cornel. de sicar. l. divus. 14. ff. de offic. præsid. l. omne. 6 §. qui se. 7. ff. de re militari.* III. Quæ coacta se prostituit, meretrix non appellatur, nec infamis. *l. fœdissimam. 20. &*
34 *ibi Bald. Cod. ad leg. Iul. de adulter.* At quæ amore capta, virginale claustrum alicui aperiendum concedit; vi & potentia amoris cogitur: cum sit amor ipso igne potentior, teste Alciato *in libello emblematum embl. 96.* ubi ita canit:

Aligerum fulmen fregit Deus aliger, igne
Dum demonstrat uti est fortior ignis amor.

35 IV. Par in parem non habet imperium *l. nam magistratus. 4. ff. de recept. qui arbitr. receperunt. l. ille, à quo. 13. §. tempestivum. 4 ff. ad SC. Trebell.* Sed amor ita terræ marique præest, ut quivis alter Imperatorum: quemadmodum id Alciatus, *dicto libello embl. 97.*
36 eleganter expressit his versibus:

Nudus Amor viden', ut ridet, placidumq; tuetur?
Nec faculas, nec quæ cornua flectat, habet.
Altera sed manuum flores gerit, altera piscem:
Scilicet ut terra jura det, atque mari.

Cui quadrat, quod facetè & ferè dixit Franciscus Petrarcha: In omne genus hominum par imperium habet arcipotens ille puer, *lib. 3. de rebus familiarib. epist. 22. pag mihi 651.* Sequitur ergo, mulierem illam, quæ amoris œstro percita & coacta, amanti copiam sui fecit, nullam infamiam aut pœnam incurrere: cùm lege amoris permittente & compellente istud fecerit, *arg. l. Gracchus. 4. C. ad leg. Iul. de adulter.* V. Quòd mulier, quæ amoris causâ uni amanti copiam sui facit, non censeatur esse meretrix, aut infamis, satis apertè indicat Plautus, Poëtarum Comicorum facilè Princeps, *in Cistellariâ, act. 1.* his verbis:

GYMNAS. *Matrona magis conducibile est istuc, mea est silenium,* (*est semel*
Vnum amare, & cum eo ætatem exigere, cui nupta
Verùm enim meretrix fortunati est oppidi simillima,
Non potest suam rem obtinere sola sine multis viris.
SILEN. *Hoc volo agatis quà arcessita causâ ad me est, eloquar.*
Nam mea mater, quia ego nolo me meretricè dicier,
Obsecuta est, de eâ re gessit morem morigera mihi,
Vt me, quê ego amarè graviter, sinerct cû eo vivere
LENA. *Stultè ecastor fecit sed tun' unquam cum quiquam viro*
Consuevisti? SIL. *nisi quidem cum Alcesimarcho, nemine:* (*minuit.*
Neq; pudicitiam meam mihi alius quisquam im-

VI. Confirmatur ista sententia & hoc argumento: Ille, 37
qui sui Superioris mandato obedivit, culpâ carere dicitur. *l. is damnum dat. 169. ubi Decius ff. de reg. jur. & l. liber. 11. §. ult. ff. de his, qui notant. infam.* ubi Vlpianus respondet, infamem non effici, qui eam ducit patris imperio, quam aliàs sine ignominiâ ducere non poterat. Iam verò dubium non est ullum, quin mulier 38
amore capta, sit ipsius amoris serva, ut Propertius *lib. 2. ad Cinthiam* scripsit.

Libertas quoniam jam nulli restat amanti:
Nullus liber erit, si quis amare volet.

Consequens igitur est, illam mulierem culpâ carere, sicque turpitudinis notam effugere: ac ea propter si heres instituta fuerit, querelam inofficiosi fratribus prætermissis non competere. VII. Huic accedit auctoritas, tum Divi Augustini, qui scribit, quod meretrix sit, quæ cum pluribus, non prolis, sed libidinis causa concumbit. *lib. 1. de nupt. c. 9.* tum Hieronymi *ad Fabiolam*, qui definit meretricem, quæ multorum libidini patet. *can. vidua. 13. distinct. 34.* quos refert Danæus *lib. 2. Ethic. Christ. cap. 14. pag. 213. ed. 3.* Denique ita, *post Ioannem Fabr. hic num. 4.* docent *Menochius lib 2. de arbitr jud quæst centur. 4. cas. 328 num. 3. cum seqq. Stucktus part. 1. Exercitat. Iustin. decad. 7. assert. 8. ad liter c. pag 307. Bajardus ad lib 5. receptar. sent. Iuliò Clar. quæst. 24. num. 100 Vagepaur Exercit. Iustin. 16. quæst. 110. D. Besoldus & Wiebelius in Dissert. de jure mulier. singulari part 2 conclus. 105. & 190. Idem Besol l in thesauro practico lit H. num. 48. in verb. Gur. pag 418. Arithmæus disp 9. Collegii criminal. thes 5. ad liter a. Ioannes Baptista Costa tom. 1. tract. de remediis subsidiar. remed 69. num. 9. fol. 123. Speidel in Notab. jurid. hist. polit lit. H. num. 50. verb. Gur. &c. pag. 507. aliiq; per hos citati.* Tametsi frigidis quibusdam rationibus repugnet Quirinus Kubach. *cent. 1. quæstion. illustr. politico juridicar. decur 3. quæst 4.* cumque referens Joh. Limnæus *tom. 3. de jure publ. Imp. Rom. lib. 8. c 6. num 100. & seqq.*

Ambigitur item de eo: an cùm hodie fratres, defun- 39
cto ex utroque latere conjuncti, unà cum parentibus suis ab intestato succedant, *Novell. 118. c. 2. & latius explicatur ad princ. t. infr de heredit. quæ ab intest. defer. n. 386.* si parens filium per inofficiosi querelam intestatum fecerit, frater unà cum patre ad defuncti fratris ad hereditatem admitti debeat? Et non debere admitti, verisimilius est. Fratres enim querelâ inofficiosi hereditatem petere non possunt, nisi turpibus personis institutis; *hoc §. nostro.* Nec obstat, quòd res ad causam intestati redeat: ab intestato autem fratres, utrinq; defuncto conjuncti, unà cum parentibus admittantur. *d. Novell. 118. cap 2. Auth. defuncto. C. ad senatusconsult. Tertyll.* Quia illud procedit, cùm simpliciter causâ intestati obtinet, hoc est, cum testamentum omnino nullum factum est. At verò cùm per querelam quis intestatus efficitur: ejus testamentum antè valuit, atque decessit testatus, & testatus mansisset, nisi querela instituta, & secundum eam pronunciatum

esset; ut ita defunctus nòn possit omnino intestatus videri. Et hanc sententiam amplectitur quoque D. 40. Rümelin. *part.2.Pandectar disput.2.thes.* 10. Atque hinc etiam resolutio istius quæstionis dependet: utrùm fratrum filii cum patruis succedant patruo, per querelam inofficiosi intestato facto? Fratrum etenim filii cum patruis suis hodie succedunt. d. *Nov.118.c 3. & Nov.127 c.1.* Sed sicut non admittuntur ad querelam inofficiosi: sic nec illos his conjungi debere, rectè arbitrantur. *Viglius hic num 9 Vultejus numer.* 10. *Arumaeus Exercita. Iustin.10. thes.16. Hillger. in Donell.enucleat.lib.19 c. 4. in not.lit. H. & Treutler. disp.13 th.4 lit.d.vol.1* Licet, *post Fabrum & Angel. à se citatos,* aliter sentiant *Mynsinger. hic num.13. Bachovius in not ad Treutler pag.521.cum seq & Hunnius in resolut. d disp. Treutler 13.th.4.lit.D.*

41. Ecquid Princeps alicui concedere possit privilegium, ne ejus testamentum, tanquam inofficiosum, evertatur, itidem in dubium vocatur; Sed negantium sen- 42. tentia sequentibus tribus rationibus sustinetur. I. Quia Princeps contra ea, quæ juris naturalis sunt, dispensare, aut gratiam cuiquam facere non potest. § *sed naturalia 11.supr. de jur.nat.gent. & civ.* Iam verò si Princeps patri testanti privilegium daret, quòd filius injuste exheredatus non possit, nec debeat testamentum paternum querelâ inofficiosi rescindere: contra 43. jus naturale dispensaret. Ratio namq; naturalis hereditatem parentum liberis adjicit *l.ult.in princ.ff.de bon damnator.* & simul cum parentum communi voto, liberos ad eorundem successionem vocat. *d.l.scripto.* 44. *7.§.ult ff si tab.test.nul. extab.unde liberi.* II Quia certæ jure definitæ sunt causæ, ob quas solas exheredatio fieri potest. *Novell 115 c.3.& uberius expositum ad § final.supr. de exheredat liberor.n. 16. & seqq.* Sed inter istas causas non numeratur illa, si Princeps exheredem scribere filium concesserit. Paria enim sunt, eximere alicujus testamentum à nexu querelæ, & permittere filium exheredem scriberet cùm ex uno ad aliud perveniatur. Ideoq; Principis concessio justa sufficiensq; causa non erit, obquam filius exhe- 45. redari possit. III. Quia Princeps alicui invito, & non consentienti, sine justa causa rem aut jus suum auferre nequit. *l. id, quod nostrum.11 ff.de reg.jur.§.per traditionem 40.supr. de rer.divis.& accuratè exposuimus ad principium dicti modò tit. nu. 98. & multis seqq.*

46. Nec officit quicquam, si objicitur, filium vivente adhuc patre, in spe taltem, non autem reverà & ipso actu, in bonis paternis jus quæsitum habere. *Nam* jus etiam in spe quæsitum, dummodò non planè sit incertum, nec ex alterius nutu dependeat, per Principem alicui auferri non posse, indubitatum est. Atqui jus, quod filius in bonis paternis post mortem patris expectat, non dependet ex nutu seu voluntate patris, neq; usq. adeo incertum est: quippe cùm non in libero arbitrio & voluntate patris sit positum, filium exheredare, vel instituere: sed potiùs pater necessariò filium instituere teneatur, saltem in legitimâ: si modò is nullam ingratitudinis causam exheredatione dignam adversus patrem commiserit *§.ult infr. hoc tit. l omnimod. 30.Cod.eod.* Idq; ex actis declarat Friderieus Pruckman. *in tract. de Regalib. § soluta potestas. effect.4.membri tertii, per totum* Porrò hanc inoffi- 47.
ciosi querelam in heredes transire, usque competere; suis quidem indistinctè; extraneis verò non, nisi à defuncto præparatam & cœptam, clarissimi juris est. *l. posthumus.6.§.fin.ibiq; Costal.ff.hoc tit l si pater.5.l.si quis filium 34.l.scimus.36.ad finem.Cod eod. Wesenbec. in paratitl.ff hoc tit.n* 8. Expeditum quoq; est illud: dari hanc querelam contra omnis generis heredes qui testamentum defendunt. *l.nam etsi.15.§. ult. l.circa.24.l si suspecta.29.§.ult.ff.hoc tit.l.1.& l si heredũ.10.cum simil.lib.C.eod.* dummodo adita sit hereditas *l.Papinianus 8.§ si conditioni.10.vers. quoniam ante.ff.hoc t.& ibidem eleganter Duarenus c. 9. & Schneidevvin hic n.19.* Cæterũ ratio differentiæ, cur 48.
isthæc querela ad suos heredes & liberos, etiam non præparata; ad extraneos verò tantùm præparata, transmittatur, est duplex: Tum quia liberis hereditas debetur jure naturæ & sangvinis *d l.ult.ff de bon. damnator.* liberi benè ad propria bona venire dicuntur. *d.l.in suis.11.ff.de lib.& posthum hered.instit. d. l. 1.§. largiùs.12 ff de success edict.* id quod de extraneis dici haud potest. Tum quia filio nihil potest imputari, cur querelam non præpararit, utpote quæ nondum nata fuerat, herede scripto adhuc deliberante, & filio morte prævento. Querela enim ante aditam hereditatem non nascitur: cum nondum sit, contra quem detur. *d l.Papinianus.8 §.si conditionis.10. ff. hoc tit. & notat Rittershusius hic pag.273.ad finem.*

§. *Tam autem naturales. 2. cum §. seq.*

Tam autem naturales liberi, quàm secundùm nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hereditatem totam, vel partem ejus, alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

§. 3. Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictũ est: quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querelâ quiescẽte, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur: licèt non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

SVMMARIA.

1 *Quibus modis querela inofficiosi impediatur.*
2 *Querela hæc odiosa: ac proinde non facile concedenda.*
3 *Cui remedio ordinario consultum est, ei non est indulgendum extraordinarium.*

4 *Per*

4 *Per quartam legitimæ partis filius à querela olim excludebatur.*
5 *Hodie pars legitima nunc triens est, nunc semis, pro numero liberorum.*
6 *Filius, cui minus legitima est relictum, ad supplementũ agere potest.*
7 *Laus Aphroniæ, pientissimæ Ebutiæ filiæ.*
8 *Referuntur alii modi, quibus querela inofficiosi expirat.*
9 *An si transactione finita fuerit querela, & placitis non stetur, instaurari ab heredibus possit.*
10 *Conciliatio l. cum mota. 6. C. de transactionib. cum l. si instituta 27 in princ. ff. de inoffic. testament.*
11 *Querela præparata ad heredes transmittitur.*
12 *Nihil interest, querelam non instituere, aut in ea non perseverare.*

1\. DUo potissimùm hoc loco exponuntur modi, quibus querela inofficiosi testamenti impeditur, & liberis non accommodatur. Primus est: si alio jure sive remedio, civili (putà præteritionis, ex quâ testamentum dicere nullum quandoque possunt, *per principium titul. supr. de exheredat. liber. Wesenbec. hic n.* 3) aut prætorio (ut per bonorum possessionem contra tabulas, quæ datur emancipatis. *l. si bonas. 23. ff. hoc t. Giphan. hic in verb. si nullo alio jure.*) hereditatem ac bona defuncti consequi valeant. Ratio hujus
2\. modi est duplex: tum quia odiosa est hæc querela, utpote quæ impietatis parentes arguit, & testamentum legitime jureque factum rescindit: ac proinde non facile concedenda, *arg. l. cùm quidam 19. in fin. ff. de lib.*
3\. *& posth. heredib. instit. c. odia 15. de R. I. in 6.* Tum quia eadem querela est remedium non ordinarium, sed extraordinarium seu subsidiarium, *argumento hujus §. 2. ibiq; pleriq; interpretes notant: utcunq; malè repugnet Dn. Colleg. Bocer. hic n. ult. pag.* 629. At cui consultum est remedio ordinario, ei non debet indulgeri extraordinarium. *l. in causa 16. ff. de minorib. 25.*
4\. *annis.* Alter modus excludendæ querelæ, est quarta jure veteri; novo jure aliquid saltem testamento liberis relictum. Nam olim si testator testamento quartam legitimæ partis relinqueret filio, à querela filius excludebatur. *l. cum scribit. 4 Cod. Theod. hoc t. l. parentibus. 8. C. Iustin. eod. l. si totas. 5. C. de inofficiof. donationib. l. Papinianus. 8 §. quoniam 8. ff. hoc t.* Exempli gratiâ: Titius duos habens filios unum instituit, alterum exheredavit, cùm in bonis haberet aureos quadringentos. Exheredato legavit aureos quinquaginta: quæ est quarta legitimæ partis, id est, ducentorum. Etenim si uterq; patri succederet ab intestato: utriusq; pars legitima essent ducenti: cujus pars quarta alteri jam relicta, eum à querelâ removet. *ut benè*
5\. *declarat Giphan hic in §. sed hæc ita, &c.* Cæterùm hodie non est quarta; sed amplius, nunc triens, nunc semis, secundum numerum liberorum. Si enim quatuor, vel pauciores fuint liberi; triens, hoc est, tertia pars ejus, quod ab intestato essent accepturi, sin plures, semis sive dimidia pars, præstanda venit, *Auth. novissima. ubi Sichard & Gilkenius C. hoc t. & Nov. 18 c. 1. pulchrè Donell. lib. 19 Comment. de jur. civ. c. 4. pag 275. & seq.* Vbi notandum: quòd in legitimæ computatione numerum liberorum non augeant exheredati, sed pro mortuis habeantur *l. 1. §. sed & si patruus. 5. ff. de conjungend. cum emancip. liberis ejus. l. 1. §. filium. 8. & l. si post mortem 10. §. liberi. 4. ff. de bon. poss contra tab. §. sed nostra. 3 vers. si verò testament.*
6\. *infr. de success. libertor.* Idq; latius enodat D. Befold. *in delibat. jur. ex l. 5. Pand. t. 2. n. 28. p.* 474. Sanè ex novâ Iustiniani constitutione filio, cui minus legitimâ est relictum, querela inofficiosi non datur: sed supplementum ab heredibus scriptis petere cogitur. *l. omnimodo. 30. C. hoc t.* Hujusq; novi juris ratio hic attingitur illis verbis, *ad verecundiam naturæ, &c.* ut scilicet major reverentia à liberis servetur & præstetur voluntati parentum. Nam etsi parentes impiè filios prætereunt: filii tamen non possunt non impudenter videri convellere judicia parentum, quibus omnem honorem, reverentiam & obsequium debent. *l. parentes. 6. & l. generaliter. 13 ff. de in jus vocand.* Et plerisq; 7.
liberi à parentibus iniquè præteriti, hoc ipso indigniores eâ se injuriâ ostendunt, quo æquiore eam animo sustinent. Vnde Aphronia, probissima Ebutiæ filia, à Valerio Maximo *lib. 8. c. 7.* laudatur, quod præterita testamentum matris patientiâ honorare, quàm judicio impugnare & convellere, sanctius putavit, *referentibus hic Viglio n. 1. & Mynsingero n. 2 sup. verb. ad verecundiam naturæ, &c.* Verùm de quarta seu legitimâ commodior erit dicendi locus *ad § ult. hujus tit.*

Porrò præter modos prædictos, quibus querela inofficiosi impeditur, & aliis modis eandem cessare & expirare certum est: veluti si renunciatio querelæ, vel per transactionem, *arg. l. si instituta 27. in pr. & l. si suspecta. 29. §. quamvis 2 ff. hoc t.* vel per testamenti proprio nomine approbationem. *l. pen in fin. & l. ult. ff. eod. l. si quis filium. 34. in fine. C. eod. Gomez. tom. 1. var. resolut. c. 11. numer. 6. Ioan. Baptista Costa tom. 1. tract. de remed. jur. remed. 107. num. 3. fol.* 180. vel per quinquennium, post aditam hereditatem, silentium, facta fuerit. *d. l. si quis filium 34. in fin. C. hoc tit. Schneidevvin. hic in §. sed hæc ita n. 12. cum seqq. &. Thadæus Piso n. 2.* Hinc non rarò quæsitum & dubitatum fuit: an si transactio ne finita fuerit querela, & placitis non stetur, instaurari ab heredibus possit? Et non posse, probabilior sententia videtur. *l. cùm mota. 6. C. de transactionib.* Cui non contrariatur *l. si instituta. 27 in princ. ff. hoc t.* ubi dicitur; si, instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum sit, nec fides ab herede transactioni præstetur, inofficiosi causam integram esse. *Respondetur enim breviter:* inofficiosi causam integram esse ipsi transigenti, ut nempe querelam restaurare possit, si transactionis fides non servetur. At nos, cum Imp. Alexandro *in d. l. 6. C. de transact.* non de eo, qui transegit, sed de ejus heredibus disertè loquimur, & dicimus, eos querelam semel omissam restaurare minimè posse. Et quamvis explorati juris sit, hanc ipsam querelam præparatam ad heredes transmitti. *l. posthumus. 6 § final. cum l. seq. ff. hoc titul.* attamen, ex quo transactio intercessit, per quam querela mota remissa est à defuncto: meritò effectus istius præparationis cessare putatur, *arg. l. cùm lite mortuâ. 2. ff. judicatum solvi.* Nihil quippe interest, querelam de inofficioso non instituere, aut in ea non perseverare *l nam etsi 15 §. 1. ff. hoc tit.* Et ita sentiunt. *Accursius in d. l. si instituta. 27. in princ. ad verb. placuit ff hoc tit. Bartol. in princip Francisc. Aretin. num. 2 Iason, num. 14 Donellus & alii*

& alii in d.l. cùm mota.6.C. de transactionib. Bachovius in not ad Treutler. pag. 523. D. Rimilin. part. 2. Pand. disp. 2. th. 34 nec non Arumæus Exercitat. Instin. 10. thes. 17. Tametsi alii alias, & quidem diversas solutiones & conciliationes afferant, *Baldus, Fulgosius, Castrensis, Decius, Iacobus de Ravenna, hosq; citans Gilkenius n. 4. ad d l. cùm mota. 6. Cod. de transact. Hieronymus Tornielllus ad rubr. ff. de verbor oblig. n. 144. Alciat lib 5 Paradox. c. 6 Duarenus ad tit. C. si adversus venditionem. Fachineus lib. 1. controvers. jur c. 10. & Nicolaus de Passeribus à Genoa in conciliat. leg. contrar. pag 140 & seqq.*

§. *Si tutor.* 4.

Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cùm nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

SVMMARIA.

1 *Ex testamento legatum accipiens, aliove modo judicium defuncti agnoscens, ad querelam inofficiosi non admittitur.*
2 *Nemo potest mutare consilium in alterius injuriam.*
3 *An tutor, qui nomine pupilli ex testamento patris sui legatum accepit, videatur patris testamentum comprobasse, ut exheredatus testamentum impugnare amplius nequeat.*
4 *Ratio dubitandi.*
5 *Ratio decidendi.*
6 *Quid statuendum de filio exheredato, qui legatario advocationem præbuit.*
7 *Volenti non fit injuria.*
8 *Damnum, quod sua culpa quis sentit, pro damno non habetur.*
9 *Intellectus l. inter officium. 54. ff. de rei vindicat.*
10 *Num filius approbans testamentum patris, legitimæ renunciare videatur.*
11 *Non est in potestate testatoris diminuere legitimam.*
12 *Quemadmodum per simplicem renunciationem non intelligitur renunciatum legitimæ: ita nec per juratam.*
13 *Iuramentum sequitur naturam principalis actûs, super quo interponitur*

1. INdubitati juris est: eum, qui ex testamento, inquo præteritus vel exheredatus est, legatum accepit, aut quocunque modo, sive dicto, sive facto, judicium defuncti agnovit & comprobavit, ad querelam inofficiosi testamenti amplius aspirare, adeòque pœnitendo judicium testatoris rescindere non posse. *l. Papinian. 8. §. si conditioni. 8. l. si pars. 10 §. 1. & duab ll seqq l. si pœnas 22. § 1 l. pen §. pen. & ult. & l. ult ff. hoc tit l parentibus 8. §. 1. C. eod. l post legatum. 5. in princ ff de his, quæ ut indignis auferuntur.* Ratio illius sententiæ manifesta est: tum quia commodum ex testamento qui acceptat, is tacite vult testamentum hoc valere: alioqui commodum accipere non posset: cùm ex testamento inutili ac infirmo nihil debeatur. Tum
2 quia nemo potest mutare consilium in alterius injuriam, ut est rescissio testamenti *l nemo potest 75 ff. de reg. jur. Vide Hilligerum in Donell. enucleat. lib. 19. c. 6 lit. B C & D*
3 Hinc de tutore quæstio exorta est, qui nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatū acceperat; an videatur patris testamentum comprobasse, ut propter injustam exheredationem, testamenti impugnandi facultatem
4 amplius non habeat? Dubitationem movebat, quod jam dictum est: eum, qui ex testamento legatum capit, intelligi testamentum approbare; sicque à querelâ sive accusatione inofficiosi repelli *d. l. si pars. 10. & d. l. pen. in fin. cum simil. ff. hoc t.* Sed nihilominus statuendum est tutorem, pupilli nomine legatum apprehendentem, in querelâ inofficiosi, contra patris sui testamentum proponendâ, sibi non præjudicare, *per textum hujus §. & l. adversus 30. §. 1. ff. hoc t.* Ratio, cur tutori acceptatio legati, pupilli nomine facta, non noceat, hæc est: quia non sponte & ex 5
libera voluntate, sed ex officii necessitate legatum petit & acceptat, *arg. l tutorem 22. vers. quia officii necessitas. ff de his, quæ ut indig. aufer.* cùm officium tutoris sit, nihil prætermittere, unde pupillo commodum quæratur *arg. tot. t. ff. de tutel. & rationib. distrah.* Hæc igitur necessitas, quâ cogitur tutor apprehendere legatum, pupillo relictum, satis ostendit, tutorem testamentum non approbare: cùm nemo invitus consentire existimetur. Aliud obtinet in filio 6
exheredato, qui legatario, petenti legatū ex testamēto, advocationem præbuit, ejusve procurationem suscepit. Hic enim ad querelam sive accusationem inofficiosi admittendus non est. *d. l. ult. ff. hoc t.* Nam licèt non suo, sed clientis sui nomine legatum petierit: tamen advocando sive procurando judicium defuncti approbavit. Idq cùm fecerit non ex necessitate, sed sua sponte. *l. invitus 17. C. de procuratorib. & l. invitus nemo. 156. ff. de reg jur.* nulla fit ei injuria, si à querelâ inofficiosi testamenti removeatur, per illud vulgatum; quòd volenti non fiat injuria. *l. 1. § usque adeò. ff. de injur. c. scienti. 27. de reg jur. in 6.* & quòd 7. 8.
damnum, suâ culpâ quod quis sentit, pro damno non habeatur. *l. quod quis 203 ff. de reg. jur.* Neque adver- 9.
satur. *l. inter officium 54. ff. de rei vindicat.* ex quâ colligitur, quòd sententia lata in judicio reali contra clientulum, non faciat præjudicium contra advocatū, ad quem res in veritate pertinet. *Etenim* lex illa perspicuè loquitur de eo, qui non sciens, sed ignorans rem suam esse, alii eam vindicanti patrocinum suum præstitit: & eum neq; dominium, neque actionem amittere, rectè respondetur, *ut non obscurè glossa ibidem indicat, & Ioannes Borcholt hic in fine.* De eo 10.
hoc loci non inconvenienter quæritur: Num filius approbans testamentum patris, in quo ipsi minus legitimâ fuit relictum, additâ prohibitione, ne plus ratione legitimæ petat, renunciare legitimæ videatur? Et affirmativam opinionem amplectuntur *Baldus in l. 1. col penult vers. sed pone. C de jur. fisc. Guiliolm. de Benedict. in c. Raynutius. 16. in verb reliquit. num. 40. de testament. Riminald. Sen. consil. 243. num. 74. lib. 2. Ruin. consil. 56. n 8. lib. 2. Rubeus consil. 37. num. 5. Parisi consil. 9. num 2 lib. 3. Decius cons. 687. Curt. Jun. consil. 159. Anton. Gabriel de legitim. conclus. 8. n. 11. Surd. cons 357. n. 32. & alii ab hu relati* Sed contrariæ favent sententiæ *Alex consil. 18. n. 12. & consil. 89. n. 13. lib 4 Ruin. cons. 58. n. 12. lib. 5 Ceph. cons. 42. n. 4. Fab. Turr et at cons. 1 lib 2. n. 16. Mantica de conject. ult vol. lib. 7. tit. 8. num. 10 eosq; referens Fachineus lib. 12. controversiar. jur. cap. 6.* Quibus adnectendi sunt *Alexand. Trentacinq. lib. 1. var. resolut. tit. de*

de legitima. resolut. 4. num. 2. & D. Martin. Rümelin.
part 2. pand. disp 2. th. 31. ad lit. B. Fundamentum hu-
jus sententiæ consistit in *Novell. 115. c. 5. in princ. jun-*
11 *ctâ l. si quando. 35. § & generaliter. 2. C. hoc tit.* Ex qui-
bus locis relucet, approbationem testamenti paterni,
hoc in casu filio non nocere. Et ratio haud obscura
est: quia non est in potestate testatoris diminuere le-
gitimam. Filius ergo approbando testamentum pa-
tris facit id, quod facere obligatus est: cùm illud re-
scindere nequeat. Nullatenus igitur approbatio ista-
hæc filio nocere debet, quò minus supplementum le-
12 gitimæ petere valeat. Quemadmodum autem per
simplicem & generalem renunciationem non intelli-
gitur renunciarum legitimæ, vel juri petendi supple-
mentum. *d. l. si quando. 35. §. 2. C. hoc tit.* ita nec per
juratam renunciationem, *arg l. ult. C. de non num. pe-*
13 *cun.* Juramentum enim non auget obligationem: sed
sequitur naturam principalis actûs, super quo inter-
ponitur, ac omnes omnino conditiones, subauditio-
nes, limitationes & exceptiones recipit, quas habet il-
le actus, cui appositum est: sicuti pluribus probat A-
lexand. Trentacinq *d. lib. 1. var. resolut. tit. de legitima.*
resolut. 4. nu. 3 versic. in primo casu, &c. quem refert
& sequitur D. Rümelin, *dictâ disput. 2. th. 32.*

§. *Sed si è contrario.* 5.

Sed si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est ipse tutor: quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.

SVMMARIA.

1 *Collatio casuum hujus & præcedentis §.*
2 *Dubitandi decidendiq́ ratio ad hunc §.*
3 *Officii necessitas excusat.*
4 *An Advocati, vel Syndici, qui alieno nomine querelam intendunt, legatum sibi relictum amittant.*

1 CAsum præcedentis §. Justinianus Imp. hic in-
vertit. Illo namque casu tutor erat filius exhere-
datus, pupillus erat extraneus & legatarius: hoc casu,
de quo in præsenti §. pupillus est filius exheredatus, tu-
tor est legatarius. Et quemadmodum priore casu fi-
lius tutor legatum nomine pupilli sui petendo, à que-
rela suâ non excluditur: ita hoc posteriore casu que-
relam inofficiosi pro pupillo instituendo, legatum si-
2 bi relictum non amittit. Cujus dubitandi causa sive
ratio fuit: quòd, qui semel testamentum accusaverit
quasi inofficiosum, sicque judicium defuncti oppu-
gnaverit, nec obtinuerit, perdat legatum & fideicom-
missum sibi in illo relictum, idque quasi indigno abla-
tum fisco vindicetur. *l. Papinianus. 8. §. meminisse. 14.*
ff. hoc t. l. qui Titii. 7. ff. de his, quæ ut indig. aufer. l.
3 *edicto. 13. §. penult. ff. de jure fisc.* Sed decidendi ratio
manifesta est: quòd officii necessitas, & tutoris fi-
des excusata esse debeat, auctore Tryphonino *in l. tu-*
4 *torem. 22. ff. de his, quæ ut indignis, &c.* Quâ ratione
dicendum: neque Advocatos, aut Syndicos, qui jussu
magistratûs atque necessariò, alieno nomine querelã
intendunt, ea, quæ sibi testamento relicta sunt, amitte-
re. *l. post legatum. 5. §. advocatum. 13. ff. d. tit.* Semper
enim in jure nostro ignoscitur illi, qui ex officii sui ne-
cessitate aliquid facit: magisque is excusatur, quàm
qui sponte aliquid gerit. *l. si dictum. 56. §. 1. ff. de evictio-*
nib. l. tutori. 20. Cod. de negot. gest Viglius & Heigius hic in fine.

§. *Igitur.* 6. *& ultimus.*

Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit: sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi: vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos: in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio: vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quartà diximus, ita intelligendum est: ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur: una quarta eis dari possit, ut ea pro ratà, id est, pro virili portione eis distribuatur.

SVMMARIA.

1 *Quarta sive legitima variæ appellationes.*
2 *Legitima unde dicatur.*
3 *Legitima quid sit.*
4 *Legitima quo titulo relinquenda.*
5 *Legitima hodie relinquenda titulo institutionis.*
6 *Titulus institutionis honorabilior.*
7 *Liberis legitima propter jus accrescendi relinquitur.*
8 *D. Boceri dissentientis opinatio refellitur.*
9 *Forcatulus confutatur.*
10 *Sententia, quâ legitima solo institutionis titulo relinquitur, procedit non solùm in testamento vulgari, sed etiam inter liberos.*
11 *Consideratio Novell. 107. c. 1.*
12 *Intellectus l. hac consultissima. 21. § 1. C. de testament.*
13 *Sensus c. Raynutius. 16. de testament.*
14 *Uxor pro persona extranei habetur.*
15 *Ecquid legitima satis institutionis titulo censeatur relicta, cùm testator rem certam vel quantitatem simpliciter reliquit.*
16 *In dubio ea amplectenda sententia, quæ testamentum confirmat.*
17 *Verbum generale & ambiguum in quo significatu accipiendum,*
18 *Solennitas intrinseca semper adhibita fuisse præsumitur.*
19 *Sententia Nov. 115. cap. 3.*
20 *Verba communia quæ sint.*
21 *An titulus institutionis etiam in parentibus requiratur.*
22 *Modus quartæ qualis esse debeat.*
23 *Exempla innovatæ quantitatis legitimæ.*
24 *Num legitima parentum sit aucta.*
25 *Dispositum in uno correlativorum, dispositum quoque videtur in altero.*
26 *In successione prior causa filiorum, quàm parentum.*
27 *Explicatio Novell. 18. cap. 1.*
28 *Cur Justinianus legitimam in liberorum personâ auxerit.*
29 *Consideratio Novell. 39 cap. 1. & Novell. 92. in princip.*
30 *Utrum legitima fratrum augmentum receperit.*
31 *Quâ ratione fratribus legitima debeatur.*
32 *Natura liberos tantùm, non etiam fratres ad successionem vocat.*
33 *Quatenus fratres querelam inofficiosi habeant.*
34 *An filius ritè exheredatus in numero filiorum sit censendus quoad legitimam augendam, vel minuendam.*
35 *Solenniter exheredatus pro mortuo habetur.*
36 *An liberorum legitima statuto vel consuetudine prorsus tolli, aut saltem minui possit.*
37 *Sententiæ affirmativæ Auctores.*
38 *Sententiæ negativæ Auctores.*

1 REvertitur Imperator ad secundum excludendæ querelæ modum, quartam videlicet, cujus mentionem fecimus suprà §. 2. *hoc titul.* Eaque vulgó legitima appellatur, & legitima portio. *l. omnimodo. 30. & l. seq. C. hoc titul. l. humanitatis 9. C. de impuber. & aliis substitut.* & debita portio, *l. Papinianus. 8 §. quoniam. 8. & §. unde 11 ff. hoc titul. l. scimus. 36. in princ. C. eod.* & debitum bonorum subsidium. *l. si totas. 5. Cod. de inofficios. donationib.* & quandoque Falcidia. *l. quæ nuper. 31. ibi, ratione Falcidiæ. C. hoc tit. l. quisquis. 5. §. ad filios. ibi, Falcidiam. C. ad l. Iul. majestat.* itemque debitum naturale. *d. l. scimus. 36. §. illud. 2. ibi, ne filius defraudetur debito naturali. C. hoc tit.* Vocatur etiam à Justiniano *in Novell. 18.* χρέος, id est, debitum: & νόμιμος μοῖρα, *in Epigraphe. d. Nov. 18. &* νόμιμον λάχος, & νόμιμον μέρος, hoc est, legitima sors sive portio, *à Zonara Historico in Theodosio juniore.* Nostrâ verò linguâ Germanicâ appellitatur ein Pflichttheil. *Fl. Würt. ernewert Landrecht part. 3 tit. 14. & seq.* Legitima autem non ex eo dicitur, quòd jure naturæ debita est: sed quia ex lege aliquâ civili descendit, quæ voluit legitimam liberis relinqui debere. *Nov. 117. c. 1. in princip.* 2 Natura quidem liberos ad successionem vocat. *l. cùm ratio naturalis. 7. in princ. ff. de bonis damnator. l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul. testam. nulla extab.* At natura non præscripsit certam portionem sive quantitatem, quæ debeat relinqui. Sed quantitas legitimæ jure sive lege civili definita est, *Marcus Anton. Cucchus in auth. novissima in princ. num. 7 C. de inoffic. testam.* Quæ verò lex illa sit, nondum satis constat. Tametsi Iacobus Cujacius existimet, à Divo Marco Philosopho primùm constitutum esse, ut quadrans liberis relinquatur, *lib. 3. observat. cap. 8.* quem refert, & sequi videtur Ioannes Borcholt. *hic num. 2. Illamq; rem latè persequitur Claud. de Battandier in tract. de legitima. cap. 1. & seq. item Claud. Chiffletius in tract. de portionib. legit. cap. 2. & seq.* Cæterùm legitima nihil aliud est, quàm congrua portio ejus, quod quis jure legitimæ successionis ab intestato habiturus esset. 3 *d. l. Papinianus. 8. §. si quis mortis. 6. ff. h tit. l. parentibus. 8. d. l. quæ nuper. 31. C. eod. l. 2. Cod. de inofficiosis donationib Matthias Berlich. part. 3. conclus. practicab. conclus. 11. n. 1. Dominic. Card. Tuschus tom. 5. practic. conclusion. lit. l. conclus. 181. num. 1. & seq. Balthazar Tomasius tract. 4. tit. 1. num. 1. fol. 291. ubi, complures allegat.* Porrò de eâ duo hic afferuntur. 4 Prius est; eam, ad excludendam inofficiosi querelam, relinqui posse quocunque titulo, non tantùm titulo heredis, ut si pater liberos in legitimâ instituat, verùm etiam titulo legati, aut fideicommissi, vel donationis, &c. *d. l. Papinianus. 8. §. si quis mortis. 6. ff. hoc titul. l. quoniam. 29. l. omnimodo. 30. l. si quis suo. 33. l. si quando. 35. §. & generaliter. 1. & Auth. novissima. Cod. eod. Novell. 18. cap. 1.*

5 Sed an jure novissimo istud sit mutatum & correctum, magna hodie inter Doctores contentio est. Sunt enim, qui opinantur, illud emendatum aut immutatum non esse, *Ioan. Vaudus lib. 1. variar. quæstion. q. 5. Forcatul. Necyomant. dialog. 35. Walther. lib. 1. miscellan. c. 9. Cujacius hic in suis not. Thesaur. decis. 58. D. Besold. class. 1. Colleg. Polit. disp. 3. parerg. 6. & in delibat. jur. ex lib. 5. Pand. tit. 2. num. 25 pag. 463. cum seq. Ant. Faber. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 14. error. 6. Arumæus Exercit. Iustin. 10. thes. 18. Dn. Collega Bocer. hic num. 21. cum multis seq. p. 637. & seq. Moller. part. 3. constit. Elect. 9. num 2. ubi Iasonem & alios, pro isthac opinione citat.* At pleriq; sunt in contrariâ sententiâ; *Glossa, hancq; sequentes Bartol. Bald. Angel. Alberic. de Rosat. Salicet. & Fulgos. num. 1. Castrens. num. 3. Sichard. num. 7. Iason. num. 13. hosq; referens Gilkenius num. 27. in Auth. novissima. C. hoc tit. Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quæst. 38. Covarruv. in c. Raynutius. 16. §. 1. num. 1. ext. de testament. Corasius in l. filium. 24 Cod. famil. ercisc. num. 82. Michael Grassus l. 1. recept. sent. §. legitima. quæst. 32. Rodericus Soarez. in l. quoniam in priorib. 32. C. hoc tit. Didacus de Spino. tit. de institut. hered. n. 30. Duaren. ad tit. ff. de inoffic. testam. cap. 17. circa finem. & Zasius ibidem numer. 11. Viglius, Faber, Angelus, Porcius,*

Balduinus, Hotomannus, Vultejus, Giphanius, Schilbock. Bachovius hic num. 2. pag. 525. & Schneidovvinus num. 3. 7. & 16. Althus. lib. 1. dicaolog. cap. 56. numer. 24. pag. 197. Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. quæst. cent. 2. cas. 149. numer. 29. Forster. libr. 2. disput. 13. thes. 23. Hunnius disput. 10. thes. 22. & lib. 2. var. resol. jur. civ. tract. 7. quæst. 8. Fachineus libr. 4. controvers. jur. cap. 24. & 30 Ioan. Cœlner. in cap. 1. conclus. 2. ad fin. de testament. in 6. Rittershus. in exposit. Novell part. 6. cap. 3. numer. 36. Stuck. part. 1. Exercit. Iustin. decad. 7. assert. 8. lit. E. Hænon. disput. 9. controv. 13. Thadæus Piso lib. 2. var. resol. cap. 8. num. 1. Dominic Card. Tusch. d. tom. 5. practic. conclus. lit. L. conclus. 198. Rolandin. Passager. in tract. de testam. & ult. volunt. rubr. 17. num. 22. Berlich. d. part. 3. conclus 15. numer. 8. & seqq. Tomasius d. tract. 4. tit. 8. fol. 354. aliique ab iis relati: qui omnes contendunt, legitimam hodie non quolibet, sed solo institutionis titulo relinqui posse & debere: idque *per Novell. 115. cap. 3.* in cujus principio hæc clara verba habentur: *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviæ, preavo vel proaviæ suum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, &c.* Ex quibus verbis liquidissimè constat: hodie ad inofficiosi querelam impediendam non sufficere, quòd alicui titulo legati vel fideicommissi, aliove particulari jure legitima portio adscripta sit, sed institutionis titulum
6 omnino requiri. Hujusq; ratio hæc perhibetur: quòd titulus institutionis honorabilior, convenientior atq; honestior legato & omnibus aliis titulis censeatur, utpote per quem testator institutum heredem in locum suum substituat, ut ipsum quasi repræsentet, *arg. l. sed & si. 3. §. hoc autem. 2. in fin. & l. filium. 5. §. sed & si portio. 6. in fine ff. de legatis præstand. l. Iulianus. 26. in fine principii. ff. si quis omissa causa*
7 *testamenti, &c.* Accedit & illa ratio: quòd liberis legitima titulo institutionis sit relinquenda propter jus accrescendi: quia si filius cum aliis est coheres in suâ legitimâ institutus: tunc si alii coheredes repudiant, vel àliter heredes esse non possunt, accrescit filio. *l. liber homo. 59. §. cum quis. 3. ff. de heredib. instit.* Secus, si titulo legati, vel simili legitima relicta esset: quoniam tunc heredibus vel repudiantibus, vel non adeuntibus, filio vel alii legatario nihil accrescit. *l. eam, quam. 14. C. de fideicommiss.* Atque hanc rationem tradunt. *Bartol. in Novell. 18 de trient. & semiss. in pr. num. 4. sub fin. vers. secunda est propter jus accrescendi, &c. Rolandin. Passager. d. tract. de testament. & ult. volunt. rubr. 17. num. 22. post princ. vers. secunda est, &c. Iason. in auth. novissima. C. de inoffic testam. num. 13. vers. alia melior ratio, &c. Mynsinger. hic num. 3. & plures alii, quos refert & sequitur Berlich. d part. 3. conclus. 15. num.*
8 *10.* Porrò valde temerarius est hoc loco Dn. Collega Bocer. *numer. 31. pag. 639.* Dum verba mea, superiùs *num. 5.* allata (quæ tamen ipse vel non intelligit; vel, ut est natura hominis, ex pertinaciâ intelligere non vult) inconsideratè cavillari audet. Mens mea hæc est: querelam inofficiosi hodie non excludi per legitimã, titulo particulari concessam, sed tantùm per legitimam, titulo institutionis relictam. Hinc ipse duplex absurdũ elicere conatur. Primò enim putat, inde sequi: illum quoq; in testamento eodem à testatore exheredari posse, qui heres instituitur: deinde, querelam inofficiosi hodie competere, licèt exheredatus legitimam suam aliquo particulari titulo sit adeptus à testatore. Sanè utrumq; hinc optimâ consequentiâ elicitur: at neutrum absurdum est. Non prius. Nam vel novus quispiam Justinianeus videt: nihil absurdi esse, si aliquis filium in triente instituat heredem; in reliquâ verò hereditate exheredem scribat. Posteri' itidem absurditatis expers est. Licèt enim non solùm *in §. sed hæc ita accipienda. 3. suprà hoc tit.* sed & multis *Pandectarum & Codicis legibus*, quin etiam *in d. Novell. 18. cap. 1.* contrarium reperiatur dispositum: attamen dictos textus *per d. Novell. 115. c. 3. in princ.* sublatos esse, evidentissimè patet. *Huc q; referantur, quæ annotavimus in additionib. nostris ad Iulij Clari receptar. sentent. d. lib. 3. & 4 § testamentum. quæst. 38.*
num. 2. & 3. Non refragatur huic sententiæ, quòd à 9
dissentientibus, maximè verò Forcatulo *d. dialog. 35. num. 2.* regeritur; præfatam *Novell. 115. cap. 3.* ita esse accipiendam, quòd tunc demum legitima titulo institutionis sit relinquenda, si exheredatio præcesserit. *Verbigratiâ*: Titius Sejum instituit, filium exheredem fecit, & nihilominus ita dixit: *filio meo exheredato ducenta relinquo.* Hoc casu (*inquit ille*) frustrà filio ducenta relinquuntur, etsi ejus legitima ducenta non excedat: quoniam adeò invisa est exheredatio, ut nihil deinde proficiat, alio, quàm institutionis titulo, concurrentẽ legitimæ quantitatem relinquere. Non, *inquam*, illud refragatur. Quia contraria sunt: aliquem exheredari, & eidem quartam titulo institutionis relinqui. Ideòque *d. Nov. 115 c. 3. in princ.* non poterit sic accipi, ut quarta, seu portio debita tantùm institutionis titulo relinquatur, si exheredatio filii præcesserit. Sed & hoc repugnat Forcatulo: quòd Justinianus non solùm tunc legitimam non vult relinqui quocunq; titulo, cùm filius est exheredatus, verùm etiam cum est præteritus. Præterea si filius exheredatus est ob causam justam, & *in d. c 3.* nominatim expressam: ad quid opus erit quartã ipsi titulo institutionis relinqui? *Ita rectè censet D Hun. d. l 2 tract. 7 q. 8. in fin.* Adde eàdẽ de re accuratiùs disserentẽ Georgium Frantzkium *exercitat. jurid. 6 q. 5. p. 162 & seq.* Atq; conclusionẽ nostram, quà hodie legitima solo institutionis titulo relinquenda venit, non solùm in testamento vulgari, sed etiã in testamẽto inter liberos procedere, verius putãt *Paulus Castrens. Fulgosius, Albericus, Salicetus & Gilkonius n. 35. in d. auth. novissima. Cod. hoc tit. Baldus in l. 1. ff. de bonor. possess. contra tab. Curtius Iunior in l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de testam. n. 13. Iul. Clar. lib. 3. sent. § testamentum. q 8. n. 6. & 7. Alexand. in l. inter cætera. 30. n. 4. ff. de lib. & posthum. hered. instit Bertrand. consil. 70. n. 3. vol. 2. Fachineus d. lib. 4. cap. 24. Berlichius d. part. 3. conclus. 15. n. 20. & alii.*

& alii, per eum congesti. Quidquid temerè repugnent
Accursius in d. auth. novissima. in verb. titulo. ibiq;
Iason. num. 16. C. hoc tit. & Azo inibi in suâ summâ.
Iacob. Butr. & Anton. de Butrio. in d. c. Raynutius. 16.
de testam. Hostiens. in suâ summâ de testament. Masue-
rius in sua praxi, titul. de success. & ult. volunt. Ruinus
consil. 37, num. 6. lib 1. & Cerasius in d. l. filium. 24. nu.
82. C. famil. ercisc. aliiq; nonnulli. Fundamentum au-
tem sententiæ nostræ solidum petitur *ex d. Nov. 115.*
c. 3. ubi generaliter sancitum est à Iustiniano, filios esse
instituendos, vel ex justis causis exheredandos, & sic à
parentibus honorabili institutionis titulo ad heredita-
tem vocandos. Cùm ergo Imperator de testamento à
parentibus inter liberos condito apertè loquatur, &
nihilominus hanc observationem sive solennitatem
requirat; perspicuum fit, omnem dubitationem ulte-
11 riorem inanem & supervacaneam esse. Eòdem non
parùm facit textus *in Novell. 107. c. 3.* ubi clarè, & qui-
dem iteratò dicitur: quòd pater suos filios heredes in-
stituere, vel institutionis titulo iis aliquid relinquere
debeat.
12 Nec obstat *d. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto.*
1. Cod. de testament. ex quâ evincitur; quòd pater, qui
inter liberos testatur, omnes juris civilis solennitates
negligere possit; & consequenter legitimam liberis ti-
tulo institutionis relinquere non teneatur. *Nam* lex
illa de hisce solennitatibus est intelligenda, quæ specia-
liter in favorem liberorum non sunt inductæ, sed quæ
juris communis sunt. Ast ubi solennitas speciali libe-
rorum favore introducta est: eam ne quidem in testa-
mento inter liberos præteriri posse, verissimum est.
Quòd enim solennitates juris civilis in ejusmodi testa-
mento sunt relaxatæ: id factum est ob merum libero-
rum favorem: ut proinde in illorum odium retorque-
ri non debeat, *argu. l. nulla. 25. ff. de legib. l. quod favo-*
re 6. Cod. eod. c. quod ob gratiam. 61. de reg. jur. in 6.
Quare cùm ad honorem & existimationem liberorū
maximè pertineat, ut legitimam titulo institutionis ex
patris testamento consequantur: non est credendum,
dictam *l. 21. §. 1. C. de testament.* institutionis solenni-
tatem à testamento inter liberos sustulisse.
13 Sic quoq; non adversatur *d. c. Raynutius. 16. de te-*
stament. ubi testamentum inter liberos à patre factum
refertur, in quo filiabus aliquid relictum est: nec con-
stat, titulo institutionis relictum fuisse: & nihilominus
testamentum illud sustinetur. *Etenim* Pontifex Ro-
manus verba testamenti concitè retulit, & eaten⁹ tan-
tùm ejus tenorem exposuit, quatenus de testamento,
in quo quippiam relictum est, controversia fuit. Sed
quo titulo relictum fuerit, & quomodo, non explica-
vit. Quocirca intelligi debet, relictum fuisse eo modo,
quo relinqui oportuit: & per consequens præsuppo-
nendum est, quòd liberorum institutio præcesserit, *ut*
optimè declarat Covarruvias ibidem d. §. 1. n. 7. eumq;
citans Fachineus d. lib. 4. c. 24. vers. ad secundum re-
spondeo, &c. Deinde negatur; quòd *in d. c. Raynutius.*
16. testamentum fuerit conditum inter solos liberos:
sed est inter liberos, & uxorem, nomine Adelasiam
14 confectum: *ut ibidem ex toto contextu apparet.* Ex-
inde igitur sequeretur; quòd hodiè de jure canonico
indistinctè sive testamentum inter solos liberos, sive
etiam inter extraneos sit confectum, legitima titulo
legati, vel simili relinqui possit: quippe cùm uxor pro
personâ extraneâ habeatur. *d. Nov. 107. cap. 1. & copio-*
sius probatum in §. 3. suprà de testament. ordinand.
num. 224. & seqq. Consequens autem falsum esse,
fatetur ipse Jason *in d. auth. novissimâ. C. hoc tit. n. 4.*
& 20. prout eum citat. Berlichius d. concl. 15. n. 21. At-
que huc pertinent, quæ jam suprà sunt exposita ad §.
3. tit. de testament. ordinand. num. 258. & seqq.
Non parva item de eo disceptatio est: an legitima 15
satis institutionis titulo relicta videatur, cùm testator
rem certam vel quantitatem simpliciter his verbis de-
dit: *Marco Filio meo fundum vel centum pro suâ legi-*
timâ relinquo? Negativam sententiam amplectuntur
Salicetus ad l. quoties. 13. C. de heredib. instituend. A-
lexand. ad l. nam quod. 14. §. non omnis. 5. ff. ad SC.
Trebellian. & consil. 70. lib. 2. & ibidem Carol. Molin.
in addit: Iason. in Auth novissima. n. 28. C. hoc tit. Co-
varr. in c. Raynutius. 16. §. 1 n. 6. de testament. hocq;
recitans Fachineus d. lib. 4. controvers. jur. c. 25. An-
gel. Perusin. in Auth. unde & si parens. in pr. C. hoc
tit. Ioan. ab Imol. & Andr. Barbat. in d. c. Raynutius.
Marsil. in suo notab. 159. Corutus in l. humanitatis. 9.
Cod. de impubor. & aliis substitut. Affirmativam
verò tuentur *Bartolus, Baldus, Fulgosius, Castrens.*
& Franc. Aretinus in d. auth. unde & si parens. C.
hoc tit. Cuman. in l. his verbis. 48. ff. de heredib. in-
stituend. Roman. in dict. l. nam quod. 14. §. non omnis,
ff. ad SC. Trebell. & alii, quos memorat Gilkenius in
d. auth. novissima. num. 40. ff. hoc tit. Quibus &
ego assentior propter sequentes potissimùm rationes.
Primò, quia *in d. c. Raynutius. 16. de testament.* pater
filiæ suæ rem certam simpliciter reliquit, nec tituli in-
stitutionis mentionem fecit: & tamen Pontifex illud
testamentum valere statuit. Ideoque satis significat:
verba illa, *filia mea relinquo*, institutionem importa-
re. Deinde quia in dubio illam amplecti sententiam 16
debemus, quæ pro confirmatione testamenti facit. *l.*
si pars judicantium. 10. ff. hoc t. Præterea verbum ge- 17
nerale & ambiguum in eâ accipiendum est significa-
tione, quam materia subjecta exigit, & quæ ad sub-
stantiam actûs necessaria est, *argu. l. ex conducto. 15. §.*
si uno anno. 4. ff. locati. Atqui verbum *relinquo* ambi-
guum & generale est, ita ut possit significatione suâ
tam heredis institutionem, quàm legatum compre-
hendere. Ergo in patris testamento, quo filio res cer-
ta relinquitur, ad heredis institutionem referendum
est. Siquidem patris testamentum ad sui substantiam
desiderat, ut filius heres instituatur, vel exheredetur,
per principium 1. supr. de exheredat. liberor. Censetur 18
igitur pater voluisse facere, quod de jure facere debet:
atque adeò filium istis verbis heredem instituere, *ar-*
gum. l. sciendum. 30. ff. de verb. obligat. & l. ult. C. de
necessar. serv. heredib. instit. ex quibus colligitur, quòd
solennitas intrinseca semper adhibita fuisse præsuma-
tur. Neque hanc decisionem infringit *d. Novell. 115.* 19
c. 3. ex quâ clarè constat, legitimam nullo alio, quàm
institutionis titulo relinqui posse. *Nam* hoc quidem
ibi disertè constitutum est: non posse filio relinqui
legi-

legitimam titulo particulari, videlicet legati aut fideicommissi; sed tantùm universali: quando autem, & quibus verbis filius institutus esse intelligatur ibidem non attingitur. Proinde non rectè ex illâ Novellâ colligunt dissentientes: filium, cui res certa reli-
20 cta est, institutum esse non censeri. Sanè si testator verbis communibus, quæ ad institutionem directam trahi possunt (qualia sunt verba, *perveniat, pertineat, habeat, permaneat, redeat, succedat, revertatur, devolvatur, accipiat, competat, &c.* de quibus Dominic. Cardinal. Tusch. *tom.8. practicar. conclusion. lit. V. conclus. 88.*) usus fuerit: perinde habendum est, ac si legitimam titulo institutionis reliquisset. Ita docent Petrus Frider. Mindan. *consultat. Saxon. lib. 3. quæst. 26. num. 8. & quæst. 27. num. 5.* Berlichius *d. part. 3. conclus. 15. n. 28. & seqq.* eosq; referens D. D. Martinus Rumelin. *part. 2 Pand. disp. 2. th. 15. sub lit. E.* Adde Justum Schütz. *exercitat. jur. disp. 10. th. 16. pag. 156.*

21 Etsi porrò legitimam ascendentibus quocunque titulo relinqui posse, atque adeò institutionis titulum non esse necessarium, opinetur *Bartolus in d. auth. novissima. n. 4. Cod. hoc tit.* contrarium tamen docent *Baldus in l. 1. Cod. de bonor. possess. contra tabul. liberti. Anton. Rubeus in tr. de querelâ inoffic. testam. cap. 2. n. 28. Paul. de Castro, Ludov. Roman. Salicetus, Iason. n. 37. & alii communiter in d. auth. novissima. C. hoc tit.* argumento dictæ Novellæ 115. *c. 3. juncto c. 4.* Cavetur in principio *dicti cap. 3.* filios à parentib. heredes instituendos esse, aut ex justâ causa exheredandos, etiamsi eis legitimam portionem legati titulo, vel alio modo reliquerint. Postea *in d. cap. 4. juncto fine capitis tertii*, hæc subjunguntur verba: *Et hæc quidem de parentum ordinavimus testamentis. Iustum autem perspeximus & econtrariò de liberorum testamentis hæc eadem cum aliquâ distinctione disponere.* Et mox disponitur: ut non liceat filiis parentes exheredare sine justâ causâ: sed heredes instituendos esse. Quamobrem illa verba hoc etiam in loco repetita videri debent, nempe: *Etiamsi eis legitimam portionem legati titulo, vel alio modo reliquerint.* Atque hanc eam clariorem esse, quàm ut longiori egeat disputatione, scribit Fachineus *d. lib. 4. controvers. jur. c. 30. in fine.* Idem, post alios, docuerunt Baltasar Tomasius, *in d. Decade Tractatuum. tract. 4. tit. 3. num. 108. 113. & 115. ut & tit. 8. num. 105.* Gratian. *discept. 448. num. 6. cum. seqq.* D. Besoldus & Bansovius *part. 5. consil. 197. num. 2. & Consil. 216. num. 7. & seq. fol. 63.*

22 Alterum, quod *in hoc §. sub fine.* de quartâ sive legitimâ affertur, est: unam tantùm, sive unus, sive plures sint liberi, esse dandam, eamque pro ratâ parte inter eos distribuendam. Intelligitur autem quarta totius hereditatis: ut, si unus est filius, & hereditas est quatuor millium, habebit mille: si sunt duo, item mille duntaxat habebunt, & singuli quingena: *quemadmodum declarat Giphanius hic in fine.* Vel, si unus sit filius: solus tres habebit uncias: si duo, singuli sescunciam, hoc est, unciam cum dimidiâ accipient: si tres, singulis uncia cedet: si quatuor, singuli tres sicilicos habebunt, *secundùm Tuningium & Hotomannum hic enunciat. 2.* Sed & hoc nonnihil jure novo mutatum est. Nam modus sive quantitas quartæ hodie est illa: ut, si quinque, vel plures sint liberi, detur semis hereditatis, id est, dimidia pars ejus, quod ab intestato fuerant habituri: si pauciores sint, præstetur triens, hoc est, tertia pars ejus, quod ab intestato accepturi essent. *d. Auth. novissima ibiq; gloss. Iason. Sichard. & alii Cod. hoc tit. Nov. 18 c. 1* Jurist. Wurtemb. erneuwert Landrecht *part. 3 tit. 14. §.* Es soll aber dieser Pflichttheil. *pag. 385. & monuimus suprà in § 2. hoc t. n. 5.* eoque pertinent versiculi, *quos glossa refert hic in verb. pro virili portione. & Schneidevvinus n. 8 quamvis paulo aliter. item Ioan. Petrus de Ferrariis, Papiens. in formâ libelli, quo petitur hereditas ex testamento, in verb. ac etiam realiter & actualiter mittatis. n. 24. nec non Vultejus in Consil. Marpurg. 29. num. 128. vol. 1. & Ioannes Walchius in decade fabular. humani generis, &c. fab. 5. in fine. pag. 72.*

Quatuor aut infrà dant natis jura trientem:
Semissem verò dant natis quinque, vel ultrà.
Arbitrium sequitur substantia cætera Patris.

Exemplum istius innovatæ quantitatis legitimæ tale 23
esto: Titius habet in bonis 12. millia flotenorum, & duos liberos. Hic legitima eorum erit triens, id est, quatuor millia florenorum: quæ summa æqualiter inter ipsos dividetur, ut ita singuli duo millia consequantur. Aliud exemplum, in quo plures sint liberi, quàm quatuor, tale ponatur: Sempronius in bonis habet 12. millia florenorum, & quinque liberos. Hic legitima eorum erit semis, id est, sex millia florenorum: ex quâ summâ inter liberos æqualiter divisâ unicuique obveniunt mille ducenti floreni. *Sed videatur Ioan. Borcholt. consil. 21. fol. 334. eumq; referens Cunradus Rittershusius in exposit. ad Novell. part. 6. cap. 4. num. 7.*

De illo hic quæri & disceptari solet: num sicuti le- 24
gitima filiorum suum augmentum recepit, idem etiam in legitimâ parte, quæ parentibus relinquenda est, probandum sit: ut scilicet quadrans in trientem (siquidem quoad semissem, frustrà quæritur: cùm tot parentes habere quis nequeat) sit commutatus? Et esse commutatum, non leves suadent rationes. Primò enim *in d. Novell 18. c. 1. in fin.* Justinianus generaliter ait, se augere portionem debitam in his omnibus, qui eâ non relictâ, de inofficioso testamento queri olim potuerunt. Atqui parentibus quadrantis nomine olim inofficiosi querelam non fuisse denegatam, palàm est. *l. 1. l. pater. 14. & l. seq ff. hoc tit §. 1. suprà eod.* Deinde huc confert, quòd *in prædicta Novell. 115. c. 3.* idem Justinianus suæ sanctionis hanc rationem reddit: *quia*, inquit, *sola est nostra serenitatis intentio, à parentibus & liberis injuriam præteritionis & exheredationis auferre.* Præterea statutum sive dispositum 25
in uno correlativorum, dispositum quoque censetur in altero. *l. fin. C. de indict. viduit. tollend. l. 1. C. de cupressis.* Cùm autem parentes & liberi sint correlativa: sequitur, quod in liberis statutum est, idem in parentibus constitutum esse. Ad hæc patronis debetur triens pro legitimâ. *§. sed nostra. 3. infr. de success. libert.* Ergo

parentibus quoque: præsertim cùm eorum petitio æquior, quàm patronorum, videatur. *l. nam etsi. 15. ff. hoc tit.* Deniq; licèt in successione prior sit causa filiorum, quàm parentum: attamen non minùs piè parentibus, quàm liberis relinquitur. *d. l. 15. in princ. ff. eod.* Atq; ita tenent *Accursius, Bartolus, Baldus, Castrensis, Salicetus, Iason, Sichardus, Fulgosius, Anton° Cucchus, eosq; referens Gilkenius n. 21. in d. auth. novissim. C. hoc tit. Petr. Anton. de Petra, de fideicommiss. c 15. n. 75. Cravetta consil. 110. n. 3. Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 20. n. 282. Forster. l. 2. disp. 13. th 24. Arumaeus Exercit. Iustin. 10. th. 26. Angel. Matthacius in tract. de legat. & fideicommiss. l. 4. c. 8. n. 9 Tomasius d. tract. 4. tit. 10. n. 5. & seqq fol. 362. Hunnius l 2. variar. resol. jur. civil. tract. 7. quæst. 9. & Hœnenius disp. 9. ad Institut. controvers. 15.* Quamvis in contrariū disputet *Iean. Vaudus lib. 1. quæst 50. & Claud. de Battandier. in tract. de legit. c. 4. n. 31.*

27 Nec nostram infringit sententiam, quòd titulus sive inscriptio *dictæ Nov. 18. c. 1.* de filiorum & nepotū successione sit conceptus; de parentib. verò nihil omnino adjiciat. *Nam* Justinianus *in d. c.* 1. principaliter quidem sibi de liberorum legitimâ tractare proposuit: sed tamen *in fine istius cap.* id, quod de liberis constituit, ad omnes generaliter & indistinctè personas, quæ olim habuerunt querelam inofficiosi, adeòque etiam ad parentes, extendit.

28 Nihil quoq; movet, quòd satis ridiculum sit, in parentibus vereri concursum, ut in liberis, facileq; inopiam atq; famem ex eo concursu emergentem, partibus imminutis hereditariis: hancq; rationem fecisse constitutioni locum, *ut ex præfatione istius Novellæ elucescit.* Nihil, *inquam*, hoc movet. Cur enim Imperator legitimam in liberorum personâ auxerit, ratio (præter illam superiùs *n. 19.* attractam) principalis hæc fuit: quòd iniquum visum fuerit, quartam totius substantiæ partem pluribus relinqui liberis, reliquum verò extraneis: atq; adeò extraneos locupletari: liberos autem in paupertate relinqui. *d. Novell. 18. in præfat.* Quam rationem etiam in parentibus locum sibi vindicare, nemo non intelligit. Et licèt talis tantusq; concursus in parentibus, ut in liberis, non sit formidand°: attamen & plures parentes concurrere posse, in confesso est, & liquidò patet *ex Novell. 118. cap. 2.*

29 Nihil præterea obstat *Novell 39. c. 1. in princ. & Nov. 92. in princ.* ubi liberis duntaxat legitimam esse servandam, eamq; auctam esse, non etiam parentum, deciditur. *Etenim* nihil inibi habetur, ex quo colligi queat, non parentum, sed filiorum tantùm legitimam portionem esse auctam. Quin potiùs, cùm Imperator *in principio dictæ Nov. 92.* sese referat *ad d. Nov. 18.* exinde evincitur, quòd & in illa *Nov. 92. (ut & in d. Nov. 39. c. 1.)* ipse non neget, portionē legitimam in parentū quoq; persona auctam esse. *Hun. d. l 2. tract. 7. quæst. 9.*

30 Infestior pugna de eo videtur: an in fratribus (quibus etiam legitima portio debetur, turpi personâ institutâ. *§. 1. suprà hoc titul. l. fratres. 27. C. eod.*) legitima in trientem, vel semissem, si plures, quàm quatuor sint fratres, sit conversa? Et conversā esse, asserunt *Alexander consil. 63. n. 3. lib. 2. Matthæ° de Afflict. decis. Neapolitan. 124. n. 3. & decis 204. n. 3. & ibidē Cesar Ursill. n. 4. Ioan. Andr. in c. si pater. de testam. in 6. Angel. Nov. de trient. & semiss. nu. 1 & alii, quos recenset Gilkenius in d. auth novissima. n. 23. C. hoc t.* Quibus adjiciendi sunt *Cujacius ad d. Novel. 18. Hieronymus Gabrielius cons. 126 Fachineus d. lib. 4. controv. jur. c. 28. Hunnius disp 10. thes. 25. & d. lib 2. quæst 14. p. 648. Alex. Trentacinq. lib. 1. var. resolut. tit. de legitima resolut. 3. n. 5. D. Rümelin. part. 2. disp. 2. th 16. lit. B. & Hœnon. d. disp. 9. controvers. 16.* Sed non desunt, qui contrariū longè verius esse, contendunt, *Gl. ess in d. auth. novissima. super verb. titulo. C. hoc tit. & ibidē Angel nu. 1. Salicet. n. 4. Anton. Cucchus n. 8. & Iason num. 36. Bald. in d. l. fratres. 27. n 9. C. hoc tit. Cagnolus in l. Papinianus. §. quarta. 9 ff. hoc titul. Rodericus Soarez. in repetit. l. quoniā. 32. C. eod Vasq d. lib. 2. de success. creat. §. 20. n. 213. Surd cons. 404. n. 5. Michael Graff. lib. 1 recept. sentent. § legitima. quæst. 10. Arumæus d. Exerc. Iustin. 10. thes. 21. Schegk in delibat. jur. disput. 11. thes. 30. lit. d Treutler. disput. 13. thes 13. lit. d. vol. 1. Wesenbecius hic num. 3. Angel. n. 6. Heigius n. 8. & Schneidevvinus num. 50* Moventur autem hisce potissimùm argumentis. I. Quia nusquam de fratribus cautum nominatim repetitur, quòd eorum legitima etiam, ut liberorum & parentum, hodie aucta sit. Proindeq; eam in veteri formâ stare meritò permittimus, *argu. l præcipimus. 32. §. ult. Cod. de appellat. & l. sancimus. 27. C. de testament.*

II. Quia fratribus non eâ, quâ liberis & parentibus, ratione legitima debetur: liberis sanè ex ratione naturali, & parentibus ex pietate. *l. nam etsi parentibus. 15. in pr. ff. hoc tit.* fratribus verò ex merâ juris civilis dispositione. III. Quia *in d. Novell. 18.* disertis verbis Imp. Justinianus proponit, se agere de triente & semisse filiorum & nepotum. Ergo si non plus in textu sive nigro *(ut Dd. loquuntur)* quàm in inscriptione seu rubro esse velimus: necessariò dicendum erit, legitimam fratrum auctam non esse. IV. Quia ratio *in d. Nov. 18. c. 1 circa finem* expressa, quare legitima hodie ad trientem vel semissem aucta sit, liberis tantum, non autem fratribus convenit. Ratio enim illic hæc assignatur: quòd natura priùs competentes curari debeat, quàm extraneis aliquid relinquatur. Hæc ratio non ad fratres, sed ad liberos solummodo accommodari potest: cùm natura liberos duntaxat, & non fratres, ad defuncti hereditatem vocet. *l. cùm ratio naturalis. 7. in princ. ff de bon. damnat. l. scripto. 7. in fin ff. si tab. test. nulla extab.* V. Quia si Imperator legitimam in fratribus augere voluisset; non utiq; subticuisset: sed suam *in d. Nov 18. vel alibi.* excussisset voluntatem, suique pectoris serinium reseraffet. Unde cùm nusquam id voce expresserit, nec literis nobis consignatum reliquerit: noluisse fratrum augere legitimam censendus est, *arg. l unic. § ult. Cod. de caduc. tollend.*

31

32

33 Nec hanc assertionem turbat, quòd *in d. Nov. 18. c. 1. in fin.* dicitur, in omnibus personis auctam esse legitimam, quibus olim querela inofficiosi competebat. Atqui fratribus inofficiosi querelam competiisse, patet *ex d. l. fratres. 27. C. hoc. t.* Nam respondetur, fratres non ipso jure, sed per accidens, ut putà turpi personâ institutâ, querelam habere. Ast Imperator *in d. Nov. 18.* de

18. de iis agit personis, quæ ipso jure querelam habe-
bant: ut sunt parentes, filii, nepotes, & similes. *A-
rum. d. exercit. 10 thes. 21. in fin.*
34 Ab hoc loco non aliena & illa est quæstio: num fi-
lius ritè exhæredatus in numero filiorum sit censen-
dus quoad legitimam augendam (*putà* si pater ex
quinque filiis unum rite exheredaverit: isque exhe-
redatus in numero filiorum sit habendus: legitima
erit semis: si minùs, legitima erit triens) vel eandem
diminuendam? *Exempli gratiâ*: si habens duos filios,
unum ritè exheredaverit: exheredato quidem filiis
annumerato, alterius filii legitima erit triens dimidiæ
hereditatis: non verò annumerato, legitima erit tri-
35 ens totius hereditatis. Cæterùm ad hanc quæstionem
plerique respondent: quòd filius legitimè exhereda-
tus, neque ad augendam, neque minuendam legitimæ
portionem, in filiorum numero computetur, sed per
inde sit, ac si omnino in rerum naturâ non existeret:
propterea quòd is, qui solenniter, & ita exheredatus
est, ut ipsi omnis ad hereditatem paternam perveni-
endi spes adempta sit, pro mortuo habeatur §. *sed no-
stra 3. vers. sin autem sine liberis. ibi, cùm nullos liberos
haberent, vel habentes eos exheredaverint infr. de suc-
cess. libert. l. 1. § si pater. 4. ibiq. Bartol n. 2 ff. de conju-
gend. cum emancipat. liber. Bald. in auth. novissima.
num. 6. C de inoffic. testam. Gail. lib. 2. obs. 122. num. 18.
Fachineus lib. 4. controvers. jur. c. 31. Nicol. Boër. decis.
104 n. 5. & seqq. Alexand. Trentacinq. d. lib. 1. var. re-
sol. 1. de legitimâ. resolut. 3. num 9. & 10. Rümelin. d.
disp 2 th. 17. Dominic. Card. Tusch tom. 5. practic. con-
clus. lit. L concl. 208. & 209. aliiq. complures, quos re-
censet & sequitur Berlichius d. part. 3. conclus. practi-
cabil. conclus. 12 n. 9. & subseqq.*
36 Ingens quoque Doctorum conflictus est: utrùm
legitima liberorum statuto vel consuetudine prorsus
37 tolli, aut saltem minui possit? Quidam enim putant, il-
lam statuto non solùm minui, sed etiam in totum tolli
posse. *Alexand. consil 75. n. 11. vol. 1 Dynus in c indul-
tum. 17. de reg. jur. in 6 num. 17 & aliquot seqq. Cynus
in l. sancimus. 24. n. 6. & 10 C. de nupt. Paul. de Castr.
in auth novissima. C. hoc t. n 1. in fin. Bar. in l. Titio cen-
tum. 71 §. Titio genero. 3. n. 6. ff. de condit. & demonst.
Panormitan. consil. 56. incip. primò est videndum n 19.
vol. 1. Curt. jun. consil. 10 n. 7. Oldrad. cons 107. n. 2. &
3. Signorol. consil 37. per totum. Albert. Brun. in tract.
de statut artic. 1. n. 19. Decius consil. 525. num. 5. Natta
consil. 308. numer. 5. vol. 1 Calcan. consil. 37. n. 2 Petr.
Frider. Mindan. consultat Saxon. lib. 1. q 123. num. 32.
Cephal. consi. 278. num. 48. vol. 2. ubi hanc opinionem*
38 *communem dicit.* Alii contra existimant, legitimam
statuto vel lege municipali minui quidem posse, sed
non omnino tolli. *Socin. cons. 30. & consil. 150. num. 3.
vol. 1. Iason. in auth. novissima. num. 56. C. hoc t. Zaba-
rel. in Clement. 2. n 15. de re judic. Boër. decis. 188. num.
6. part. 1. & decis 204. num 12 part. 2. Giphan. ad l. si
quando 32. C. de inoffic. testam. Rittershus. in exposit.
Novellar. part. 6. c. 4. n 25. Ambros. Schuter. in tract. de
success. ab intest. tit. 8. circa med. Berlich. practicab.
conclus. p. 3. concl. 18. num. 20. Dn. Rümelin. part. 2.
Pand. disp. 2. th. 27. & seq. Cornetus cons. 123. num.
7. vol. 3. Cagnol. in l. jura sanguinis. 8. num. 100. ff. de
regul. jur. Schurff. cons. 96. num. 11. cent. 1. & consil.
36. n 4. centur. 2. Covarruv. in 4. lib. Decret. part. 2. c.
8 §. 6. n. 5. Fachin. lib. 4. controvers jur. c 32. Arumaus
Exercit. Iustin. 10. thes. 19. & pulchrè Andreas Gail.
lib. 2. observ. 122 n. 11.* ubi hanc sententiam non mo-
dò æquiorem, veriorem, magisque communem esse,
pronunciat: sed eandem supremum Cameræ Impe-
rialis tribunal multoties judicando secutum esse, testa-
tur. Idem *post alios*, adstruit Mynsinger *centur. 5. ob-
servat. 43. & decad. 1. respons. 10 num. 43. & sequen-
tib.* Quòd verò minui legitima aliquâ ex parte possit,
operosâ probatione non indiget: cùm ex suprà di-
ctis manifestum evadat, olim aliam, quàm hodie est,
quantitatem illius fuisse: & quoram sive quantitatem
legitimæ à jure civili esse introductam, *prædictâ Nov.
18. c. 1. d. auth. novissima. C. hoc t.* & consequenter re-
ctè alio jure vel consuetudine augeri vel minui posse.
§. sed natural 11. supr. de jur. nat gent. & civili. Et qui-
dem non solùm in quantitate minui potest legitima, 39
sed etiam in tempore, ut ante certum aliquod tempus
non exigatur. *Bartol. in l. Titio centum. 71. §. ult. ff. de
condit. & demonstrat. n. 6. Gail. lib. 2. obs 122. n. 11. cir-
ca finem. Anton Natta consil. 308. num. 7. Iason. in l.
si pater. 4. C. de institutionib. & substitut. numer. 21.
vers. sicut ergo statutum. &c. Berlich. d. part. 3. con-
clus. 18. num.* 24. Si tamen ita minueretur legitima, ut
ad filiorum sustentationem non sufficeret: statutum
illud ceu iniquum & irrationabile admittendum non
esse, tradit Fachineus *lib. 4. controvers jur. c. 32 vers.
ita tamen. &c.* quem refert & sequitur D. Rümelin.
d. disp. 2. th. 28. sub fine. Cæterùm quòd in totum tol-
li nequeat, hisce rationibus confirmatur. I. Quod ju- 40
re naturali debetur, jure civili prorsus tolli non potest.
*d §. sed naturalia. 11 supr d. titul. l. jus civile. 6. in pr.
ff. de just & jur.* Sed legitima jure naturali filiis debe-
tur. *d. l cùm ratio. 7. in pr ff de bon. damnat. d. l. scri-
pto. 7 in fin ff. si tabul. testament. null. ex tab. l. scimus.
36. §. illud. 2. ibi, ne filius defraudetur debito naturali.
C. hoc t. Nov. 1. in præfat. §. 2. ibi, tanquam hoc secun-
dùm ipsam naturam eis debeatur, &c.* Ergo statuto si-
ve jure civili tolli non poterit. II. Surrogatum sapit & 41
sortitur naturam ejus, cujus in locum surrogatur *l. si
eum. 10. §. qui injuriarum. ff. si quis cautionib. in ju-
dic. sist. caus fact l. si judex. 32. & l. mortuo. 66. ff.
de judic. l. si donata 36. §. 1. ff. de donat. inter vir. &
ux. l. filia. 28 §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* Atqui
legitimam alimentis surrogari, constat ex *d. Novell.
18. cap. 3. vers unde enim, &c. Regner. Sixtin. consil.
2. numer. 28. vol. 3. inter consil. Marpurg.* Alimen- 42
torum autem petitio nullo jure tolli potest: cùm ju-
re naturali debeantur. *l. 1. §. jus naturale. 3. ff. de just. &
jur. initio t supr. de jur. nat. gent & civ. l fin. & tot tit.
Cod. de alend liber.* Ergo nec petitio legitimæ tolli
poterit. III. Jura sanguinis, utpote immutabilia, nullo 43
jure civili dirimi possunt. *d. l. jura sanguinis. 8. ff. de re-
gul. jur.* Ergo nec legitima, quæ jure sanguinis debe-
tur, tolli potest. IV. Indultum à jure beneficium non 44
est alicui auferendum. *d. l. indultum 17. de regul. jur. in
6.* At legitima liberis est indulta non solùm à jure
civili,

civili l. lege duodecim tabularum. 14. Cod. de legitimis
heredib. d. Novell. 1. in præfat. §. 2 ibi, necessitatem impo-
nit lex, &c. verùm etiam à jure naturali. d l. cùm ratio.
7. ff. de bon. damnat. & d. l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul.
testam. null. ex tab. Ergo liberis auferri nequit.
45 Haec sententiam non infringit, quòd legitima lege,
adeòque jure civili tantùm debeatur. d. l. lege. 12. tabu-
larum. 14. C. de legitimis liber. d. Nov. 1 in præfat. §. 2.
ac proinde contrariâ lege omnino tolli possit. l. de qui
bus. 32. in fine. ff. de legib. l. nihil tam naturale. 35. ff. de
reg. jur. Nam lex civilis imponit quidem necessitatem
parentibus relinquendi legitimam. d. l. lege 14. C. de le
git. heredib. & similib. sed ex eo non protinus conse-
quens est, eam juris civilis esse. Siquidem lex civilis et-
iam imponit necessitatem implendi contractus: non
tamen inde sequitur, contractus esse juris civilis. l. ex
hoc jure gentium. 5. ff. de justit. & jur. Jure igitur na-
turæ legitima debetur quidem: verùm hac in re lex
civilis remediis & actionibus jus naturale adjuvat, ut
id ad effectum commodiùs perducatur.
46 Sic quoque non obstat hoc argumentum: omnia
remedia juris, quibus legitima petitur, vel ad eam per-
venitur, à jure civili introducta sunt; ut putà querela
inofficiosi testamenti, petitio hereditatis, actio ad sup-
plementum. Atqui illa remedia statuto haud dubiè
47 tolli possunt: Ergo & ipsa legitima; per rationem,
quòd sublato medio, sine quo ad extremum perveniri
non potest, & ipsum extremum sublatum censeatur,
arg. l. scimus. 36. § fin. C. hoc tit. Sublatâ itaque quere-
lâ, per quam pervenitur ad petitionem hereditatis, &
ipsa petitio sublata intelligitur. Eodem modo sublata
petitione hereditatis, tanquam medio; ad ipsam legi-
timam, utpote extremum, perveniri non potest. Hoc,
inquam, argumentũ non obstat. Quamvis enim præ-
dicta civilia remedia statuto tolli queant: attamen
ipsâ naturâ movemur, ut liberis nostris legitimã re-
linquamus. d. Novell. 18. cap. 1. vers. licebit enim, &c. d.
l. cùm ratio 7. ff. de bon. damnator. cum similibus præ-
allegatis. Ideoq; cùm hic ipsa natura actrix & rectrix
existat: ad brocardicum istud non male respondetur,
illud procedere, cùm nullâ aliâ ratione ad extremum
perveniri potest, arg l. quòd si minor. 24 §. fin ff. de mi-
norib. 25. annis.
48 Similiter non adversatur; quòd per solennem & ju-
stam exheredationẽ legitima tollatur. Siquidem filios
solenniter & legitimè exheredatus, pro mortuo habe-
tur, atque adeò in numero liberorum non computa-
tus, arg l. 1. §. filium 8 l. si post mortem. 10. §. liberi 4.
cum § seq. ff. de bonor. poss. contr. tabul. & similiũ alle-
gatarum suprà nu. 35. & propterea nihil ei adimitur:
49 cum nihil eidem debeatur. Unde cessat hic ratio natu-
ralis, ob rationem naturalem contrariam fortiorem,
quæ habet: quòd delicta impunita manere non de-
beant. l. ita vulneratus. 51. §. æstimatio vers. cùm neq;
impunita. ff. ad leg. Aquil. l. Stichum 95. § 1. vers. sanè.
ff de solutionib. l si à reo. 70 § ult. ff de fidejussorib. A-
rumaus d. Exercit Inst. 10. th. 19. circa finem.
50 Dubio non caret & illa disquisitio: num idem de
legitimâ parentum dicendum sit, ut minui quidem,
non verò in totum tolli queat? Et licèt pleriq; Docto-
res opinentur, legitimam parentũ statuto vel consue-
tudine in totũ tolli posse. Bald. in l. 1. §. jus naturale 3.
in 1. lect. ff de justit. & jur. nũ 22. & seq. Albert. Brun.
in tract. de statut. art. 1. num. 15. & seq. Alciat. in tract.
de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 8. num. 3. & seq. Vultejus
hic num. 2. vers. ut mirum non sit, &c. Gail. l. 2. obser-
vat. 122 num. 16. vers. an antẽ matrum, &c. attamen
veriùs statuitur, illam minui quidem, non autẽ omni-
no tolli posse. Tum quia secundùm naturam parenti- 51
bus non minus, ac liberis, legitima debetur. Nov 1. in
præfat. §. 2. ibi, patribus atq; matribus. c. 1. in fine. ibi, li-
cèt autem filius testamento suo matrem portione jure
naturæ debitâ privare non possit. de testam. in 6. Tum 52
quia etiam parentibus naturali jure & ratione alimen-
ta (in quorum locum legitimam surrogatam esse, jam
dictum est suprà num. 41) à liberis præstanda sunt. l. si
quis à liberis. 5. §. parens. 16. ff. de agnoscend. & alend.
liber. Didac. Covarruv. in tract. de matrim. part. 2. c.
8. § de alimentis, &c. 6 num. 3. in med. Mynsinger. cent.
6. observat. 44. num. 3. Bens. ad l. 1 ff de jurejur. num.
176. Harim. Hartmanni ab Eppingen lib 2. practic. ob-
servat. tit. 43. de successionib. observat. 6. n. 1. Berlich.
d. part. 3. conclus 18 num. 26. D. Besold. & Ioach. Wibel.
d. part. 5. Consil. 216. à n. 1. & seqq. Enimverò fratrum 53
legitimam non solùm minui, sed etiam in totum tolli
posse, non absq; ratione quidam autumant. Cum enim
hæc legitima ex merâ dispositione juris civilis debea-
tur. l. fratres. 27. C. hoc t. non dubitandum est, quin
contrario jure civili tolli possit. §. penult. supr. de jure
natur. gent. & civ. Berlich d. conclusio. 18 num. 30. D.
Rümelin. d. part. 2. Pand disputat. 2. th. 30. Nec obstat 54
Novell. 1. in præfat. §. 2. ibi, interdum verò etiam fra-
tribus. &c. ubi fratrum legitima ex jure naturæ de-
scendere videtur. Nam ibi nequaquam dicitur, quòd
fratrum legitima ex jure naturæ descendat: sed quòd
lex interdum necessitatem imponat, aliquid fratribus
relinquendi, scilicet si turpis persona fuerit instituta:
non quòd tunc secundùm naturã iis aliquid debeatur:
sed quòd constitutiones hoc voluerint, juxta. §. 1. su-
prà hoc tit. l. fratris. 21 & l. fratres 27 C. eod. Idq; evi-
dentiùs apparet ex textu Græco dicta Novell. 1. Καὶ ἐ-
νίοτε ἀδελφοῖς, subintellige, ὁ νόμος ἀναγκάζει ἐπιτιθέναι
ἀπονέμειν τινὰ μοῖραν. Quanquam aliter sentiant Hu-
nius in resolut. disputat. Treutler. 13 quæst. 28 pag. 995.
& ibidem Bachovius pag. 537. Porrò illud omni dubio 55
carere videtur: quòd legitima liberis per confiscatio-
nem bonorum paternorum neutiquam adimatur; sed
potiùs illa integra & sarta tecta conservetur. Tum quia 56
legitima est æs alienum, ad quod exsolvendum pater
liberis jure naturæ obligatus est. d. Novell. 1. in præfat.
§. 2. ibi. secundùm ipsam naturam eis debeatur, &c. At 57
verò communis Doctorũ sententia est, quòd fiscus nõ
præferatur creditori, nisi ex delicto obligatũ habuerit
condemnatũ, teste Julio Claro l. 165. sent. § fin. q 78 n.
31. Tum quia aliàs ob delictum paternũ filius punire- 58
tur, & iniquitatem patris portare cogeretur, contra l.
crimen. 26. ff. de pœnis. & l. sancimus 22. C eod. Tum 59
deniq; quia hodie expressè sancitum est: descendenti-
bus

bus conservari bona parentum, ad capitale supplicium damnatorum. *Auth. bona damnatorum. C. de bon. proscript. seu damnator.* & *Novella.* 134. *cap. ult. Hunn. in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 31. th. 7. quæst. 63 pag. 464.*

60. Illud quoque satis exploratum, legitimæque proprium adjunctum est: quòd ea ab omni onere & gravamine soluta atque libera esse debeat: neque diem, conditionem, modum, aliàve obstacula admittat. *l. Papinianus. 8. § quarta. 9. ff. hoc titul. l. omnimodo. 30. in princ. l. quoniam. 32.* & *l. scimus. 36. circa princ.* & *§ 1. C. eod. Graff. lib. 1. rec. sent. §. legitima. quæst. 38 Gometz. tom. 1. var. resolut c 11. n. 27.* & *seqq. Nicol. Boer. decis. 87. num. 1. cum seqq. Dominic. Cardin. Tusch tom 5. practic. conclusion. lit. L. conclus. 187. n. 1.* & *seq. D. Befeld d. part 5. consil. 197. num 38.* & *seq. ubi plures citat.* Ejusque ratio est perspicua: quia isthæc portio legis potius est sive juris provisio, quàm hominis vel testatoris, *arg. d. l. cùm ratio. 7. in princip. ff. de bon damnator.* Ideòque quem testator non

61. honorat: eum quoque non gravare poterit, *arg. l. 1. §. sciendum. 6. ff. de legat. 3.* & *l. ab eo. 9. C. de fidei commiss. Gail. lib. 2. observ. 119. n. 2* & *3. Hieron. de Cevallos in specul. aur. opinion. commun. contra communes, quæst. 68. n. 2. quæst 665. n 4.* & *quæst 711. n. 3.*

62. Illud autem non intelligendum est de istis oneribus, quæ jam anteà bonis patris imposita fuerunt: putà si onere & ære alieno bona testatoris sunt gravata: siquidem hæc & similia onera rectè transeunt cum legitimâ ad filium, vel priùs deducuntur, quàm filio legitima solvitur: sed intelligendum est de onere conditionis, dilationis, & simili gravamine, à testatore in odium filii imposito bonis illis, quæ filio loco legitimæ debent assignari. *d. l. quoniam. 32. ubi Bartol. Bald. Iason, Castrens. Salicet.* & *Dd. communiter. C. hoc tit. Dominic. Tuschus d. tom. 5. practicar. conclusion. lit. L.*

63. *conclus. 187. num. 2.* Unde ne quidem prædium, quod rixosum & molestum vicinum habet, loco legitimæ assignari posse videtur. *Francis. Zoannett. in tract. de empt. vendit. sub pact. retrovendit. num. 90. vers. quare cù filio debeatur legitima de bonis patris.* & *versic. seq. eumq. laudans D. Riimelin part. 2. Pand. disp. 2. th 24. sub lit. B.* Si tamen onus, vel aliquod gravamen legitimæ appositum fuerit: per hoc testamentum non efficitur nullum, nec querelæ inofficiosi testamenti subjicitur: sed gravamen appositum removetur, & habetur, ac si non fuisset adjectum. *d. l. quoniam 32. C. hoc t. Dominic. Tusch. d. conclus. 187. n. 35 Alexand. cons. 89. n. 12.* & *seq lib. 4. Michael Graff. in §. legitima. quæst. 28. num. ult. Paris. consil. 95. n. 14.* & *seq. lib. 3. Socin. Iun. consil. 50. n. 15. lib. 4 hosq. referens Berlichius lib. 3. conclusion. practicabil. concl. 14. n. 5.*

64. Expeditum est & illud: legitimam post mortem demum testatoris esse petendam: cùm non debeatur, nisi mortuo eo, de cujus hereditate ac successione agitur. *arg. l. 1 §. si impubere. 21. in fine. ff. de collat. bonor. l. cum quæritur. 6. C. hoc t. Vivius lib. 1. commun. opin. 199. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. L. n. 67. Mynsinger. cent. 4 observ. 25. Graffius in d. § legitima. quæst. 12 Hœnon. disput. 9. ad Institut. controvers. 14.*

ubi plura alia, ad hanc legitima materiam pertinentia, exponit. Verùm enim verò si cui non tota & ple- 65.
na legitima in testamento relicta sit: ejus supplementum petere potest, vel judicio familiæ ereiscundæ, vel petitione hereditatis. *Cravett. consil. 312. num. 4. Fabianus de Monte in auth. novissima. C. de inoffic. test. quæst. 5. n. 55. Anton. Natta consi. 166. n. 5.* & *seq. Bachovius in not. ad Treutler. pag. 541.* & *seq.* Hujusque 66.
ratio hæc reddi solet: quia legitima non est bonorum (ut quidem multi opinantur, *Socinus junior consil. 25. numer. 10. lib. 1. Gozadin. consil. 43 n. 17. Curtius senior consil. 13. in fin. Menoch. in tract. adipiscend. poss. remed 4. num. 162. Gail. lib. 2. observat. 120. num. 2. Francis. Mantica de conject. ult. volunt. lib. 7. tit 8. n. 5.* & *alii, quos refert Gilkenius in d. auth. novissima. numer. 7. Cod. hoc tit. Kellebentz. tract. de renunciat. quæst. 33 n. 34. Cothman resp 51. n. 175. Dominic. Cardin Tusch. d. tom. 5 practic. conclusion. lit. L. conclus. 181 n. 30.* & *seq. Ioan. Baptista Costor. tom. 2. tractat. de ratione rata præmiss. 8. num 9. Berlich. d. part. 3. conclus. 11. num 3* & *Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civil. tract. 7. quæst. 7.* & *11. pag. 649.*) sed hereditatis portio sive quota, *argument. Nov. 115. c. 3. l. 2. §. 1. ff. famil. ercisc.* & *l. ex facto. 35. in pr. ff. de heredib. instit.* ubi etiã ii, qui in re certâ institutus est, dicitur habere quotam hereditatis. Et ita sentiunt *Cynus, Baldus, Salicetus, Fulgosius, Alexander, Decius,* & *cæteri in l. heres instituta. 3. C. de impuber.* & *aliis substitut. Chiflet. in tractat de port legit. cap. 12 Fachineus libr. 4. controvers. jur. cap. 65.* & *libr. 12. cap. 4. Schard. in Lex. jur. verb. legitima.* & Udalricus Zasius *in §. actionum. 28. num. 79. infr. de actionib.* ubi ait, hanc opinionem esse verissimã; contrariam verò totam erroneam, nec in practicâ observari. Vide eà de re distinguentem Bachovium *in tract. de actionib. disputat. 2. th. 17. sub lit. A. pag. 44.* & *seq.* Vide item Gerberum Dieterichs. *in tract. seu disp. de actionib. th. 19. lit. B.* Sanè ad peten- 67.
dum supplementum legitimæ, neque petitionem hereditatis, neq; actionem familiæ ercisundæ, sed condictionem *ex l. omnimodo. 30. C. hoc t.* competere, pluribus Dd. auctoritatibus probat Berlichius *d part. 3. conclus. 13. n. 29.* Adde D. Martam, *tom. 5. digestorum novissimorum. tit. Legitima. cap. 14. cum seqq fol. 70.* Cæterùm dubia in diversas partes à Doctoribus disputata hic surgit quæstio: utrum actio, filio, vel alii ad supplementum legitimæ competens, adversus solum heredem, an verò conjunctim contra heredem & legatarios, pro ratâ, sit intentanda? Sunt multi, qui statuunt: quòd ad supplementum legitimæ solus heres ante legatarios conveniri debeat: detractâ tamen Falcidiâ jure institutionis heredi debitâ: ita ut, si hereditas est opulenta, & salvâ Falcidiâ tota legitima ex eâ suppleri possit, solus heres ad legitimam supplendam teneatur; si verò hereditas non est opulenta; & si ex eâ suppleri integra legitima deberet, Falcidia heredi diminueretur, heres ampliùs non teneatur, sed Falcidiam suam retineat salvam, & quod supplemento legitimæ deest, à legatariis addatur & suppleatur. Ita in terminis tenent. *Nicol. Boer decis. 145 numer. 3.* & *seqq. Angel. in l. Papinianus. 8. §. si conditioni.*

tioni.10.ff. hoc tit.col.2.& 3. Alexand. consil.154.n. 14.lib.7.Iason.in l.scimus.36.C.hoc tit.num.7 .sub fin Paul.de Monte Pico in l.in quartam. 91.ff. ad leg. Falcid.col.96.vers.decimò quarit &c. Salicet.in d. l. omnimodo. 30.n.5. C.hoc tit.Gail.d.lib.2.obs.120. n. 13.& seqq. Verùm alii,& quidem rectiùs, tradunt: quòd filius indistinctè, sive legata legatariis exoluta consistant in corporibus hereditatis, sive in quantitate in genere, conjunctim tam à legatariis quàm ab heredibus,pro ratâ,supplementum legitimæ petere

68. & consequi possit. Tum quia legitimæ defectus ex substantiâ patris (in quâ utique & legata esse censentur)suppleri debet. *d.l.scimus.36.post princip. vers. repletionem. C.hoc tit.* Tum quia filius pro supple-

69. mento legitimæ tacitam hypothecam habet in omnibus bonis patris. *Dominic. Cardin. Tusch. tom. 5.practic.conclus lit.L.conclus 192.num.12.cum seqq. & conclus.139.numer.24.* Quando autem bona hypothecata ad plures perveniunt: non unus in solidum,sed singuli pro ratâ conveniri haud dubiè possunt. Huc; conferunt textus aperti *in l.si ex patronis.10.& l.libertus sub conditione.20.§ 2.& 3.ff. de bon.libertor.* Et ita concludunt *Bartol.in .d. l. in quartam. 91.ff.ad leg. Falcid.num.13.& consil.34. numer. 4.lib.1.Rolandin. Passager.in tract. de testament. & ult.velunt.rubr. 17.n.33.hocq; laudans Berlichius d. part.3. conclus. 13.n. 13. & novissimè D.D. Rümelin.d.part.2. Pandect. disput. 2.th.20.*

90. Huic sententiæ non adversatur textus *in d. Novel.115 c.5.in princ. vers.quicquid autem minus &c.* ubi expressum est, quòd supplementum legitimæ ab heredibus fieri debeat. Nam textus ille non simpliciter dicit,quòd supplementum legitimæ fieri debeat ab heredibus: sed addit, *secundùm nostras alias leges.* Aliæ autem leges,quæ de hoc supplemento loquuntur, apertè volunt, quòd tam ab heredibus, quàm à legatariis pro ratâ suppleri legitima debeat. *d. l. si ex patronis 10.& d. l. libertus. 20. §. 2. & seq. ff. de bon. libertor. cum similibus.*

71. Similiter non obstat; quòd, si filius à legatariis pro ratâ supplementum petere deberet, plures libellos componere,& contra unumquemque legatarium offerre cogeretur; & per hoc quasi onere quodam gravaretur, *contra d.l.omnimodo. 30. in princ. ibi, sine ullo gravamine, &c. Cod. hoc tit.* Etenim onus istud quodammodo ipsius filii culpâ contingeret: quoniam sibi imputare deberet,quod supplementum non statim petierit, antequam legata exolverentur, & legatarii relicta apprehenderent. Onus autem, quod quis suâ culpâ sentit, sentire non videtur.*l.quod quis. 203. ff de reg.juris.*

72. Nihil præterea urget,quòd filius ratione legitimæ,& ejus supplementi,dicatur creditor bonorum paternorum, *per notata Menochii lib. 3.præsumpt.29. numer.104.* Creditor verò legatarios convenire nequeat: sed rectâ contra heredes agere teneatur. *l. ult. C. de hereditariis actionib.* Respondetur enim: hoc exaudiendum duntaxat esse de eo, qui verè & propriè creditor dicitur. Filius autem ratione legitimæ non verè,sed impropriè creditor esse censetur. *Iason. consil.181. numer. 2.& seq. vol. 2. Menoch. lib.4.præsumpt. 109. numer. 13. cum seq. & lib. 2. arbitr. judic. quæstion. cent.2. cas.163. numer.18. eosque referens Berlichius d. conclus.13. numer. 14.* Illud sanè certum ac indubitatum est: si præter Falcidiam,quam heres sibi salvam retinebit, nihil in hereditate supersit: solos legatarios ad legitimæ supplementum conferre teneri, *argum.l. lineam margaritarum. 26. ff. ad leg. Falcid. l. heres. 21. ff. ad senatuscons. Trebell & notat Berlichius d. conclus. 13.num. 15.* 73.

Sed quid, si pater plures habens filios, unum, ex illis in minore portione, quàm legitima est, instituerit, & nepotes ex eo cum cæteris filiis suis heredes scripserit: num in minore portione institutus supplementum petere poterit ex universa hereditate, an verò tantùm ex illâ portione, in quâ nepotes instituti sunt? Ad resolutionem hujus quæstionis ita distinguitur: *Aut* nepotes simpliciter & absolutè in certâ quâdam re sunt heredes instituti, non expresso, quòd in eâ portione, quæ aliàs ad eorum patrem pertineret, succedere debeant. *Aut* non simpliciter, sed eâ in parte & quantitate sunt instituti heredes in quâ aliàs eorum pater,si non in minore parte scriptus esset, successurus fuisset. *Priori* casu supplementum legitimæ ex universa substantiâ & hereditate fieri debet: ita ut ad illud conjunctim tam alii fratres, quàm nepotes, contribuere teneantur, *per textum in d.l. scimus. 36. in pr. vers. repletionem. C. hoc t.* ubi generaliter dicitur, quòd defectus legitimæ ex universa testatoris substantiâ suppleri debeat: nec distinguitur, an heredes instituti sint filii, an verò nepotes: an primi, an secundi, vel ulterioris gradûs: an æqualiter, an verò inæqualiter instituti. *Posteriori* casu, ubi nepotes in locum patris vel matris sunt heredes instituti; supplementum ex solâ portione nepotum erit detrahendum; & alii filii ad illud contribuendum non coguntur. Tum quòd pater tales portiones faciendo, unicuiq; filio, & ejus liberis & nepotibus, suam portionem salvam conservare & assignare videtur. Tum 75 quòd surrogatus & substitutus in alicujus locum, ad omnia illa onera & gravamina obligatus intelligitur, quæ ex illâ portione, in quâ quis substitutus & surrogatus est, præstanda sunt. *Dominic. Card. Tusch. tom. 7. conclusion. practic. lit. S. conclus. 816. num. 1.Berlichius. d. part.3. conclus. 13. num. 22. & seqq. D. Rümelin. d. part. 2 Pand. disp. 2.th. 21.* Porrò filium exclusum, & in minore portione, quàm legitima est, institutũ, ex illâ ipsa portione, ejusq; supplemento, quæ sibi ab intestato debetur, & non ex reliquorum filiorum parte supplementum petere debere, constat *ex auth. novissima. C. hoc tit. & Novell. 18. c. 1. §. 1.* Atque ita Scabinos Lipsenses in puncto Leuterationis circa Mensem Iulium Anno 1613.pronunciasse, testatur Berlichius *d. quæst.13. num. 24.* Cæterùm de legitimâ plura, observatu perdigna, tradidit Iacobus Cancerius *part. 1. variar. resolut. Iuris. cap. 3. per totum & Balthasar. Tomasius tract. 4. tit. 11, fol.363. & seqq.*

DE HEREDUM QUALITA- TE ET DIFFERENTIA,

TITULUS XIX.

Principium Tit. cum §. 1.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.

§. 1. Necessarius heres est servus heres institutus. Ideoq́ sic appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent: solent servum suum primo, aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potiùs ejus heredis bona, quàm ipsius testatoris à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo, illud ei commodum præstatur: ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus: iterum tamen ex eâ causa res ejus, quasi sibi adquisierit, non veneunt.

SUMMARIA.

1 *Continuatio & œconomia hujus tituli.*
2 *Heres unde, & propriè quis, & quotuplex.*
3 *Necessarii heredes qui sint.*
4 *Potestas dominica olim jus vita necisq; in servos tribuebat.*
5 *Quod commodum consequatur servus, qui cogitur esse heres.*
6 *Libertas inæstimabilis, omnibusq; rebus præstantior.*

EXpositis hactenus testamentorum virtutibus ac vitiis: consequens est, ut tandem de adeundà hereditate, velut fine & effectu eorundem, tractetur.
1. Quia verò eâ de re nihil definiri potest, nisi cognitâ heredum qualitate & differentià: idcirco hoc titulo primùm de heredum differentiis & qualitate; tum aditione sive acquisitione hereditatis sermo instituitur.
2. Heres (ab hero, id est, domino dictus, *arg. §. ultimi. vers. pro herede. infr. hoc tit. & l. item Mela 9. §. legis autem. 6. ff. ad leg. Aquil. Paul. Æmilius Gallus in tr. de except. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. a. tit. 8. except. 1. num 5. & 6. fol. 147.*) propriè est, qui vel ex testamento, vel ab intestato in universum jus defuncti succedit. *l. quadam. 9. §. 1. ff. de edend. l. heres in omne. 37. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. heredem 59. ff. de reg. jur.* Unde heres quidam legitimus dicitur, quidam testamentarius: uterque est ex lege; sed hic ex lege mediante testamento, secundùm legis præscriptum facto: ille immediatè, absque ullo hominis facto, *ut docet Vultejus hic n. 1. & explicabitur infr. ad princip. tit. de hereditat. quæ ab intest. defer. n. 5.* Cæterùm hoc loco trimembris heredum di- 3.
visio affertur, quà heredes vel necessarii sunt, vel sui & necessarii, vel extranei. Necessarii heredes sunt servi, à domino heredes instituti: qui non habent arbitrium repudiandæ hereditatis: sed velint, nolint, heredes esse coguntur: simulque libertatem eo ipso, quòd instituti sunt, directâ consequuntur, *hoc §. 1. & §. servus autem. 1. supr. de heredib. instit. § 2. supr. quib. ex caus. manum. non lic. l. sed si 6. §. ult. ff. de heredib. instit. l. necessarius. 57. §. ult. & l. seq. ff. de acq. vel omit. heredit. l. 1. l. quidam. 5. in pr. vers. cùm igitur. C. de necess. servis heredib instituend. §. sed & servus. 1. supr. qui testament. tut. dar. poss. ubi hoc declaratum est paulò fusiùs.* Necessitatis autem istius causam præ- 4.
stat potestas dominica: quæ olim etiam jus vitæ necisque in servos tribuebat. *§. 1. supr. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt. l. 1 §. 1. ff. eod.* Atque ita consvetudo illa instituendi heredem necessarium defluxit à dominis, quorum propter æs latens alienum suspecta fuit hereditas. Nam hi si morerentur, ipsorum hereditas, seu bona auctioni subjiciebantur: unde defuncti ignominià quadam sive infamià afficiebantur, *auctore Cicerone pro P. Quintio.* Quod ut ne fieret, permissum est domino servum heredem necessarium instituere, quod fit primo gradu, vel servum substituere, quod fit secundo gradu, & sequentibus: cujus nomine bona à creditoribus possiderentur, aut distraherentur: idque sine domini quidem testatoris, at non sine servi instituti infamià. Verum pro hoc infamiæ in- 5.
commodo servus duplex commodum consequebatur. Unum est libertas, quæ inæstimabilis est, omni- 6.
busque rebus præstantior. *§. ult. vers. sed cùm libertas supr. quib. ex caus. manumitt. non lic. l. libertas. 106. ff. de regul. jur.* Alterum est, quòd res, quas servus post mortem domini acquisierit, ab isthac distractione separentur, nec venum eant. *l. 1. §. ult. ff. de separationib. Mynsinger. hic n. 3.* Sed hæc omnia hodie apud nos Christianos una cum servis, in desuetudinem abiisse, testantur Thadæus *Piso hic num. 3.* & Vultejus *in §. 1. in fine.*

§. Sui autem 2.

Sui autem & necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptisvè ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate mori-

entis modò fuerint. Sed ut nepos, neptisvè sui heredes sint, non sufficit, eum eamvè in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet aliâ ratione liberatus à patris potestate: tunc enim nepos neptisvè in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Vnde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideo dicuntur, quia omninò, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento, ex lege duodecim tabularum, heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hereditate: ut potiùs parentis, quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.

SVMMARIA.

1 *Sui & necessarii heredes qui sint.*
2 *Servi non sunt sui.*
3 *Fœminæ nullos liberos in potestate habent.*
4 *Quò tempore hereditas deferatur.*
5 *Deferri hereditas dicitur, cùm adiri potest.*
6 *Nepos quatenus suus heres esse queat.*
7 *Sui & necessarii heredes quare sic appellentur.*
8 *Quod ipso jure fit, nobis invitis fit & ignorantibus.*
9 *Filiisfamilias beneficium abstinendi jure prætorio concessum.*
10 *Differentia inter servos necessarios, & suos necessarios heredes.*
11 *Nulla existimatio servorum.*

1 DE suis & necessariis heredibus hoc §. tria breviter explicantur. 1. definitio. 2. cur sui & necessarii dicantur. 3. de beneficio prætoris iis indulto. Definitio hæc est: sui & necessarii heredes sunt liberi, qui in potestate morientis proximi fuerunt. §. *sui autem. 2. infr. de heredit. quæ ab intest. defer. l. 1. §. suos heredes. 2. ff. de suis & legitimis heredib. Cajus lib. 2. Institut. tit. 8. Paul. lib. 4. recept. sentent. tit. 8. Auten. Centius in lib. sing. de hereditatib & bonor. possess. quæ ab intest. defer. huncq; referens Heigius hic n. 1. Althus. lib. 1. dicæolog. cap. 43. n. 8. & seqq. pag. 157.* In qua definitione hæc quatuor verba notanda sunt.
2 I. Verbum, *Liberi*. Nam & servi in potestate morientis esse possunt, non tamen sunt sui. §. 1. *supr. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt. l. potestatis 215. ff. de verb.*
3 *significat.* II. Verbum, *potestate*. Quia patria potestas suum præcipuè facit. Hinc cùm fœminæ nullos liberos in potestate habeant: suum heredem habere non possunt. §. *cæteri. 3. infr. hoc tit. & §. fœmina. 10. supr. de adoptionib.* III. Verbum, *morientis*. Non enim sufficit, in potestate esse quolibet tempore: sed necesse est, ut liberi sint tempore mortis in potestate.
4 *l. lege Cornelia. 12. in fin ff. qui testam. fac. poss.* Et ratio est: quia tempore mortis plerunque hereditas defertur, ex lege duodecim tabular. *teste Vlpiano in fragment. Iust. tit. 26. circa principium. ibi, id enim cautū est lege 12. tabularum, &c.* At, inquies, quid si post tempus mortis hereditas deferatur, ut interdum fieri potest? § *interdum. 4. & §. cùm autem quæritur. 7. infr. de heredit. quæ ab intest. defer.* Hoc certè casu etiam tempus post mortem, id est, tempus delatæ hereditatis spectabitur. *d. l. 1. § sciendum. 8 ff. de suis & legit. heredib. l. scripto. 7. ff. si tabul. testam. null. ex tab. unde liberi.* Deferri autem hereditas dicitur, 5
cùm adiri seu acquiri potest: quod plerunque fit tempore mortis. *l. delata. 151. ff. de verb. significat.* Ratio verò, cur tempus delatæ hereditatis spectetur, hæc est: quia (*ut jam monitum*) tum acquiritur hereditas: ideoque esse debet heres, qui acquirat. At regeris: cur ergo hîc dicitur tempus mortis? Indicatum est modò: id propterea fieri, quòd tempus delatæ hereditatis plerunque est idem cum tempore mortis. Itaque in definitione *suorum* tempus mortis exprimi solet, *ut hic, & d. §. 2. infr. de heredit. quæ ab intest. defer. & d. l. lege Cornelia. 12. in fin. ff. qui testam. facere possunt.* IV. Verbum, *proximi*. Etenim ut suus 6
quis heres sit, non tantùm requiritur, ut sit in potestate morientis: sed & necessarium est, ut proximum gradum obtineat. Quare nepos non al[...] suus esse potest, quàm filio patriâ potestate priùs l[ib]erato, aut mortuo. Tum enim demum fit avo suus heres. Patri autem suo non est suus heres, nisi mortuo priùs avo, *hoc §. nostro. vers. sed ut nepos, &c.* Ratio est in promptu: quia vivente avo, nepos est in potestate avi, & non in filii. §. *ult. supr. de patr. potest.* Ratio rationis: quia filius, cùm ipse sit in potestate patris sui, alium in potestate habere non potest. *l. sic eveniet. 21. ff. ad l. Iul. de adulter.* Et hæc de definitione suorum 7
& necessariorum. Cæterùm ait Imperator; suos heredes ideo appellari, quia domestici sive proprii heredes sint, & vivo patre quodammodo bonorum paternorū, domini existimentur, *hic in vers. sed sui quidem heredes, &c.* adeòque suarum quasi rerum heredes efficiantur: ita ut mortuo patre dominium non acquirant, sed continuatio dominii fiat. *l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit.* Quò respicit illud Ausonii, *quem citat etiam Bercholt hic num. 2.*

Iusta quidem series patri succedere: verùm
Esse simul dominos gratior ordo piis.

Necessarii verò dicuntur: quia omnino, servorum instar, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento, heredes fiunt, *hoc §. vers. necessarii verò, &c.* Ratio, cur hi nolint, velint, sint heredes, est perspicua: quia ipso jure, sine aditione, heredes fiunt & existunt. *l. in suis. 14 ff. de suis & legit. heredib. l. qui in aliena 6 §. interdum. 5. ff de acquir. vel omitt. heredit.* Quod autem ipso jure fit, etiam nobis invi- 8
tis fit & ignorantibus, *argu l. 1. § qui sunt in potestate. 7. ff. si quis omiss. caus. testamenti, &c. l. si fratris. 3. C. de jur. deliber. Vaconius à Vacunâ lib. 3. declarat. 50. n. 6. & aliquot seqq. Donell. libr. 7. Commentar. de jur. civil. cap 2. ibiq; scitè & accuratè Hilliger. in suis notat pag. 452. & seqq.* Porrò rigorosum istud necessi- 9
tatis jus mutavit prætor, illisque beneficium absti-

nendi

nendi concessit: sic ut ex necessariis facti sint voluntarii heredes, & sui tantum, *hoc §. nostro. in fin. l. necessariis. 57 ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. nam nec emancipatus. 89. ff. de legat. 1. Dn. Collega Bocer. class.*
10 *3. disput. 11. ad thes. 6. edit. 2. & in hoc §. num. 8. & seqq. pag. 644.* Hinc differentia inter servos necessarios heredes, & suos necessarios perspicitur: quòd
11 nimirum his prætor dedit beneficium abstinendi: illis non item. Ratio differentiæ hujus inter servos & suos, utrosque licèt necessarios, hæc assignari potest: quia liberorum famæ parcere prætor voluit, & existimationi, quæ nulla est servorum. *l. quod attinet 32 & l. servitutem. 209. ff. de reg. jur.* Quare æquius Prætori visum est: ut bona vendantur mortui parentis, quàm liberorum vivorum nomine: ut contrà lex Ælia Sentia æquius putavit, ut vendātur nomine servi, quàm domini. *§. 1 supr. quib ex caus. manumittere non licet.* Et hoc est, quod *hic in fine* dicitur: ut potiùs parentis, quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur. *& in l. paterfamilias 28. ibi quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quàm ejus, bona veneant. ff. de bon. auctor. jud. possid. Bachovius hic num. 3. pag. 529.* Hujus beneficii paternâ hereditate abstinendi una est exceptio, quâ prætor etiam liberis id non indulget. *l. jam dubitari 86. in fine. ff. de heredib. instituend. & tradit hic Giphanius in vers. sed his prætor permittit, &c.*

§. *Cæteri. 3.*

Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes à nobis instituti, extranei heredes nobis videntur. Quâ de causa, & qui heredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres à domino institutus, & post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur.

SVMMARIA.

1 *Extranei heredes qui sint*
2 *Declaratur locus Caii lib. 2. Institut. tit. 3.*
3 *Filius emancipatus, à patre heres institutus, extraneorum numero habetur.*
4 *Ut & filius à matre heres institutus.*
5 *Nec non servus, à domino institutus, & postea manumissus.*

1 De tertio heredum genere, id est, de extraneis, hoc ideo agit Imperator, idque ad finem usque tituli persequitur. Sunt autem extranei heredes, quicunque non sunt subjecti potestati testatoris, sive sangvinis conjunctione testatorem attingant, sive prorsus extranei ad testatoris cognationem vel agnationem
2 nihil pertineant, *hoc § nostro.* Nec obstat, quòd Cajus *Lib. 2. Institut. tit. 3. in fine.* eos extraneos dicit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur. *Nam* hoc tantùm dicere voluit: quicunque nullâ sangvinis conjunctione attingunt testatorem, eos esse extraneos; sed non econtrà, omnes testatoris propinquos, non extraneos, sed suos esse. Igitur filius emancipatus, à patre heres institutus, extraneorum numero
habendus est. Tametsi enim emancipatio naturalem 3
sangvinis conjunctionem inter patrem & filium non tollit. *§. sed naturalia. 11 supr de iur nat gent. & civ. l. iura sanguinis 8 ff. de reg iur.* patriam tamen potestatem extinguit. *§ præterea. 6. supr. quib. mod. jus patr. potest solvit.* quâ perempta, ius etiam suorum heredum locum amplius habere nequit, *argumento § proximè præcedentis.* Quod similiter contingit in filio, 4
à matre instituto: quamvis ratione cognationis matri sit proximus: ei tamen non suus, sed extraneus heres existit, utpote qui matris potestati subiectus non est. *§ fœmina 10 supr. de adoptionib. l. illud notandum 4. §. ad testamenta. 2. ff de bonor poss cont tabul. & hoc*
§. nostro. Servus item, à domino heres institutus, & 5
postea manumissus, extraneus heres est, non necessarius: quia libertatem & hereditatem simul ex domini testamento non consequitur. *hoc §. nostro, in fine. & dictum in §. servus autem. 1. supr. de hered. instituend.* Cæterum non frustrà in discernendis extraneis heredibus à suis & necessariis laboramus: cùm diverso planè iure utantur: & non solùm nomine ac substantiâ; verùm etiam effectibus multum differrent, *ut ex §§. subsequentibus clarescet.*

§. *In extraneis. 4.*

In extraneis heredibus illud observatur: ut sit cum eis testamenti factio: sive heredes ipsi instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis verò testatoris, ut effectum habeat. Hoc ampliùs, & cùm adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive purè, sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi: quia (ut diximus) tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solùm is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licèt non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licèt enim testamentum facere non

possint: attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.

SVMMARIA.

1 *Cum extraneis heredibus debet esse testamenti factio: idq́; tribus temporibus.*
2 *Quâ in re suus differat ab extraneo.*
3 *Servi ex personâ dominorum testamenti factionem habent.*
4 *Quis dicatur habere testamenti factionem, sive activam, sive passivam.*
5 *Explicatur l. si servus. 82. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

1 Ait Justinianus Imp. in extraneis heredibus illud maximè observandum, ut sit cum eis testamenti factio, hoc est, ut possint heredes institui, putà ut sint cives Romani. Idem ait Florentinus. *in l. si alienum 49. §. 1. ff. de heredib. instituend.* unde hic locus ad verbum desumptus est. Quâ in re sui heredes differunt ab extraneis. Nam in suis heredibus istud non solet quæri: cùm eo ipso, quòd sui sint, testamenti factionem habeant. *monente hic Balduino & Giphanio.* Testamenti autem factionem cum extraneis heredibus tribus temporibus esse oportet: scilicet tempore conditi testamenti, ut ab initio constiterit institutio; mortis testatoris, quia testamenti tum apparet effectus: & aditæ hereditatis, quia tum acquiritur hereditas: idq́; locum habet, sive ipsi extranei heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt, ut servi & liberi, *hoc §. nostro, & d. l. si alienum.*
2 *49. §. 1. ff. de hered. inst.* Quâ in re rursus differt suus heres ab extraneo. Etenim in suo duo duntaxat tempora, testamenti & mortis; ast in extraneo etiam aditionis tempus spectatur. Ratio differentiæ hæc redditur: quia suus statim post mortem testatoris ipso jure heres existit, nec in eo aditio necessaria est. *l. in suis. 14. ff. de suis & leg. hered. l. qui in aliena 6 §. interdum. 5. ff. de acq. vel omitt. heredit. & explicatum in §. sui autem. 2. sup. hoc t.* extraneus verò non nisi adeat, heres efficitur. *§. item extraneus. 7. infr. hoc t. Angel. Aretin. Egvinarius Baro & Bocerus hic n. 4. & Donell. lib. 6. Comment. de jure civ. c. 17. in fin. pag. 53.*
3 Cæterùm cur testamenti factio in extraneis requiratur, etiamsi ipsi non sint instituti, sed eorum aut servi, aut liberi in potestate, hæc est ratio: de servis quidem; quia hi ex personâ dominorum testamenti factionem habent. *l. non minus. 31 ff. de heredib. instit. l. si mihi & tibi. 12. §. regula. 2. ff. de legat. 1. l. debitor. 82 § ult ff. de legat. 2.* de liberis verò; quia licèt ii ex se, ut cives Romani, testamenti habeant factionem, & non à personâ patris: cùm tamen hereditas, ex quâ instituuntur, patri acquiratur: meritò ejus quoque conditio spectari debet. *ut notat Giphan. hic in verb. sive hi*
4 *qui in potestate, &c.* Sanè testamenti factionem primo is habere dicitur, qui testamentum facere potest, quam activam testamenti factionem indigitant: deinde is, cui testamento aliquid relinqui potest, sive qui ex testamento alieno vel ipse aliquid potest capere, vel alii acquirere, quamvis testamentum facere nequeat: quam testamenti factionem passivam vocant. Hancque habent furiosus, prodigus, infans, filiusfamilias, & quidam alii: sed illam non habent, *hoc §. nostro. vers. testamenti autem. ibiq́; Mynsinger. Schneidewin. & pleriq; Interpp. l. filiusfamilias. 16. ff. qui testament. fac. possunt. & exposuimus suprà ad princip. & §. 1. cum seq. tit. quib. non est permiss. fac. testament.*

Porrò quod dicitur, in extraneis heredibus testamenti factionem triplici tempore inspici; nimirum, tempore testamenti facti, & mortis, & aditionis, *hic & d. l. si alienum. 49. §. 1. ff. de heredib. instituend.* ei non repugnat. *l. si servus 82. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* ubi servus domini, qui capere non potest, si heres institutus sit, adire potest ante domini sui mortem. Atqui servus, nisi ex domini sui personâ, institui non potest. *d. l. debitor. 82. §. ult. ff. de legat. 2. & legibus similibus prædlegatis.* Itaque expectari debuit mors domini: ut sciretur, an aliquo tempore dominus capax fuerit. Ast, *ut dictum*, non expectatur. Ergo non inspicitur tempus mortis. Hoc, *inquam*, non repugnat. Primò enim respondetur; testatorem illum habuisse servi potiùs, quàm domini incapacis rationem: proptereaque si ante mortem domini prioris servus ille manumissus, aut alienatus sit; aut ipsum, aut novum dominum heredem fieri, *tradente Cujacio ad d. l. 49. ff. de heredib. instituend.* Deinde responderi poterit: quòd testator ille voluerit dominum istum incapacem instituere heredem, quasi sub tacitâ conditione: si tempore, quo adiri posset hereditas, capax esset. Tempore autem illo dominus capax non fuit. Igitur si tempore aditionis servus ille alienatus est, aut manumissus, ipse admittitur ad hereditatem, sed cum distinctione: nempe si alienatus est, acquirit novo domino: si manumissus, acquirit sibi; *ut Theodorus Marcilius hic disertè annotavit. Adde Bachovium hic num. [illegible] pag. 535.* 5

§. Extraneis autem. 5.

Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeundâ hereditate, vel non adeundâ. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis: sive extraneus, cui de adeundâ hereditate deliberare licet, adierit: postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis. Nam hujus ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis: ita & si temerè damnosam hereditatem susceperint, prætor succurrit. Sciendum est tamen, divum Hadrianum etiam majori viginti quinque annis veniam dedisse, cùm post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit: divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Jus deliberandi quale.*
2 *Quantum temporis juri deliberandi detur.*
3 *Differentia inter suum & extraneum heredem.*
4 *Deliberandi beneficium quibus heredibus concedatur.*
5 *Hereditas semel quæsita, amplius dimitti nequit.*
6 *Nemo potest mutare consilium cum alterius jacturâ.*
7 *A contractu perfecto recedere non licet, alterâ parte invitâ.*
8 *Minori 25 annis ubique succurritur.*
9 *An & quatenus majori hic subveniatur.*
10 *Leges inter strepitum armorum exaudiri non possunt: ac proinde arma magis, quam jura scire milites dignoscuntur.*

1 HOc loci de jure deliberandi differitur, quo potestas extraneis heredibus datur deliberandi secum & consultandi, excussis diligenter bonis & rationibus defuncti, utrùm ipsis expediat adire sive suscipere hereditatem, necnè. Huic autem deliberationi
2 certum tempus præscribi solet, nimirum à Principe annus integer, ab aliis judicibus novem menses: ne creditores diutiùs detineantur. *l. ultim. §. & hoc quidem. 13. vers. sed quia, &c. C. de jur. deliber.* Et hac
3 quoque in re differt extraneus à suo herede. Extraneus namque, qui heres esse vult, adire debet: suus verò non adit, hoc est, neque adire cogitur, neque potest: eò quòd ipso jure protinus à morte patris existat, id est, quasi exoriatur heres, qui jam antè quod ammodò latuerit & fuerit. *l. in suis. 11. ff. de lib. & posthum. heredib. instit. l. in suis. 14. ff. de suis & legit. heredib. l. qui in aliena. 6. § interdum. 5. ff de acq. vel omitt. heredit.* Præterea ut extraneus fieri, adire, & contrà repudiare vel omittere hereditatem *l 3. § fin. cum l. seq. ibiq. Gothofred. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. 1. §. prætermittere. 6. ff si quis omissa caus. testam. &c. §. in extraneis. 4. ibi, cùm adit hereditatem supr. hoc tit.* ita suus existere, se immiscere, & contrà abstinere dicitur. *l. deniq. 3. §. scio. 2. l. ait prætor. 7. §. sed etsi hereditatem 5. & §. restitutus 9. ff. de minorib. l. etsi. 6. § si filius. 2. ff. de bonis libertor. l. impuberib. 11. l. si duo. 38. l. cum bonis. 87 ff. de acquir. vel omitt. heredit. Gloss. hic super verb. de adeunda. Viglius, Giphan. & Schneidevvin. num. 2. & Mynsinger. n. 8.* Etsi verò
4 jus illud deliberandi propriè & usitatè de extraneis sive voluntariis heredibus dici solet: quia tamen suis prætor dedit jus abstinendi. *§. sui autem. 2. in fin. supr. hoc tit.* consequens fuit, ut etiã jus deliberandi eis daret, quo deliberent, an se immiscere paternæ hereditati velint *l si quis suus. 8. & l. seq. ff. de jur. deliberand. Bercholt. hic n. 3. & 10.* Planè quando semel suus se
5 bonis hereditariis immiscuit, vel extraneus semel hereditatem adivit: postea hereditatem, utcunq; ea damnosa illis sit, & bona hereditaria creditoribus non sufficiant, relinquere neutiquam possunt: ac proinde creditoribus hereditariis satisfacere coguntur, *hoc §. & l. suus heres. 3. cum l. seq. Cod. de repudianda vel abstinend. hereditat.* Ejusque triplex est ratio: tum
6 quia sibi imputare & de se conqueri debent, quòd hereditati sese immiscuerunt, eamq; adiverunt, *arg. l. quod quis. 203. ff de reg. jur.* Tum quia nemo potest mutare consilium suum cum alterius jacturâ *l. nemo. 75. ff. eod.* Tum quia heres adeundo vel immiscendo quasi contrahit cum creditoribus hereditariis. *§. heres quoq. 5. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc.* A contractu autem perfecto, invitâ alterâ parte, abiri non potest. *l sicut. 5 C. de obligat. & act. Wesenbec. hic numer. 6.* Excipiuntur minor. 25. annis: 7
cui quia propter fragile ætatis consilium, multis cavillationibus expositum, ubique succurritur. *l. 1. ff. de minorib. 25. annis:* consentaneũ est, & in hoc casu, quo damnosam hereditatem susceperit, Prætorem ei subvenire restitutione in integrum, *hoc § nostre l. ait prætor. 7. § sed & si hereditatem. 5 ff. de minorib. l. necessariis. 57. §. 1 ff. de acq. vel omitt. heredit. l. ult. sub fine. C. de repud. vel abstinenda heredit. l. 1. C. si minor. ab heredit ate se abstineat.* Sed & majori 25. an- 8
nis, ob grande æs alienum, quod post aditam hereditatem ex improviso emersit, Divus Hadrianus subvenit. Verùm quia speciali favore certæ cuidam personæ hæc venia data est: in consequentiam trahenda 9
non erit. *l. 1. §. ult. ff. de constitut. princip. §. sed & quod principi. 6. in fine. supr. de jur nat. gent. & civil. l. quod verò 14. & ll. seqq ff. de legib. &c.* Cæterùm cùm le- 10
ges, *Mario Imperatore auctore*, inter strepitum armorum exaudiri non possint. *Valer. lib. 5 cap 2.* arma magis, quàm leges scire milites, sacratissimus Gordianus existimavit: atque ob id militibus hoc beneficium præstitit, ut pro iis tantummodo rebus convenia ntur, quas in hereditate defuncti invenerint. *l. final. circa princip. C. de jure deliberandi.*

§. Sed nostra. 6.

Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis Imperio nostro hoc beneficium præstitit: & constitutionem tam æquissimam, quàm nobilissimam scripsit: cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis, & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

SVMMARIA.

1 *Triplex adeunda hereditatis via.*
2 *Inventarium quid, & cur sic dictum.*
3 *Forma inventarii in quo consistat.*
4 *Quid juris, si quibusdam citatis, quibusdam omissis, inventarium conficiatur.*
5 *Num fructus, & aliæ accessiones, quæ post mortem defuncti ex hereditate jacente percepta sunt, in inventario describi debeant.*
6 *Si creditores vel legatarii probare velint, plus esse in hereditate, quàm inventario: audiendi sunt.*
7 *Pœna heredis, dolosè aliquid celantis vel amoventis.*
8 *Quando heredi juramentum purgationis deferendum.*
9 *Cautela pro herede in praxi recepta.*
10 *Effectus inventarii multiplices.*
11 *Inventarium omnem fraudis suspicionem tollit.*
12 *An filius, inventarium non conficiens, legitimam perdat.*
13 *Æs defuncti alienum legitima præferendum.*
14 *In legitimã nullum gravamen filio inferendum.*

15. Heres

15 *Heres, non conficiens inventarium, ultra vires hereditarias tenetur. & num. 27.*
16 *Heres, non conficiens inventarium, si est creditor defuncti, actionem & creditum amittit.*
17 *Idem heres beneficio Falcidiæ non fruitur & n. 23.*
18 *Falcidia an & quatenus a testatore prohiberi possit: quatenus item legitima.*
19 *A diversis & separatis nihil infertur.*
20 *Ecquid heres, fideicommisso universali gravatus, ob inventarium non confectum, amittat Trebellianicam.*
21 *Odia non amplianda, sed restringenda.*
22 *Cameræ Imperialis præjudicia vim legis obtinent.*
23 *An eadem ratio sit in Trebellianicâ, quæ in Falcidiâ.*
24 *Intellectus & explicatio Novellæ 1. c. 2.*
25 *Quatenus appellatione Falcidiæ veniat etiam Trebellianica.*
26 *Verba propriè sunt accipienda.*
27 *Heres, inventarium non conficiens, in solidum creditoribus & legatariis obligatur.*
28 *Quo jure Falcidia & Trebellianica æquiparentur.*
29 *Heres rogatus hereditatem restituere, fideicommissario universali rationes reddere compellitur.*
30 *Heres, inventarium non conficiens, fideicommissario ad interesse tenebitur.*

1 DE beneficio inventarii hîc agitur, quod Divus Iustinianus introduxit *per l. ult. Cod. de jure deliberandi.* Non tamen hoc beneficio introducto Imperator priorem rationem adeundæ hereditatis, quæ fit per jus deliberandi, sustulit: *quemadmodum ipse ostendit in fine hujus § & d. l. ult. §. sin autem hoc 14. C. eod.* Imò triplex via adeundæ hereditatis hodie esse videtur. Vel enim statim seu rectâ, sine ullâ deliberatione, heres adire hereditatem potest: vel jure deliberandi: vel deniq; beneficio inventarii. Duæ viæ priores sunt lubricæ & periculosæ: posterior est tutissima & usitatissima, propter insignes effectus, *de qui-*
2 *bus paulò pòst num. 10. dicturi sumus.* Est autem inventarium scriptura quædam publica, continens omnium, quæ reperiuntur in hereditate defuncti, descriptionem: sic dictum, quòd ibi res sint, quæ quæsitæ inde inveniri & reperiri possint. *l. ult. C. arbitrium tutelæ. Sichard. in d. l. ult. num. 6. C. de jure deliber. Donell lib. 7. Commentar. de jur. civil. cap. 3. pag 124. n. 40. Schegk. in delibat. jur. disput. 11 thes. 46.* Vnde etiam repertorium appellatur ab Vlpiano, *in l. tutor, qui repertorium 7. ff. de administrat. & peric. tut. &c. V. de Balthasarem Tomasium tract. 7. tit. 1. & seqq.*
3 *fol. 477. & seqq.* Forma illius in eo potissimùm consistit: ut, intra triginta dies, à tempore delatæ hereditatis, citatis iis, quorum interest, adhibito Notario & testibus, inchoëtur: ac intra sexaginta dies, si bona sint præsentia; si verò diffusa, intra annū absolvatur. *d l. ult. §. sin autem dubius 2. & §. seq. C. de jur. deliber. Mynsinger. hic n. 3. & seqq. Guid. Papa in tract. de form. confic. invent Francisc. Porcellinus in tr. de inventar. c. 3. Monticulus in tr. de inventar. Dn. Collega Bocer. hic n. 9. cum seqq pagin. 654. & class 3. disput. 11 thes. 66. edit. 2 Hænon. disput. 10. controvers. 4. Ioan. Baptista Costa tom. 1. tract. de facti scientia & ignorant. cent 1. distinct. 27 num. 6. cum seqq. fol. 349. Fachin. lib. 4. controvers. jur. cap. 35. & 36. Althus. lib. 1. dicaolog. c. 44. n. 11. pag. 160. D. Obrecht. disput 20.*
4 *thes. 530. & plurimis seqq* Sed quid, si quibusdam citatis, quibusdam vero omissis, inventarium conficiatur? Et adversus citatos valere; non citatis autem neutiquam præjudicare, versimilius & receptius est. *l de unoquoque. 47 ff. de re judicat. Porcellin. d. tract. de inventar cap. 2. Guido Papa eod. tract. numer. 4. Menoch cons. 780. n. 11. lib. 8.* Illud dubio non caret: 5
num fructus & aliæ accessiones, quæ post mortem defuncti ex hereditate jacente perceptæ sunt, in inventario describi debeant? Et affirmantium opinioni inhærendum puto. Tum quia fructus illi sunt hereditatis. *l. quod servus 38 ff. de legat. 2* & pars rei intelliguntur. *l. fructus pendentes. 44. ff de rei vindicat.* Tum quia aliâs præjudicaretur substitutis, quibus fructus debentur. *l ita tamen. 27. §. 1. in fine ff. ad SC. Trebellian. Coras. in tractat. de inventar. num. 23. Forster. lib 2 disput. 13. th. 32. ubi dissentientes allegat Angelum. Alexandr. & Iasonem in d. l. ult. § 1. C. de jure deliber.* Planè, si creditores vel legatarii probare ve- 6
lint, plus esse in hereditate, quàm in inventario sit descriptum: placet, audiendos esse: ut, si probaverint, quod amplius est, in hereditate computetur. Et si heres illud celaverit, vel amoverit, aut amovendum curaverit, postquàm fuerit convictus, in duplum id restituere, vel hereditatis quantitati computare cogitur, *per textum apertum in l. ult. §. licentia. 10. Cod. eod. Ant. Faber. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 2. error. 5 D. Bocer. d. class. 3. disput. 11. thes. 68. Eaq; de re aliter, & quidem prolixè disserit Fachineus lib 4. controvers. jur. c. 37. lib. 10. c. 66. & lib. 13. c. 55. itemq; Peregrinus de fideicommiss. artic. 3. n. 83.* Iure sanè renovato 7
Wirtembergico si heres aliquid, quod alicujus est momenti, dolosè celaverit, vel amoverit: universa legata præstare, omneque æs alienum, sine ullâ Falcidiæ detractione, exolvere tenetur. *part. 3. tit. 22. §. penult. pag. 410.* Conjunx quoque superstes ex hac causa amittit usumfructum eorum bonorum, quæ ad liberos, aut legitimos heredes defuncti conjugis pertinent. Fürstl. Würtemberg. ernewert Landrecht. *part. 4. t. 3. pag. 434. §.* Inmassen wir/ꝛc. Quòd si creditores 8
vel legatarii dolum heredis non plenè, ita tamen probârint, ut versimilibus præsumptionibus oneretur: tunc judex ipsi juramentum purgationis deferre potest. *d. l. ult. §. licentia. 10. ibiq; Sichard. n. 6. C. de jur. deliber. c. si quis de gradu. 4. ubi Innocent. de purgat. canon. c. ult. §. ult. de jurejurand. Gail. lib. 2. obs 106 n 5. Mynsinger cent. 2. observ 87. Ioachim. à Beust. ad rubr. ff. de jurejur. n 195. & seq.* Cæterùm cautela ho- 9
die in praxi recepta est: ut videlicet heres in initio confectionis inventarii hac protestatione utatur: quòd, si quid in inventario scribi curaverit, quod eò non pertineat, pro non scripto haberi velit: si quid item non retulerit in inventarium, quod tamen ad id pertineat: se illud, quamprimùm cognoverit eò pertinere, bonâ fide in inventarium relaturum. Fürstl. Würtemb. ernewert Landrecht. *d. part 3. tit. 22 §. ult. pag. 410. Francisc. Porcellin. post alios, in tract. de inventar. part. 1. n. 21 & part. 2. n. 4. & 6. huncq; referent D. Bocer. d. class 3. disput. 11. thes. 70. edit. 2 De eâdem cautelâ videatur Cunradus Rittershusius in expositione methodicâ Novellar. part. 6. c. 8. n. 11.*

Effectus inventarii sunt varii & multiplices. Primò

mò enim, eo solenniter confecto, heres ultra vires hereditarias non tenetur *hoc §. nostro, d. l. ult. §. & si præfatam 4. C. de jure delib.* Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. *part. 3 tit. 22. pag. 408. §.* Wann nun einer/ꝛc. *Paulus Æmilius Gallus in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. 3. tit. 2. except. 5. num. 20 & seq. fol. 594.* Secundò, pendente inventarii confectione, non potest conveniri à creditoribus, *d. l. ult. §. donec tamen. 11. C. de jur. delibor.* Tertiò legis Falcidiæ beneficio in legatis uti potest. *d. l. ult. § & si præfatam. 4. Cod. eod.* Ante omnia autem æs alienum, funeris impensas, & pretia servorum manumissorum deducit. *§ cùm autem 3. infr. de lege Falcid. d. l. ult. § in computatione 9. C. de jur. deliber.* Quartò, creditores res hereditarias in solutum accipere compelli queunt, si in hereditate non sit pecunia: nec heres tenetur vendere, & se pro evictione obligare, *arg. l. non dubium. 14. §. ult. ff. de legat. 3. d. l. ult. §. & si præfatam. 4. C. de jure deliber. Mynsinger. hic n. 13. Fachin. libr. 4. controvers. jur. cap. 39.* Quintò, heres potest creditoribus, vel legatariis, primò venientibus, bonâ fide solvere, donec aliquid ex defuncti substantiâ superest. Et propterea si postea creditores supervenerint: nulla iis contra heredem datur actio, toto patrimonio defuncti distributo: sed contra legatarios vel creditores, quibus res hereditariæ in solutum datæ sunt, vel pecuniâ, ex illarum venditione redactâ, satisfactum est, actionem hypothecariam, vel condictionem ex lege, vel aliam competentem actionem instituere possunt *d. l. ult §. & si præfatam. 4. C. de jur. deliber.* Sextò heres, qui confecit inventarium, ex interitu rerum hereditariarum nullum damnum sentire debet. *d. l. ult. §. 4. ibi, hereditatem sine periculo habeant. C. d. t. Nov. 1. c. 2 §. 2. ibi, homines excepimus ex damno, &c. Fachin. lib. 6. controversiar. jur. c. 30. ubi utramq; in partem plures Auctores citat.* Septimò obligationes & actiones heredis contra defunctum, confecto inventario, non confunduntur: hoc est, si heres est creditor defuncti, beneficii inventarii adhuc ejus creditor manet. *d. l. ult. §. in computatione. 9. C. de jur. deliberand.* Hujusq; ratio est: quia confectio inventarii heredem in eo statu propter illius commodum constituit, quo fuit ante hereditatis aditionem. At tum obligationes & actiones contra defunctum non fuissent confusæ. Ergo quoque nec postea, *docente D. Obrechto d. disput. 20. thes. 608.* Octavò, heredi eum inventario, non
11 defertur juramentum in litem, etsi moram faciat, *sæpe allegatâ l. ult. §. fin autem. 14. vers. quòd si post. C. de jur. delib.* Et ratio est: quia inventarium omnem doli & fraudis suspicionem tollit, ob quam hoc juramentum deferri solet. *l. in actionibus. 5. §. sed in his omnibus. 3. ff. de in lit. jur. D. Obrecht. d. disput. 20 thes. 623. ubi à thesi 573. usq; ad dictam thes. 623. & alias repertorii utilitates nervosè explicat. Easdem quoque diligentissimè declarat Rittershusius d. exposit. Novell. 11. part. 16. c. 8 n. 17. & multis subseqq.* Porrò inventarium an sit conficiendum sumptibus totius hereditatis, quando pluribus heredibus instituti, unus adit sub beneficio inventarii, alii verò purè & simpliciter, decidit Ioannes Grivellus *decis. Senatus Dolani. 17. fol. 44.*

Hoc loco non est prætereunda elegantissima quæ- 12
stio: an filius, non conficiens inventarium, amittat legitimam? Et amittere, adeòque ad omnia legata & fideicommissa persolvêda teneri, etiamsi illis solutis, nihil pro legitimâ ei supersit, censent *Oldradus consil. 134. Angel. & Imola in l. 1. §. hæc stipulatio. ff. si cui plus, quàm per leg. Falcid. lic. &c. Corneus consil. 168. n. 3. lib. 3. hosq; referens Franciscus Sarmientus lib. 2. selectar. interpretat. c. 7. Phanucius de inventar. heredis. part. 7. n. 13. Hœnonius disputat. 10. controversiar. 10. Viglius hic n. 6. & Heigius n. 14. Eman. Soarez. in thesaur. recept. sent. in verb. inventario. n. 175. Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ tract. 5. quæst. 27. pag. 596 & quidam alii.* Sed contrariam, tanquam veriorem & communiorem, sententiam tuentur *Gloss. & Alexander in d. l. ult. §. penult. C. de jur. deliber. Alciatus consil. 41. libr. 9. Cagnol. in l. Papinianus. 8. § meminisse. 14. n. 15. ff. de inoffic. testam. Osascus decis. Pedamont. 148. n. 6. Rolandus à Valle de confect. inventarii. §. 5. Gail. lib. 2. observ. 138 num. 14 hosq; laudans Fachineus lib. 4. controversiar. jur. c. 34 Bald. & Bartol in Auth sed cùm testator. C. ad leg. Falcid. Guido Papa decis. 53. Mynsinger. in hoc § n. 18. Schneidevvin. in §. extraneis. 5. n. 23. supr. hoc t & ibidem Wolfius in suo erotem. Porcellin. in tract. de inventar. quæst. 7. c. 5. Treutler. disp. 12. thes. 9. sub lit. a. vol. 2. & ibidem videatur Bachevius in suis not. vers. vicina est huic quæstio. pag. 744.* Pro cujus sententiæ confirmatio- 13
ne hoc maximè afferri solet argumentum: quòd hæc disceptatio oriri non potest, nisi cùm filius heres institutus, & legatis vel fideicommissis universalibus aut particularibus gravatus est. Siquidem æs alienum defuncti quod attinet: in confesso est, illud legitimæ præferendum esse. *d. l. Papinianus. 8. §. quarta. 9. ff. de inoffic. testam.* Sed & illud exploratì juris est, 14
& suprà § *ult. n. 24. & seqq. t. proximo*, abundè probatum: legitimam nec directè, nec indirectè tolli, nec ullum gravamen præjudiciumvè in ea filio inferri posse. *l. quoniam 32. & l. scimus 36. §. cùm autem 1. C de inoffic. testam.* Et idem constat *ex Novell. 39. cap. 1.* ubi cavetur, legitimam ab onere restitutionis injunctæ esse excipiendam. Ergo legata & fideicommissa, quibus legitima vel tollitur, vel diminuitur, irrita sunt, & pro non scriptis habenda: ac proinde filios etiam, inventarium non conficiens, propter ejusmodi legata & fideicommissa, damnum in legitimâ sentire non potest, nec debet. Neque enim inventarii confectio ei à lege injungitur, ut legitimam integram & nulli oneri subjectam obtinere valeat. Quod sanè si necessarium fuisset: æquum erat exprimere, ut filius fecisset; leges, quibus legitimæ prospectum est, inventario non confecto, cessare. *Fachin. d. lib. 4. c. 34. vers. & hanc sententiam ego probabiliorem, &c.*

Cui non obstat, quòd heres, qui non confecit in- 15
ventarium, teneatur etiam ultra vires hereditarias: nec distinguatur, an sit suus heres, vel alienus *d. l. ult. §. fin autem dubius. 2. & § fin verò postquam. 12. C. de jure deliberand. Nov. 1. c. 2. §. si verò non fecerit* inven-

inventarium, &c. Nam heres, inventarium non conficiens, tenetur quidem ad legata & fideicommissa præstanda ultra vires hereditarias, si modò talia sint legata & fideicommissa, quæ de jure valent, & relinqui potuerunt. Atqui legata & fideicommissa, in præjudicium ac diminutionem legitimæ, jure naturæ debitæ, relicta nullius momenti sunt, & pro non scriptis habentur, *ut paulò antè dictum*. Ergo meritò filius ad ea solvenda non tenetur.

16 Similiter non obstat, quòd heres, non conficiens inventarium, si sit creditor defuncti, actionem & creditum amittat. *l. debiteri. 7. C. de pact.* ac propterea etiam filius heres, inventarium non conficiens, actionem ad legitimam amittere debeat. *Etenim* illud verum est, cùm filius heres institutus, vel ab intestato succedens, nemini cogitur hereditatem restituere, vel legata præstare, quibus hereditas possit exhauriri. Tunc enim cùm sit heres & bona teneat, actiones illi competentes confunduntur. *d. l. debiteri. 7. C. d. t.* At longè alia ratio est, cùm hereditatem aliis restituere, vel legata præstare tenetur. Hoc quippe casu legitimam sibi debitam separare, eamq; salvam ac præcipuam retinere, & reliquum restituere potest. Nec illud jus, ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confunditur: quoniam jam per legem prorsus exceptum & exemptum ab omni restitutione atque onere censetur. *d. Novell. 39. cap. 1.*

17 Præterea non obstat, quòd Falcidiæ commodo & beneficio heres non fruatur, qui inventarium non confecerit. *d. l. ult. §. etsi præfatam 4. C. de jur. deliber. d. Nov 1. c. 2. §. 2.* Ergo nec legitimæ commodo frui debeat: præsertim cùm in Falcidiâ eadem ratio, quæ in legitimâ, esse videatur: quia ante jus novissimum etiam Falcidia, sicuti legitima, à testatore prohiberi non poterat. *l. si, ut allegas, 11. C. ad leg. Falcid.* Id, *inquam*, non obstat. Illud namque de Falcidiâ perspicuè cautum fuit: sed alia est detractio ex lege Falcidiâ;
18 alia est legitima filiis debita. Illa ut maximè olim à testatore prohiberi non potuerit: nunc tamen potest. *d. Novell. 1. c. 2. vers. si verò expressim, &c. Auth. sed cùm testator. C. ad leg. Falcid.* Hæc verò nec olim, nec hodie à parente tolli, minui vel absorberi potest: & omnia, quæ in ejus gravamen scripta sunt, pro non scriptis existimantur, *ut suprà n. 14. ostensum*. Illa nec ratione naturali debetur, & legi antiquæ XII. tabb. repugnat, quâ cautum erat: *Uti quisque rei suæ legassit, ita jus esto.* Ulpian *in fragment. Instit. tit. 11. §. testamento, &c. l. verbis legis. 120. ff. de verbor. significat.* Hæc jure naturali debetur, & omnibus legibus antiquis & novis adjuvatur, ac relinqui præcipitur. *dict. l. scimus. 36. §. illud. 2. ibi, ne filius defraudetur debito naturali. C. de inoffic. testament. d. Novell. 1. in præfat. §. 2. ibi, tanquam hoc secundùm ipsam naturam eis debeatur, &c. cum similib.*
19 Cùm igitur hæc planè diversa esse appareat: ab uno ad aliud firmum duci argumentum haud poterit. *l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniat. l. qui fundum. 7 §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro empt. Fachin. d. lib. 4. c 34. in fine.*

20 Succedit huic modò explicitæ illa non parùm difficilis & controversa quæstio: num heres fideicommisso universali gravatus, ob inventarium non confectum, perdat Trebellianicam? Et quamvis hoc multi affirmēt, *Baldus consil. 403. lib. 2. Alber. Galleottus, Iac. de Arena, Ricardus Malumbra, Cynus, Oldrad. Bartol. Castrens. Imola, Cumensis, Romanus, Salicetus, Fulgosius, Florianus, Corneus, Barbatius, Angel. Aretin. Matthesil. Cerfetus, Ruinus, Decius, Parisius, Gratus, Bertrandus, Alciatus, Alexander de Nevo, Bellonus, Rubeus, Ioan. Dilectus, Covarruvias, Ofascus decis. 147. Vasquius in tract. de success. creat. lib. 1. §. 8. vers. infertur longè faciliùs. n. 14. Purpuratus consil. 1. n. 5. consil. 375 n. 8. lib. 1. & consil. 568. n. 27. lib. 2. Pancirolus consil 98. n. 30. ubiq; omnes referens Menochius consil. 272. n. 81. lib. 3. Quibus novissimè assentiuntur Forster. lib. 2. disp. 13. thes. ult. Hunnius lib. 2 var. resolut. jur civ. tract. 5 quæst. 26. pag. 594. & Olemannus ad disp 22 Giphanii. n. 8. & seqq.* contrariæ tamen, ceu probabiliori, subscripsēre sententiæ *Relandus à Valle consil. 27. lib. 1. Cassiodorus decis. 3. tit. de testament n. 6. Decian. consil. 49. lib. 1. Cephalus consil. 92. n. 59. lib. 3 Phanucius de inventar part. 7. n. 32. Hippol. Riminaldus consil. 187. lib. 2. Gail. lib. 2. observat. 138. Sarmientus lib. 2. selectar. interpretat. c. 7. n. 8. Peregrinus de fideicommiss. artic. 3. n. 73. cum seqq. Mynsinger. cent. 3. observ. 66. Iason. consil. 114 in 2. dubio. lib. 4. Cravetta consil 17. part. 1. Viglius hic n. 7. Rittershus. d. exposit. Novell. part. 6 c. 8. n. 37. & Fachin. d. lib. 4. controvers. jur. c. 38.* Hujusque opinionis præcipuum fundamentum est; quòd heredi gravato à jure concedirur Trebellianica, quæ non reperitur expressè prohibita, omisso inventario. Cùm ergo nulla lex dicat, heredem ob inventarium non confectum Trebellianicâ privandum esse: nostrum non est, talem privationem inducere, *argum. l. si verò 64. §. de viro. 9. ff. solut. matrimon. & Novell. 2. c. 3. circa mediū. ibi, nec qualibet est lex aliquid tale dicens, &c.*
Accedit, quòd in pœnalibus semper benigniorem 21
partem sequi; & odia non ampliare, sed potiùs restringere debeamus. *l. penult. ff. de pœn. l. factum cuique. 155. §. ult. ff. de reg. jur. c. odia. 15. eod. in 6.* Adhæc 22
in augustissimo Imperii Consistorio (cujus præjudicia vim legis obtinere, iisque tenaciter inhærendum esse, scribunt *Otto Melander in Processu Camer. Noë Meurer. ibidem part 6. num. 21 fol. 406. ubiq; cum aliis referens, Iacobus Alemannus in palæstra consultation. jur. illustrium. consult. 8. quæst. principal. 2. ratione decid. 14. pag. 627.*) hanc sententiam, tanquam æquitati & juri magis consentaneam, esse receptam, adeòque judicem in judicādo ab ea recedere nō debere, attestātur *Mynsing. & Gail. locis proximè allegatis.*

Cui non adversatur primò, quòd cùm heres non conficiens inventariū, amittat legis Falcidiæ benefici- 23
um. *Novell. 1. c. 2. §. si verò non fecerit, &c. Auth. sed cùm testator. C. ad leg. Falcid.* etiam Trebellianicæ beneficium amittere debeat: præsertim cùm eadem utrobique sit ratio. *Negatur enim* consequentia: siquidem odia & pœnales constitutiones non temerè sunt extendendæ, sed potiùs restringendæ. *d. c. odia. 15. de reg. jur. in 6. d. l. penult ff. de pœn. cum similib* Quin

& cau-

& eandem esse rationem in Trebellianicâ, quæ in Falcidia, negatur. Nam Justin Imperator *in d. Novell. 1. c. 2. in princ.* ita loquitur: *Ut non per ea, quæ fortè subripiunt* (sc. heredes) *aut malignantur, introducere pertentent Falcidiam: cùm utiq; si nihil malignati essent, non fortè competeret.* Hæc ratio non convenit Trebellianicæ: quia licèt nihil heredes restituere gravati malignentur, id est, nihil surripiant vel occultent: semper tamen quartam partem pro auctoritate Senatusconsulti Trebelliani, detrahere possunt. In Falcidiâ verò, quæ locum habet, eum ultra dodrantem hereditas legatis gravatur, hæc ratio optimè procedit. Etenim si heres nil surripiat: facilè fiet, ut legatis detractis ac solutis, remaneat illi quarta pars integra hereditatis: quo in casu Falcidiam cessare certum est, *princ. pium tit. infr. de lege Falcid. l. 1. & tot. t. ff. ad leg. Falcid.*

24 Secundò nihil obest, quòd *in d. Nov. 1. c. 2. §. 1.* Imperator ait, quando inventarium debet confici, citandos esse legatarios & fideicommissarios, si heres metuat non damnificari solùm, sed etiam non lucrari, id est, si heres velit non tantùm damnum effugere, sed & lucrum non amittere. Igitur, inventario non confecto, haud obscurè Imperator indicat, heredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommissis: maximè cùm *in §. 2.* hæc verba subjungat. *Si verò non feceris inventarium secundum hanc figurâ, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam: sed complebit legatarios & fideicommissarios.* Quibus sanè verbis significare videtur: sicuti legata, ita & fideicommissa integra, & absque deductione ac diminutione, solvenda & præstanda esse. Nihil, *inquam*, hoc obest, Illa namque textûs verba, *non lucrari*, ad legem Falcidiam sunt referenda, ut patet ex præcedentibus verbis: *Fiat igitur inventarium ab herede metuente, ne fortè non habeat post debita & legata Falcidiam.* & ex subsequentibus illis: *Et his omnibus observatis habere ex Falcidiâ præsidium.* Similiter & illa textûs verba: *Complebit legatarios & fideicommissarios, &c.* ad Falcidiam pertinent: ut rursus ex verbis sequentibus (in quibus solius amissionis Falcidiæ, non item quadrantis Trebellianici, fit mentio) elucescit. Sic enim ait Justinianus: *Et hoc dicimus non nostram minuentes legem, quam posuimus, ut nihil de proprio damnificentur heredes creditoribus: sed dabit eis pœnam exactio sua malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari; sed ex diverso etiam, quæ sunt ex Falcidia lege, lucrari.*

25 Tertiò nihil urget, quòd appellatione Falcidiæ veniat etiam Trebellianica. *l. pater filiam. 14. ff. ad leg. Falcid. l. coheredi 41. §. quòd si heredem 3. ff. de vulg & pupill. substit. l. cum filiusfamilias 21. ff. de legat. 1. l. irritum. 8. & l. si, ut allegas. 11. C. ad leg. Falcid. l. jubemus. 6. C. ad senatusconf. Trebellian.* ac proinde quod de Falcidiâ constitutum est, locum etiam in Trebellianicâ sibi vindicare debeat. *Nam* antecedens verum est, impropriè & largè sive latè Falcidiæ vocabulo sumpto, non autem propriè. Etenim propriè Falcidiam differre à Trebellianicâ, apparet ex diversitate nominum & titulorum, *ad leg. Falcid. & SC. Trebellianum*, & ex re ipsa. Illa quippe locum habet in herede, particularibus legatis ultra dodrantem gravato: hæc verò in herede gravato hereditatem restituere. Ait Imperator *in præallegata Nov. 1.* disertè loquitur de Falcidiâ, ut constat *ex cap. 2. in princ. ejusdem Novellæ.* Adde, quòd verba, in correctoriis cumprimis, propriè 26 sunt accipienda. *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. Gail. d. lib. 2. obs. 138 n. 12.*

27 Quartò nihil ad rem pertinet, quòd heres inventarium non conficiens, teneatur satisfacere legatariis & fideicommissariis & creditoribus, etiam ultra vires hereditarias, *d. Novell. 1. cap. 2. §. 2. & passim.* ac propterea compellatur fideicommissa restituere tota & integra, absq; ullâ diminutione aut detractione. *Tomasius tract. 7. tit. 15. cap. 1. fol. 521. & seqq.* Quandoquidem respondetur: heredem ultra vires hereditarias, & sic in solidum teneri creditoribus & legatariis, ac etiam fideicommissariis particularibus (*de his etenim d. Novell. 1. omnino exaudienda est*) non autem fideicommissariis universalibus: quoniam is quartam Trebellianicam detrahere poterit: cùm illâ ab Imperatore ibidem non privetur, sicut Falcidiâ: nec respectu fideicommissi universalis, nempe oneris hereditatem restituendi, dici potest, heredem ultra vires hereditarias fore obligatum: siquidem tantum restituit heres gravatus, quantum est in hereditate, non plus; *docente Fachinæo d. lib. 4. cap. 38. vers. septimum argumentum, &c.*

28 Quintò non refragatur, quòd Falcidia & Trebellianica æquiparentur à lege veteri: ut in casibus, in quibus cessat Falcidia, etiam Trebellianica cesset. *l. Marcellus. 3 §. quod autem. 1. ff. ad senatusconf. Trebellian.* ac propterea quicquid in Falcidiâ constitutum est, trahi etiam debeat ad Trebellianicam, *arg. l. si quis servo. 20. C. de furtis.* Respondetur enim: Falcidiam & Trebellianicam æquiparati jure antiquo, ut si Falcidia cesset, Trebellianica quoque cesset, quando vigore testamenti conditi Falcidiæ non est locus. Eo namque de casu loquitur *d. l. 3. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* Sed hic aliam ob causam, quàm ex testamento, Falcidia cessat; videlicet ex eo, quòd heres inventarium non conficiat. *d. Nov. 1. §. 2.* Ideoque id necessariò ad Trebellianicam extendi minimè debet, *arg. d. l. penult. ff. de pœn. & similium suprà adductarum.*

29 Sexto & ultimo non obsistit, quòd heres rogatus hereditatem restituere, obligatus est universali fideicommissario reddere rationes. *l. cùm tale. 72 §. quid ergo. 3 ff. de conditionib. & demonstrat. l. mulier. 22. §. sed enim 3. ff. de SC. Trebellian.* Atqui rationes, inventario legitimè non confecto, commodè reddi nequeunt: cùm inventarium sit caput & fundamentum rationum reddendarum, *argument. l. 1. §. officio. 3. ff. de tutela & rationib. distrahend.* Ergo si inventarium heres non conficiat: legis beneficium meritò amittit. Hoc, *inquam*, non obsistit. Tum quia non sequitur; heres tenetur fideicommissario universali reddere rationes: ergo etiam tenetur inventarium conficere: siquidem hæc separata sunt, ex quibus nihil infertur: *l. ultim. ff. de calumniat. l. inter stipulantem. 83. §. sacrã. v. sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. cũ concordantib.* Tũ quia si inventariũ heres non confecerit:

tenebitur, quanti fideicommissarii interest, *arg. l. tutor, qui repertorium. 7. ff. de administrat. & peric. tutor.* non autem necessario inde concluditur, illum Trebellianicam amittere *Ita respondet Fachineus d. lib. 4. controvers. jur. c. 38. §. quintum argumentum, &c. ubi & aliis objectiunculis satisfacit.* Vide quoq; Bachovium *in tract. de actionib. disputat. 2. parerg. 2 p. 61.* & Antonium Merendam *lib. 4. controversiar. jur. cap. 15. pag. 258. & seqq.* Itemq; Iohannem Baptistam Costã *tom. 1. tract. de remediis subsid. remed. 39 fol 74. cum seqq* & Jacobum Cancerium *part. 3. variar. resolut jur. cap. 2. per tot. ubi de inventarii confectione & utilitate omnium fusissimè disserat.*

§. *Item extraneus. 7. & ultimus.*

Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nudâ voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandóve, & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo de adeundâ hereditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumvè obiisse, & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere. Veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nudâ voluntate extraneus heres fit: ita contrariâ destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere sibi hereditatem: si tamen intelligit, quod agit.

SUMMARIA.

1 *Quot modis heres extraneus hereditatem adire intelligatur.*
2 *Pro herede se gerere quis dicatur.*
3 *An ex solutione debiti hereditarii, aditio hereditatis præsumatur.*
4 *Quilibet potest solvere debitum alienum.*
5 *In ambiguo actu quæ accipienda interpretatio.*
6 *Nunquid is, qui inventarium post hereditatem sibi delatam confecit, censeatur agnovisse hereditatem solâ inventarii confectione.*
7 *Quatenus inventarii confectio soli heredi conveniat.*
8 *Nudâ voluntate quomodo quis heres efficiatur.*
9 *An sola voluntas, animo tantùm concepta, non verò actu aliquo aut verbis declarata, ad aditionem heredis ætis sufficiat.*
10 *Propositum in mente retentum nihil operatur.*
11 *Solâ voluntate quis non obligatur, nisi Deo.*
12 *Intellectus l. pro herede. 20 in princ. ff de acquir. vel omitt. heredit.*
13 *Intellectus l. gerit. 88. ff. d. tit.*
14 *Intellectus præsentis §.*
15 *Mutus & surdus quatenus hereditatem acquirere valeant.*
16 *Infans & furiosus an acquirere hereditatem queant.*
17 *Impubes, infante major, qualiter adire hereditatem possit.*
18 *Puberi & furioso & pupillo per curatorē hereditas non acquiritur.*
19 *Vtrùm heredi per curatorem aut procuratorē hereditas acquiratur.*
20 *Actus legitimi per alium expediri nequeunt.*
21 *Quis hereditatem adire possit.*
22 *Quid per procuratorem nobis acquiratur.*
23 *Aditio in solâ voluntate heredis consistit.*
24 *Sententia l. 1. §. ult. ff. de offic. procurat. Cæsar.*
25 *Bonorum possessio in quo differat ab hereditate.*
26 *Jus prætorium mitius est jure civili.*
27 *Hereditatis aditio perpetua, secundùm communem opinionem.*
28 *Quale tempus ad deliberandum sit concessum.*

Extraneus heres duobus modis hereditatem adire 1 seu acquirere intelligitur: geritione sive gestione pro herede, & nudâ voluntate. Vide Althusium *lib. 1. dicæolog. c. 43. n. 20. & seqq. pag. 158. & 159.* Pro herede 2 se gerere is dicitur, qui rebus hereditariis tanquam heres utitur: ut quia vendit res hereditarias, vel prædia hereditaria colit, aut locat, & ea facit, quæ dominus in re suâ facere consuevit, *hoc §. nostro. & l. pro herede. 20 passim. ff de acquir. vel omit. heredit.* Quid autem, si 3 quis debita hereditaria solverit: an ex hoc ipso adivisse hereditatem præsumetur? Et præsumi, liquet *ex l. 2 C. de jure deliber.* ubi Alexander Imp. in hæc verba Florentino militi rescripsit: *Cum debitum paternum te exsolvisse alleges: pro portione hereditariâ agnovisse te hereditatem defuncti, non ambigitur.* Cui consentit textus *in l. parentibus. 8. §. 1. C. de inoffic. testament.* Hancq; probant sententiam *Bartol. Alexand. & Iason in l. 1. Cod. de jur. deliber. Corneus consil. 82. n. 12. & consil. 272. n. 17. lib. 1. Socin. Senior cons. 45. n. 5. lib. 4. Marant. in l. is potest. 18. num. 69. & 71. ff. de acq. vel omitt. heredit. hosq; citans Menochius libr. 4. de præsumptionib. præsumpt. 101. n. 80* Sed hæc conclusio 4 quamvis *per prœallegatas leges* certa sit: tamen in aliquam difficultatem incidit. Siquidem solvere debita hereditaria talis est actus, qui etiam citra jus & nomen heredis fieri potest: cùm quilibet solvere queat debitum alienum. *l. solvendo. 39. ff de negoc. gestis.* Proinde 5 cùm in ambiguo actu ea sit accipienda interpretatio, per quam faciens ab obligatione potiùs eximatur, quàm astringatur: dicendum videtur; eum, qui solvit debitum hereditarium, negociorum magis gerendorum gratiâ, & ut sibi futurum heredem adstringeret, quàm adeundi animo id fecisse. *Verùm* ad hanc dubitationem respondeeri poterit: licèt actus solutionis ambiguus sit: nihilominus tamen ex eo aditionē hereditatis in dubio præsumi: propterea quòd pro alio homines rarò & difficulter solvant. Itaq; qui debitum exolvit; magis pro se & nomine proprio, quàm pro alio exolvisse præsumitur: cum circa illa, quæ verisimiliora & frequentiora sunt, præsumptio versetur. *l. & magis. 4. & l. cùm ex pluribus. 97. ibi, potior habebitur propria, quàm aliena causa. ff. de solutionib.*

Similis quæstio occurrit: an is, qui inventariũ con- 6 fecit post hereditatem sibi delatam, censeatur hereditatē agnovisse solâ inventarii confectione? Id quod affirmant *Bartol in l. gerit. 88. n 34 ff. de acq. vel omitt. heredit. Cynus. in l. ult. §. sin verò postquam. 12. C. de jur. deliber. Capra consil. 9. n. 1. Ruin. cons. 163 n. 1. lib. 4 Osascus decis. 147. n. 22. & Cravetta cons. 384. n. 4 p. 3.* Sed ab hac opinione recesserunt. *Salicetus. Alexand. Iason. Nevizanus, Mascardus, & alii, quos refert & sequitur Menochius d. lib. 4. præsumpt. 101. n. 95. vers. contrariam itaq; opinionem, &c.* Pro quibus adduci potest textus *in d. l. ult §. donec. 11. ibi, sed sit hoc spatiū*

ipsa

ipso jure pro deliberatione heredibus concessum. & §. sin autem hoc.14. verf. si non recusaverit. C. de jur. deliber. ubi requiritur, ut post inventariũ confectum heres repudiet, vel adeat. Ideòq; ipsa inventarii confectio
7 per se aditionẽ non inducit. Neq; obstat, quòd inventarii confectio soli heredi convenire dicatur: ac proinde conficiens inventarium adire hereditatem videatur, quasi faciat actum, qui tantùm ab herede fieri possit. *d. l ult. §. sin autem dubius. 2. C. d. t.* Nam hoc sic accipiendum est; quòd solus heres inventario opus habeat: non autem, quòd is, qui nondum heres est, citra nomen & jus heredis inventarium conficere nequeat. Siquidem eo consilio heres inventarium conficere potest, ut fiat certior de vitib⁹ hereditatis, & postea eam adeat. *Porrò de variis gestis & factis, ex quibus colligitur adita, vel non adita hereditas, latissimè disserit Menochius praallegatâ præsumpt. 101 per tot.*
8 Nudâ voluntate quis heres efficitur; si qualibuscunq; verbis, se velle hereditatem suscipere, apertè profiteatur, *hoc §. nostro. Donell. lib. 7. Commentar. de jur. civ. c. 8. pag. 139. Duaren. ad tit. ff. de acquir. vel omitt. heredit. c. 3. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. part 3. tit 21 pag 404.* Quibus autem verbis hereditas adita præsumatur, copiosè post alios exponit Menochius *d. lib. 4. præsumpt. 100.* Cæterùm de nudâ voluntate acriter Doctores disputant: an sola ad aditionem hereditatis sufficiat, nullo actu, verbisvè ex-
9 pressa, sed animo tantùm concepta? Et sufficere voluntatem solam, existimârunt *Accursius in d. l. pro herede. 20. in princ. in verb. quàm animi ff. de acquir. vel omit hered. Roman. in d. l. gerit. 88. n. 6 ff eod Signorol. consil. 188. col. 2. verf. præterea cùm sola, &c. Practic. Papiens. in formâ libelli, quo petitur hereditas ex testamento, in verbo, purè num 4. Cornens consil 75. col. 2. vers. item pondero. lib. 2. & consil 254. n. 2. lib. 4. Ioan. Fab. in hoc §. n. 4. & alii.* At contrarium plerią; non
10 sine ratione amplexi sunt. Tum quia destinatio mente retenta nullum parit effectum, sive *(ut vulgò loquuntur)* propositum seu actus in mente retentus nihil operatur. *l. si repetendi. 7. ubi Gothofred. C. de condict.*
11 *ob caus. dator.* Tum quia solo animo, & solâ voluntate quis non obligatur, nisi Deo. *l 2. ibiq; Dd. ff. de pollicitationib. Hostiens. in summa. de voto. gloss. & Bartol. in d l. gerit. 88 ff. de acquir. vel omitt. heredit. Bald. & Salicet. in l. potuit. 5. Cod. de jur. deliber. Menochius d. lib. 4 præsumpt. 99. n. 6. cum seqq. ubi plures citat. Vaudus lib 2. quæst. 25. Dn. Collega Bocer class 3. disput. 11. thes. 33 edit. 2. Anton. Matthæus & Mynsinger. hic n. 3. D. Plebst. disp 3. de jure topico Wirtemberg. th. 189. lit. A. edit. 1. & Hœnonius. disp. 10. ad Instit. controv. 18.*
12 Hanc sententiam non evertit *l. pro herede. 20. in princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* ubi dum Vlpianus ex Juliano scribit; pro herede gerere, non tam esse facti, quàm animi: ab ipso facto animum separare, adeò que velle videtur, solo animo aditionem hereditatis perfici. *Etenim respondetur:* Jurisconsultũ dicere voluisse, animum magis spectandũ esse in hereditatis aditione, quàm factum, quod ambiguum plerumque est: nisi declararetur animus, quo scilicet jure illud fit actũ. *Menoch. d. præsũ 99 n. 17. Bachov.⁹ hic n. 2. & 3. p. 539.*
13 Eandem non destituit sententiam *d. l. gerit. 88. ff. d. tit.* ubi Paulus ait, pro herede intelligi gerere eum, qui animo solo agnoscit successionem, licèt nihil attingat hereditarium. *Hoc enim* non eò pertinet, ut pro herede possit animo solo geri: sed ita accipiendum est, ut si quid heres non hereditarium, quasi hereditarium attigerit, intelligatur gessisse: veluti *(quemadmodum Iureconsultus subjicit)* si domum defuncto oppignoratam, necdum repignoratam, putans hereditariam retinuerit: aut rem alienam, quasi hereditariam possederit. *Vaud. d. lib. 2. quæst. 25.*

Similiter hanc assertionem non debilitat *hic §. nofter. verf. sicut autem, &c.* ubi cùm dicat Justinianus, nudâ voluntate, solaq; animi destinatione repudiari posse hereditatẽ, sicuti adiri: inde sequi videtur, solo animo aditionẽ fieri posse, *argument. l. is, qui destinavit. 24 ff. de rei vindicat.* Nam Imperator illic significare voluit, in hereditatis aditione haud quidem necesse esse attingere aliquid hereditarium: sed tamen non excludi animi declarationem. *Ita docet Menochius d. lib. 4. præsumpt. 99. n. 18. & seq. ubi & aliis objectionibus sufficienter respondet.* 14

Cùm igitur absq; verbis, nudâ etiam voluntate, actu aliquo declaratâ, aditio hereditatis fieri possit: nihil prohibet, quò minùs surdus & mutus, sive naturâ, sive casu factus, pro herede gerendo, & nutu voluntatem suam declarando, acquirere hereditatẽ valeat: *ut traditur in fine hujus §. & in l. mutum. 5. & l. pater. 93. § 1. & 2. ff. de acq. vel omitt. heredit.* Infans sanè, & furiosus ad acquirendam hereditatem, cùm ad hoc maxime animus & voluntas exigatur, inepti sunt. *l. pupillus. 9. l. pro herede 20. l. qui servum. 47 & l. furiosus. 63. ff. eod.* Infantis tamen nomine ejus pater, vel tutor hereditatem acquirere potest. *l. si infanti 18. in pr. & § 2. C. de jur. deliber.* Ast impubes major infante ipsemet adire sive acquirere potest hereditatem, sed consentiente patre, cujus sub potestate est, vel cum tutoris auctoritate, si sui sit juris; aut, si hos non habeat, ex prætoris decreto. *d. l. si infanti. 18. §. ult. C. d. tit. Donell lib. 7. Comment. de jur. civil. cap. 9 pag. 145. ibiq; Hilliger. in suis not. ad lit. C.* Sed licèt pubes hereditatem consensu curatoris sui acquirat. *l. cùm quædam. 26. C. de administrat. tut. vel curat. l. 3. C. de in integr. restit. minor. Ioan. Robert. Aurel. lib. 1. animadvers. jur. c. 12.* non tamen ipsi per curatorem hereditas acquiritur. *l. per curatorẽ. 90. ff. de acq. vel omitt. hered.* ut nec furioso per ejus curatorem. *l. ult §. tali. 7. ibi, quatenus siquidem resipuerit furiosus, & acquisitionem admiserit, &c. C. de curatore furiosi.* neq; pupillo per tutorem ipsius. *l. potuit. 5. C. de jure deliber. D. Bocer. class. 3. disput. 11. thes. 16. Treutl. disp. 12. th. 6. vol. 2. ibiq; Bachov. in suis not. & animadv. p. 727.* Et certè (utut reclament & oggänniant Duarenus *lib. 2. disp. anni verf. c. 27. & ad t. ff. de acq. vel omitt. hered. c. 4. non procul à fine.* & Fachineus *lib. 6 controversiar. jur. c. 96.*) neque per curatorem *dict. l per curatorẽ. 90. ff. de acq. vel omitt. hered.* neq; per procuratorẽ heredi acquiri hereditatem posse, probabili⁹ videtur. Tum quia hereditatis aditio est actus legitim⁹. *l. actus legitimi. 77. ff. de regul jur.* Actus autem legitimi per aliũ expediri nequeunt. *l. nemo alieno nomine.* 15 16 17 18 19 20

21 23.*in pr. ff d. tit.* Tum quia non alius hereditatē adire potest, quàm cui delata est. *l. si quis.* 21. §. *sed istā demum.* 2. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Atqui procuratori non delata est, sed principali. Ergo & is illam
22 adire debet. Tum quia nominatim legibus cautum est, per procuratorem nihil nobis acquiri posse, exceptà solà possessione, & per hanc dominio. *l.* 1. *Cod. per quas person. nobis acq.* §. *ex his itaq.* 5. *supr. eod. l.* 1. *Cod. de acq. & retinend poss.* Tum etiam quia aditio in solà voluntate heredis consistit, *hoc* §. *nostro. &*
23 *d. l. gerit.* 88. *ff. de acq. vel omitt. heredit.* Ideòque statim, atque mandat heres procuratori, ut adeat hereditatem, eo ipso adivisse censetur. *l. si ego.* 26. *ff. d. tit.* ubi pater pro parte institutus, jubendo filium simul institutum pro parte suā adire, statim fit heres ex asse, & quidem antequam filius adierit. Sic etiam si dominus mandet procuratori, ut adeat: statim ipso mandato satis declarat: se velle hereditatem ad se pertinere: quali declaratione unusquisque statim heres efficitur, *hoc* §. *nostro. ibi, quoquo modo voluntatem*
24 *suam declaret, &c.* Tum postremò quia cùm singulari jure sive privilegio Cæsari concessum sit, ut per sui procuratoris aditionem acquirere hereditatem possit. *l.* 1 §. *ult ff. de offic. procurat. Cæsar.* perspicuum est, in procuratore privati diversum jus obtinere. Nec movet, quod à dissentientibus regeritur: procuratorem Cæsaris hoc duntaxat diversum, adeòque præcipuum jus habere: ut ad hereditatem adeundam & acquirendam nomine Cæsaris generale mandatum ipsi sufficiat: in aliis speciale mandatum requiratur. *Licèt* enim prius concedamus; nihil tamen vetat, quò minùs posterius negemus: cùm specialitas vel generalitas in proposito nihil efficiat, sed declaratio voluntatis desideretur: quæ, accedente speciali mandato, statim mandantem heredem facit.
25 Sic quoque non resistit: quòd, cùm bonorum possessio per procuratorem, ad hoc specialiter constitutum, acquiratur; per eundem & hereditas acquiri queat. *l. bona.* 3. §. *acquirere.* 7. *ff. de bonor. possessionib. l. si maritus.* 5. *C. mandati.* Hoc namque in casu diversum jus est in bonorum possessione, quàm in hereditate. Illa quippe magis ad corporalem acquisitionem possessionis accedit, quàm hereditas: cùm Prætor heredem non faciat. § *quos autem.* 2. *infr. de bonor. possessionib.* Sed & jus prætorium jure civili, quod dire- 26
ctum & asperum est, indulgentius & mitius reputatur, *argum. l. jus autem civile.* 7. §. 1. *ff de justit. & jur.* Proinde immota conclusio est: hereditatem per procuratorem non acquiri, hoc est, solennia aditionis frustrà ab eo peragi: sed rectè nihilominus per procuratorem, ut fungatur vice nuncii, vel epistolæ, animum adeundi declarari. *Ita docent Contius lib.* 2. *subseciv. lect. c.* 17. *Cujacius libr.* 1. *observat. c.* 34. *Petr. Fab. lib.* 2. *Semestr. c.* 22. *Hotoman. illustr. quæstion.* 34. *Arumæus Exercit. Iustin.* 7. *in Parerg. Bronchorst. centur.* 2. *ἐναντιοφανῶν. assert.* 39. *edit.* 1. *Rober. disput.* 13. *coronid.* 2. *Hœnon. disput.* 10. *ad Institut. controversia.* 11. *Donell. d. lib.* 7. *Comment. de jur. civ. c.* 9. *pag.* 146. *ibique Hilliger. in suis notat. ad lit. F. & Hunnius lib.* 2. *var. resolut. jur. civ tract.* 5. *q.* 29. *pag.* 599. *& seq.*

Etsi porrò, *secundùm opinionem communem*, perpetua est hereditatis aditio, & usque ad triginta annos 27
durat. *l. sicut* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. l. licèt.* 8. *C. de jur. deliber. Coras. lib.* 6. *Miscellan. jur. civ. c.* 21. *Wesenbec in Paratitl. ff. de acq vel omitt. heredit. num.* 7. *Heigius hic numer.* 13 *Treutler. disput.* 12. *thes.* 5. *sub lit. E. volum.* 2. *ibiq. videatur Bachovius in suis not. & animadvers. pag.* 725. *Mynsinger. centur.* 2. *observat.* 71. *ubi plures citat*: attamen instantibus 28
creditoribus, aut liberis defuncti, potest ei, ad quem spectat successio, certum tempus definiri, quo deliberet, utrùm ipsi adire hereditatem, nec ne, expediat. *l. si curatoris.* 9. *C. de jur. delibor.* Tempus autem ad deliberandum ab Imperatore annale spacium; à reliquis Judicibus novem mensium indulgeri, constat *ex l. ult.* §. *& hæc quidem.* 13. *C. eod. & monuimus ad* §. *extraneis.* 5. *num.* 2. *suprà hoc tit.*

DE LEGATIS,

TITULUS XX.

Principium Tit.

Post hæc videamus de legatis: quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur. Nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur. Sed cùm omninò de testamentis, & de heredibus, qui in testamento instituuntur locuti sumus: non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

SUMMARIA.

1 *Objectio de ordine perturbato, ejusq. refutatio & ordinis ratio.*
2 *Legata & testamentis, & ab intestato relinqui possunt.*
3 *Legata testamenti ubi sita, ejus veluti pars & accessoria dicuntur.*
4 *Oeconomia sive dispositio & partitio hujus tituli in sex partes.*

Explicaturus de legatis Imperator Justinianus, duo breviter præmittit. Primò objectioni deordine inverso occurrit: deinde reddit rationem ordinis. Objectio hæc est: actum est hactenus de modis acquirendi dominii universalibus, ut de testamentis. 1
At legatum esse modum singularem, minimè ambigitur. §. *ult. f. per quas person. cuiq. acquiritur.* Objectionis refutatio, sicq; ratio ordinis hæc est: quandoquidem expositum est de testamentis, aliisq; rebus in illis fieri solitis, ut de institutione heredis, exheredatione, substitutione, &c. Legata autem olim non nisi 2
in testamentis relinquebantur. §. *præterea.* 10 *inf. de fideicommissar. heredit atib. l. legatum.* 116. *in princ. ibi, quā testator. ff. de legat.* 1. *l. legatum,* 36. *ff. de legat.*

legat. 2. & hodie etiam plerumque testamentis inseruntur: tametsi ab intestato quoque relinqui possint. *l. unic §. hac autem.* 14. *C. de caduc. tollend. & post Accursium hic super verb. sequenti.* tradunt *Schneidevvinus num.* 2. *Mynsinger. num.* 4 *Vultejus num.* 2. *& idem in §. mortis causa. f. de donationib. num.* 8. *Wesenbec. Berthelt. & alii ad d §. praeterea. infr. de fideicommissar. heredit. itemq; Gœddæus ad leg. verbis.* 120. *ff. de verbor. signific. n.* 2. Igitur doctrinæ testamentorum haud ineoneinnè subnectitur doctrina
3 sive tractatio legatorum: maximè cùm ea in testamento relicta, testamenti quodammodo pars, & velut accessoria seu appendices dicantur, *arg. d. §. praeterea. te. infr. de fideicomm. ff. heredit.* Sed hac de re latiùs *Iason. in Rubric. ff. de legat.* 1. *num.* 4 *Zasius ibid. & Secin. num.* 19. *Ripa num.* 6. *& Bolognet. num.* 62. *Ioan. Crettus ad rubric. de testament. num* 4. *ibiq; Cravet. num* 16. *& seq. Grassus lib.* 1. *receptar. sentent. §. legatum. q.* 2. *Vvu. lib.* 2. *commun. opinion. in verb. legatum est. Vaconius à Vacuna libr.* 4. *declaratior.* 52. *Ib. Martilius & Petrus Heigius. hic num.* 3. *&* 4.

4 Licet porrò isthæc legatorum materia in Pandectis fusissimè explicetur, *nempe tote lib.* 30 *&* 5. *sequentibus*: eam tamen hic Justinianus, habitâ compendii ratione, tribus duntaxat titulis perstringit: quorum primus, cujus interpretationem nunc (divini Numinis auspicio) suscepimus, tractat de legatis dandis: alter de adimendis: tertius de iisdem per legem Falcidiam diminuendis. *De quibus singulis infrà suo loco.* Cæterùm hujus tituli sex potissimùm constituuntur partes. I. Legati definitionem ponit. *§. legatum.* 1. II. Divisionem legatorum veterem continet. *§. sed olim.* 2. III. Legatorum & fideicommissorum exæquationem complectitur. *§. sed non usq;.* 3. IV. Indicat, quæ res legari possint, vel non possint. *§. non solùm.* 4. *& multis sequentib.* V. Quibus legari possit, vel non, aperit. *§. legari.* 24. *& seqq.* VI. Quâ forma legata relinquantur, exponit. *§. ante heredu.* 34. *& seqq.*

§. *Legatum.* 1.

Legatum itaque est donatio quædam, à defuncto relicta, ab herede præstanda.

SVMMARIA.

1 *Legatum unde derivetur.*
2 *Legandi verbum generale & speciale: & quid utrumque contineat.*
3 *Quatuor legati definitiones.*
4 *Legatum quare dicatur donatio quædam.*
5 *Legatum in quo differat ab aliis donationibus.*
6 *Mortis causa donatio præsentiam partium exigit: legatum non item.*
7 *Legatum & mortis causâ donatio quibus verbis fiant.*
8 *Accusans testamentum, ut falsum, legatum in eo relictum perdit, non verò mortis causa donationem.*
9 *Filiusfamilias patris consensu mortis causâ donare potest: legare non æquè.*
10 *Mortis causâ donatio quando revocetur.*
11 *Utrùm legatum sit, an verò inter vivos donatio, quando testator donandi verbo utitur, ac in testamento aliquid præsenti & acceptanti donat.*
12 *Verba secundùm subjectam materiam intelligenda.*
13 *Legatum quibuscunq; verbis relinqui potest.*
14 *Testibus in testamento præsentibus rectè legatur.*
15 *In testamento nullus fieri potest actus, ad testamentum non pertinens.*
16 *In ambiguâ oratione id accipiendum est, quo res, de quâ agitur, magis valeat, quàm pereat.*
17 *Legata hodie fideicommissis per omnia exæquata.*
18 *Verba definitionis legati illa, ab herede præstanda, retinenda.*
19 *Legata interdum tum ab ipso testatore, tum à legatario & fideicommissario præstantur.*
20 *Iura constitui oportet in his, quæ ut plurimùm accidunt.*
21 *Definitionem bonam aptari ad regulam, & communiter accidentia, sufficit.*
22 *Dominium rei legatæ rectâ via à testatore transit in legatarium.*
23 *Distinctio vetus inter legatum vindicationis & damnationis.*
24 *Heredis præstatio est necessaria, ratione possessionis.*
25 *Quid Harmenopuli & Theophili auctoritati tribuendum.*
26 *Exemplaria manuscripta quam obtineant auctoritatem.*
27 *Legatum in dubio ab herede relictum præsumitur.*
28 *Testator in dubio heredem gravare voluisse censetur.*
29 *Si testator impersonaliter loquatur, dicendo: dentur Titio centum aurei: eos ab herede reliquisse intelligitur.*
30 *Relictum nominatim ab executore testamenti, ab herede relictum existimatur*
31 *Legatum à tutoribus relictum, ab ipsis pupillis relictum creditur.*

§. *Legatum.* 1. *Inst.*

PRima hujus tituli pars definitionem legati comprehendit. Verùm antequàm ea explicetur, de 1
verbi origine sive etymologia (quam Imperator hoc loco omisit) est dispiciendum. Vlpianus *in fragment. Institut. tit* 24. *de legat.* legatum à lege dictum putat: quòd legis modo sive formulâ relinquatur: ut, Titio centum do, lego: Titius centum capito, sumito, &c. *Vlpianum sequitur hic Valent. Gutliel. Forsterus, & Iohannes Gœddæus ad l. verbis legis.* 120 *ff. de verb. sign. num.* 1. *pag. mihi* 875. M. Terentius Varro *lib* 4. *de linguâ Lat.* huncque secuti Hugo Donellus *lib.* 8. *Commentar. de jure civ. c.* 1. Wesenbec. *in paratit. ff. de legat.* 1. *num.* 2 Hotoman. *hic enunciat.* 1. & Treutler. *vol.* 2. *Disput.* 13. *thes.* 1. *lit a.* legatum & legare, à legendo, id est, deligendo, deducta existimant. Qui enim legat, delibat aliquid, seu deligit ex totâ hereditate, quod mavult ad legatarium, quàm ad heredem pertinere, *arg. l. legatum* 116. *in princ. ff. de legat.* 1. Sed hæc notatio, utpote cujus nulla sit cum legato affinitas, non placet Bachovio *in not. Treutler. d. loco, pag.* 747. Porrò Hubertus Giphanius, cùm hanc materiam olim, me Auditore, in Argentoratensi Academiâ publicè interpretaretur, affirmabat: (*ut & hic ex Commentariis ejus admodùm mendosè excusis effloresrit*) legati vocabulum non ineptè derivari posse à Græco verbo λήγειν, id est, quiescere, vel finem facere. Vnde & λῆξις veteribus Græcis idem valet, quod legatum, sive potiùs bona & hereditas. Nam legandi verbum duplex esse constat: generale & speciale. Generaliter continet omnia, quæ in testamentis relinquuntur. *d. l. verbis legis.* 120. *ibiq; Alciat. ff. de verb. signific. Vult. hic num.* 1. *Viglius ad princ. tit. f. de testament. ordinand. num. ult. Schegkius in Delibatis jur. Disput.* 12. *th.* 1. *Vide Dn. Collegam Beseldum in thesauro practi-*

practico.lit. V. num. 15.pag. 806. Specialiter ad solas singulares donationes, post mortem ab herede præstandas, refertur. Atque in hac ipsa significatione legati sive legandi verbum hic accipitur. Proinde hoc sensu quæ de legato traditæ sint definitiones, jam videndum.

3 Extant autem in jure quatuor definitiones legati. Prima est Vlpiani *in fragment.d.tit.24.* Legatum (inquit) est, quod legis modo, id est, imperativè, testamento relinquitur. Nam ea, quæ precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur. Secunda est Modestini, qui asserit, legatum esse donationem, testamento relictam. *l.legatum.36. ff.de legat.2.* Tertia est Florentini hujusmodi: ut legatum sit delibatio hereditatis, quâ testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit, *præcitatâ l. legatum.116.ff de legat.1.* Quarta est hoc loco Justiniani, secundùm quem, Legatum est donatio quædam, à defuncto relicta, ab herede præstanda. Quæ definitiones omnes verbis quidem distant: sed re ipsa sive sententiâ planè conveniunt, *ut eleganter & nervosè ostendit Donellus d.lib.8.Commentar. cap.1.pag. 222. cum seq. Forster.junior lib.sing.de dominio. cap. 9. n. 242 pag 351. & Angelus Matthæacius in tract. de legat. & fideicommiss.c.1.numer.3.* Cæterùm nos, explicatione trium priorum prætermissâ, hanc Justinianeam paucis expendemus; & quoad ejus fieri poterit, sartam tectam conservare studebimus.

4 Legatum dicitur, *donatio:* quia ex merâ liberalitate ac munificentiâ proficiscitur. *l.1.ff.de donationibus. l.rem legatam.18.ff. de adimend. vel transfer. legat.* & nullum onus aut incommodum, sed lucrum duntaxat, ut pura donatio, in se continet. *§. si res aliena. 6 infr. hoc tit. l si hereditatem.32. vers. nam legatum. ff.mandati.l.apud Celsum 4.§ si quis ex uncia 11.ff.de doli mali. & metus except l.ult.C.de heredit.ar. actionib.* Quâ in re differt legatum ab heredis institutione, sive ab hereditate; quæ & lucrum & onus habet, sicut & bonorum possessio. *d.l. si hereditatem.32 ff. mandati.l. 1.& 3.ff.de bon.possess.l hereditatis 119. ff. de V. S.* Donatio item est juris figura, quâ res tantùm singulæ deferuntur: heredis verò institutio est modus deferendarum rerum per universitatem, *per principium hujus tit. & §. ult. supr. per quas person. cuiq; acquirit. D. Bocer. hic n. 8. pag. 503. & Rittershusius pag. 287. Vide Timæum Fabrum disp.20.ad Instit.Imperial. thes. 1 lit. A.*

5 Adjicitur in legati definitione, *quædam.* Quâ adjectione significatur, legatum esse donationis speciem, ab aliis donationis speciebus sive generibus, putâ donationis inter vivos, & donationis mortis causa, distinctam. Etenim à donatione inter vivos discernitur: quòd legatum usque ad supremum vitæ exitum, idque vel nudâ voluntate, revocari possit. *l.si quis ita. 3 §.fin. & l seq ff.de adimend.vel transfer. legat.l.1.C. de SS. Eccles.* Donatio verò inter vivos semel perfecta, temerè, hoc est, nisi ex justâ causa ingratitudinis, revocari nequeat. *§.alia.2 ff de donationib l. ult.C.de revocand. donationib. gl. hic super verb. donatio quædam. Mynsinger & Schneidew v. n. 6.* Sic etiam à
mortis causa donatione (quæ tamen aliàs legato est
simillima, eique comparari dicitur. *§ 1.ff.de donatio-
nib. l. 2. ibi, ad exemplum legatorum. ff. de Public. in
rem act.l.1.§.1.vers. nec immeritò. ff. si quid in fraud.
patroni fact.sit.l. Marcellus 15.in fine.l.etsi debitor.17.
ad fin.l illud.37.in princ.ff.de mortis causa donationi-
bus*) legatum discrepat. Primùm, quia donatio causa 6
mortis præsentiam & conventionem partium exigit.
*l senatus.35.§ ergo qui mortis. 3 ibi, negotium geri. &
l.inter mortis 38.ff.de mort.caus.donat.* Legatum au-
tem sine conventione alicui relinquitur, & maximè
in absentem & ignorantem confertur. *l.cùm pater.77
§ surdo.3.ff.de leg.2.* Deindè, quia donatio mortis cau- 7
sa fit his, vel similibus verbis: *Dono Titio hanc rem,
sed hac conditione, ut si ex peregrinatione reversus,
eam mihi reddat.* At legatum fit his verbis: *Hanc rem
Titio lego: heres meus dato, &c.* Adhæc, quia is, qui 8
accusat testamentum, ut falsum, legatum in testamen-
to relictum perdit: at non mortis causa donationem:
quoniam hæc morte, non testamento, confirmatur,
*l post legatum.5.§. qui mortis causa.17.ff.de his, quæ ut
indig.aufer. D.Obrecht. in Disp. 4. de mort. caus. do-
nat.th.199.* Præterea, quia filiusfamilias patre con- 9
sentiente mortis causa donare potest: sed legare non
potest. *l.tam is 25 §.1.ff de mort caus.donat.l. 2. cum
inibi notatis ff de legat.1.* Denique, quia in donatiône
mortis causa donator se habere mavult, quam eum, 10
cui donat: ideoque revocatur cessante periculo, cujus
intuitu facta est, *d.§. 1.ff. de donation.* Legatum verò
durat, etiamsi testator ex morbo convaluerit; modò
illud non revocaverit. *d.3.§.ult. & l.4. ff. de adimend.
vel transf.legat.* De istis, & aliis inter legata & dona-
tionem causa mortis, differentiis explanatiùs, *post
glossam,* tractant plerique Interpretes *ad d.§.1.ff de do-
nationib. ubi & nos nonnullas exposuisse, meminimus.*

Cæterùm controversa & anceps circa prædicta 11
ventilatura à Doctorib quæstio: utrùm legatum sit,
an verò inter vivos donatio, sicque irrevocabilis,
quando testator donandi verbo utitur, ac in testamen-
to donat aliquid præsenti & acceptanti? Et donatio-
nem inter vivos esse, tradiderunt *Angelus Aretinus
hic n.2. Ioan.Crot. in rubr. ff de legat.1. n. 10. & ibi-
dem Cravetta numer. 133. & Ludovic. Alvarus n.
143. Fernand. Vasq. lib.3. de succession creat. §. 23. n. 3.
Menochius libr. 4. de præsumptionib. tom. 2. præsumpt
105. num.18. & 19. aliiq; per hunc citati.* At legatum
esse, docuerunt alii non pauci, *Ioan. Fab. in hoc §. no-
stro. Iacob. Nigor. ad Rubr. ff de legat. 1. n. 13. Socin. Iu-
nior. ibidem n. 63. Francisc. Caldas ad l. si curatorem 3.
C. de in integr. restit. minor in verb. sine curatore. n.
19. vers. contrarium tamen, &c. Mantica lib. 8. de
conjecturis ultimar. volunt. tit. 1. n. 36. vers sed ad-
vertendum est, &c. Quos omnes novissimè refert &
sequitur Andreas Fachinæus lib. 5. controversiar. jur.
cap.32* Hujusque sententiæ (quam & ego verissimam
esse censeo) ratio perspicua est: Tum quia verba sunt 12
intelligenda secundùm subjectam materiam, etiamsi
improprientur. *l. si uno. (in Gothofredi Corpore est
l.ex conducto.15.§.4 vers. sed & si verbo.) ff.locati. l.
sed si possessori. 11.§. item si juravere. ff. de jurejur. &*

utrobiq;

utrobiq; Dd. In propositâ autem specie, subjecta materia est testamentum, cui magis congruit legatum
13 & fideicommissum, quam donatio inter vivos. Tum quia legatū nihil aliud est, quam donatio, *per hunc §.* & quibuscunque verbis fieri atque relinqui potest, *ut elucescit ex §.proximo.infr. hoc tit. & l.2. C. commu-*
14 *nia de legat. &c.* Tum quia & dictantibus testamentum, & testibus in testamento præsentibus rectè legatur. *§.legatariis.f.de testament. ordinand. l. si quis ita scripserit.14.ff.de reb. dub l.dict.antib 22. C. de testa-*
15 *ment.* Tum etiam, quia in testamento fieri non potest talis inter vivos donatio, nec ullus alius actus sive contractus (etsi contrarium communi Dd opinione sit receptum, *de quâ latè Tiraquellus de legibus connubialibus,in verb contracter glos.5.num 101.*) qui ad testamentum non pertineat. *l heredes palàm 21.§.ult. ff. qui testam.fac poss.& l. cùm antiquitas 28.C.de testament.* ubi expressum est, testamentum uno contextu fieri debere, nullo actu extraneo & diverso interveniente. Contractum autem, sicque donationem inter vivos & testamentum esse actus diversos, totoque inter se genere distinctos, certum est. *arg.l. verba, contraxerunt.20.ff. de verborum signific. Bronchorst. cent.2. ἐναντιοφανῶν assert. 29 edit. 1. Arumaus Exercitat. Iustin.7.th.18.& fusius explicuimus in §. sed cùm paulat.3.n.6. & seq. f. de testament. ordinand.* Nec obest, quòd, licèt testamentum uno contextu fieri, proindeque nullus contractus alienus & diversus misceri debeat: si tamen misceatur, non vitietur: sed potius testamentum ipsum non subsistat: & consequenter in præsenti themate donatio inter vivos valeat, tametsi forrassis testamentum corruat. *Nam respondetur:* inde sequi, donationem in dubio non esse præsumendam, sed potiùs legatum: quandoquidem si legatum sit, valebit utrumque, & testamentum &
16 legatum. Quoties enim ambigua est oratio: commodissimum est, id accipere, quo res, de quâ agitur, magis valeat, quàm pereat. *l quotiens.12 l ubi.21.ff. de reb.dub l.cogi.16 in fine princip ff.ad Senatuscon. sultum Trebell l. quotiens in stipulationibus.80. ff. de verborum obligat.l.quotient.67.ff.de regul jur. Fachin.d lib.5.controvers.cap.32.in fine.*
17 Sed ut ad definitionem redeamus, in eâ additur: *à defuncto relicta.* Et rectè quidem: quia verbum istud (*defuncto*) generale est, & ad omnem defunctum, tam testatum, quàm intestatum, pertinet: quoniam hodie, postquam legata fideicommissis per omnis sunt exæquata. *l.2. C.communia de legat. & infr.§ 3.* non minus legatum, quàm fideicommissum ab intestato relinqui potest, *arg §.preterea.10.infr.de fideicommissar.heredit. & supr.in principio tituli dictum,n 2.*
18 Postrema illa definitionis verba (*ab herede prestanda*) quantumvis multi, tanquam spuria & supposititia, non agnoscant, *Harmenopulus libr. 15. Epit. tit. 10.Theophilus in paraphrasi, Cujacius in notis posterioribus, Baro, Hotomanus, Giphanius, Borcholt, Heigius, & si qui sunt alii hic. Duarenus in princ. tit. ff. de legat.1 Goedd adl.verbis. 120. num.2. in fine. ff. de verborum significat. Bernard Walther.lib.1. Miscella neor.cap.7. Bronchorst.cent.2. ἐναντιοφ. assert.45.edit.* 1. ego tamen iis promptè assentior, qui verba ista, ceu necessaria, sicque minimè ociosa, omninò retinenda esse existimant. Siquidem heres, hereditatis aditione quasi contrahit cum legatariis. *§ heres.5 infr. de obligat.que q. ex contract. nasc. l. qui cum alio. 19. ff. de reg.jur.* Ex illo quasi contractu nascitur obligatio & actio, quâ legatarius ab herede legatum petit, *Anton. Fab.lib.6.conjecturar.cap.1.post medium. Donell.prædicto lib.8.Commentar.de jur.civ.cap.1.pag 223. ibiq. Hilliger. in suis not. lit.g. Mynsing. num.4. Wesenbec. num.3. Vult. n.5. Balduin. Anton. Matth. Th. Marcil. & Guiliel. Forst.in hoc §.idem Forster. d. libr. singul. de dominio.cap.9. num. 242. pag. 255. Dominic. Arumaus Exercit.Iustin.9 thes.1 Conrad. Olemannus ad lib.2. Antinomiar jur. civil. Giphanii, Disput.19.n. 9. cum aliquot seqq. Martinus Schickhard. disp. 9. ad Inst th.1 ad lit.d pag 355. Hunnius var resol.jur. civ. lib.2 tract.8. quæst. 1. & iisdem verbis in resolut. ad Treutler.vol.poster.disp.13.th.1.pag.54.& seqq.*
Nec hanc sententiam impugnat: quòd legata non 19
solùm interdum ab ipso testatore in vitâ ejus solvantur. *l.Lucius Titius 22.ff. de legat.2.l.filia. 11. C. hoc tit.* sed etiam à legatario & fideicommissario, itemque ab herede heredis vel legatarii præstentur, *l.si fuerit. 5.§.fin.cum l seq. ff. de legat.3. in princ. inf. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* Etenim jura constitui o- 20
portet in his, quæ ἐπὶ τὸ πλεῖστον, id est, ut plurimùm, accidunt; non quæ ἐκ παραλόγου id est, ex inopinato, *l.jura.3 ff. de legib.* & quod semel aut bis existit, prætereunt legislatores *l.τὸ γὰρ 6.ff.d tit.* Legatum autem ut plurimùm ab ipso herede relinquitur, & præ- 21
statur, quamvis aliquando etiam à legatario vel fideicommissario relinquatur, aut ab ipso testatore præstetur, *juribus ante allegatis.* Sed & sufficit, bonam definitionem aptari ad regulam, & communiter accidentia: ut tenet gloss. *Alberic. Cagnol, & alii in l. omnis definitio.202.ff de regul.jur. Abb. Panormitan. & Philip. Dec.in Rubr.de judic. Saliect. in l. precibus 8 col.2.C. de impuber.& aliis substitut. Alexand.in Rubr.ff soluto matrim.col.5.Iason.Orosius, Alciat,* aliique in *l. imperium 3 ff. de jurisdict.* quos referendo sequitur Fernandus Vasquius *lib.3.de successionum progressu.§.27.num 2.*
Neque refragatur etiam: quòd rei legatæ domini- 22
um rectà via à testatore in legatarium, sine ullo heredis facto, transeat. *l. à Titio 64. ff. de furt. l. legatum. 80 ff.de legat.2.l.1.in fin ff.de public in rem act. & similib.* Nam olim distinctio erat inter legatum vindi- 23
cationis & damnationis: & hoc quidem ab herede præstabatur, illud non item, *teste Paulo lib. 3. recept. sententiar.tit.6 § usufructus. & Vlpiano infragm. tit. 24.& Cajo lib. 2.Instit.tit.5.* Hodie verò sublata legatorum differentia, dominium est distinguendum à possessione: ut hæc ab herede, illud à testatore proficiscatur. Ac sanè adeò necessaria est, ratione possessi- 24
onis, heredis præstatio: ut illam legatarius, si propria auctoritate sive temeritate occupârit, heredi restituere teneatur. *l.1.§.2.ff.quod legator.* ubi Vlpianus ejus rei elegantem rationem subjicit: nempe quòd à quis-

solutionem legatorum in se recipere videtur: proin-
deq; legatarii ab eo rectè legatum actione in personam
12 petunt. Hæcq; in personam actio, ex testamento actio
dici solet. §. si res aliena. 6. inf. hoc tit. l. serve. 69. §. ult.
l. non quecunq. 82. in princ. l. quæsitum. 91. §. ult. ff. de
legat. 1. l. qui concubinam 29. §. si heres 3. ff. de legat. 3.
aliâs. 6. ff. de in lit. jurand. gloss. hic. in verb. personales.
& ad leg. hujusmodi 84. §. ult. in verb. personam. ff. de
legat. 1. Wesenbec. hic n. 2 Schneidevvin. n. 12. Myn-
singer. num 2. & cent. 5. observat. 61. num. 1. non so-
lùm si testamento, sed etiam si codicillis testamento
confirmatis legatum fuerit relictum. Siquidem hi
codicilli pars testamenti censentur. l. penult. ff. quem-
adm. testament. aperiant. & jus testamenti sequuntur.
l. ab intestato. 16. in fin. ff. de jure codicillor. Quòd si
verò intestatus quis decedens, legatum codicillis de-
derit, utilis ex testamento actio appellatur: propterea
quòd ejuscemodi codicilli vicē testamenti exhibeant.
d. l. 16 ad fin. ff. dict. tit. gloss. ad §. penult. in verb. re-
linquitur. inf. de codicill. & in l 2. vers. sit igitur. in
verb. personales. C. communia de legat. D. Collega
Bocer. class. 3. Disputat. 8. thes. 131. lit. c. edit. 2 &
infrà ad tit. 22. de lege Falcid. n. 128. pag. 601. Adde Ia-
son in l. 1. num. 100. & seqq. ff. de legat. 1. Quanquam
Donellus lib. 8. Comment. de jure civil. cap. 36 pag.
960. existimet: istam actionem in personam, jam non
vocandam ex testamento, sed actionem ex supremâ
voluntate & judicio defuncti: cùm legata hodie etiā
codicillis relinquantur: ut ita nomen fiat rei conse-
quens: quod fieri debere bene moneat Justinianus in
§. est & aliud. 3. vers sed nec. supr. de donationibus.

Ratio autem, cur actio in rem, sive rei vindicatio le-
13 gatariis competat, pro legatis relictis consequendis,
hæc est: quia hac actione dominus experitur adver-
sus eum, qui rem ipsius possidet. d. §. 1. inf. de actioni-
bus. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicatione. l. actio-
14 num. 25. in princ. ff. de obligationibus & act. Sed lega-
torum dominium, statim à morte testatoris, ipso jure
legatariis, illa agnoscentibus, acquiritur l legatum. 80.
ff. de legat. 2. l si mulier 3. §. si rem. 2. ff. de legat. 3. l. si
post diem 5. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. l. à Titio.
64. in fine. ff. de furt. Hacq; de re, post alios, fusiùs dis-
sertans Forster. junior lib. singul. de dominio. n. 243.
cum. seqq. pag. 356. & seq. Bachovius hic num. 3. pag.
544 & in not. ad Treutl. vol. 2. disp 3. th 7. lit. A Rie-
mer. decad. 7. quæst. illustr. 3. & 4. & noviter Franz-
kius exercitat. jurid. 7. quæst. 1. pag. 186. & seqq. Cæ-
terùm videndum: an non id. quod dictum est, legata-
rium petere ac persequi posse legatum actione perso-
nali, & rei vindicatione, repugnet rationibus & prin-
15 cipiis juris. Hæ namq; actiones omnino inter se sunt
contrariæ: adeòq; uni & eidem de eâdem re eodem
16 tempore concedi non possunt. Vindicatio quippe si-
ve in rem actio dominiū in agente præsupponit, dict. l.
in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat. dict. §. 1. inf. de a-
ctionibus. Actio in personam sive condictio idem adi-
mit. Nemo etenim rem suam, præterquam à fure, con-
dicit. §. sic itaq; discretis. 14 inf. dict. tit. l. ult. in fin. ff
usufructuar quemadm. caveat Hic obex licèt plerisq;
Interpretibus perdifficilis sit visus; hac tamen explica-
tione non incommodè (ut opinor) tolli poterit. Do-
miniū rei legatæ ipso quidē jure legatario, post mor-
tem testatoris, acquiritur: si legatarius dominium ist-
ud agnoverit, & super eo voluntatem suam declarave-
rit, arg. præalleg. leg. legatum. 80 ibi, & legatarius non
repudiavit defuncti voluntatem. ff. de legat. 2. l. si tibi
homo. 86 §. cùm servus. 2. ibi, si legatarius repulerit à
se legatum ff. de legat. 1 l. 1 §. utrum. 6. vers. quamvis
enim legatum. ff. si quid in fraud. Patronus fact. sit & si-
milium. At legatarius, qui personali actione experitur,
satis apertè significat: se illud dominium, quod ipso
17 jure transit in legatariū, non agnoscere. Qui enim vult
consequens: is etiam intelligitur velle omne neces(sa)-
rium antecedens, arg. l. ad rem mobilem. 56. ff de procu-
ratoribus. l. illud 77. ibiq; Dd. ff. de acquir. vel omitt.
hered Decian. consil. 1. n 249. vol. 1. Est autem perso-
nalis actionis necessarium antecedens: eum non esse
dominum, qui hanc actionem intendit. dict. §. sic itaq;
discretis 14. inf. de actionibus. Proinde legatari⁹ actio-
ne ex testamento agens, abundè declarat: se non agno-
scere legale illud dominiū, quod ipso jure volenti tan-
tùm legatario, non verò repudianti, acquiritur. Nec
quicquam movet, legatarium, qui legatum repudiat,
nullam penitus legati petitionem habere: ideòq; ne
personali quidem actione uti posse. Nam legatarius,
quo de hîc tractatur, nequaquā legatum prorsus repu-
diavit, sed tantùm à morte testatoris legale illud do-
minium acquirere noluit. E contrario autem legata-
rius, rei vindicationem instituens, non poterit actione
in personam experiri: cùm per istam actionem, se do-
minum esse, intendat: & consequenter omnem sibi
aditum ad personalem actionem ex testamento præ-
cludat. d §. 1. & dict. §. sic itaq. 14. inf. de actionibus.
dict. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat. Nec huic
contradicit. hic §. noster. & dict. l. 1. C. communia de
legat. ubi asseritur, legatario pro obtinendis legatis
tres actiones competere. Etsi enim tres legatario cō- 18
petunt actiones: non tamen eas simul potest intentare:
sed ex iis unam eligere debet, quâ legatū petat l. cùm
filius. 76. § variis. 8 ff. de legat. 2. l. 1. ibiq; Gothofr. C. de
furtis. Mynsi. h. n. 8 Schneid n. 22. Wesenbec. n 3. Heig.
num. 27. Ritershusius, Vultejus, & Giphanius in fine.

Porrò cur actio hypothecaria, ad legatum conse- 19
quendum, detur legatario, hæc est ratio: quia ei res he-
reditariæ tacitè sunt obligatæ sive oppignoratæ: &
ideò res hereditarias jure taciti pignoris, pro modo le-
gati aut fideicommissi. persequitur. Cæterùm res ipsi⁹
heredis, quas non accepit à defuncto, nullo hypothe-
cæ aut pignoris nexu obligantur legatario. d. l. 1. C.
communia de legat. Sed utrùm etiam ea ipsa res, quæ 20
legata est, pignoris jure legatario sit obstricta, adeòq;
legatarius eam hypothecariâ actione persequi possit,
dubitatur? Et verosimilius est: rem legatam à pigno-
ris vinculo esse liberam: propterea quòd res sua sibi
pignori obligari nequeat. l. neq; pignus. 45 ff. de regul.
jur. & l. non solùm. 33. § si rem tuam. 5. ibi, non intelle-
gitur quis suæ rei pignus contrahere. ff. de usurpat &
usucap. Atqui rei legatæ dominium rectâ viâ, & ipso
jure, à morte statim testatoris in legatarium transire,
si modò ipse postea agnoscat legatum, ex supra tra-
ditis

ditis luculenter constat, præcitatâ leg. à Titio. 64 ff. de
furt. & dict. l. legatum. 80. ff. de legat. 2. Et ita, post glos-
sam, sentiunt Angel Aretin. hic num. 5. Balduin super
verb. hypothecariam. & Mynsing. num. 7 & Iason in l.
1. num. 132. vers secundò in quantum. ff. de legat. 1. ubi
istud communiter teneri, testatur. Quibus adjicien-
dus est Bachovius hic n. 3. in verb. & per hypothecariã.
pag. 544. nec non Antonius Merenda lib. 3 controvers.
jur. cap. 48. num. 3. cum seqq. pag. 224. & seq. Quan-
quam contrariam opinionem magis communem, ad
eòq; ab eâ in judicando & consulendo non receden-
dum esse, existimet, post alios, quos laudat, Hierony-
mus de Cævallos in speculo aureo opinion. commun.
contra commun. quæstion. 103. num. 3. & seq tom. 1.
Cui sententiæ Dominus Collega Boecrus, subscriben-
21 do, in tit. 22. infr. de lege Falcid. n. 123. pag. 600 frustrà
tueri allaborat; quòd legatarius rem sibi legatam hy-
pothecariâ actione persequi possit. Nam textus ab
ipso allegati, videlicet d. l. 1. C. communia de legat. &
præsens §. nostr. vers nostra autem constitutio, &c. id
saltem efficiunt: quòd legatariis pro consequendis le-
gatis tres actiones competant, nimirum actio perso-
nalis (siquidem, ut supra dictum n. 10. & seqq. propter
aditam hereditatem legatarii heredem quasi ex con-
tractu obligatum habent. d. l. si quis absenis. 5 §. he-
res. 2. ff. de obligat. & actionib.) actio in rem (quia
dominium rei legatæ statim à mortè testatoris le-
gatariis acquiritur. d. l. à Titio. 64. ff. de furt.) &
actio hypothecaria: quoniam res hereditariæ legata-
riis tacitè obligatæ censentur. ut antè expositum num.
19. Ast illam ipsam rem, quæ legata est, legatario pi-
gnoris nexu obstrictam esse, nuspiam cautum reperi-
tur. Est enim ab omni ratione prorsus alienum: rem
22 legatam, cujus dominium legatario statim à morte te-
statoris acquiritur, eidem legatario oppigneratam esse:
cùm non solùm ab initio pignus rei suæ consistere ne-
queat. d. l. neq; pignus 45. ff. de reg jur. d. l. non solùm
33. §. si rem tuam 5. ff de usurpat. & usucap. sed etiam
pignoris jus ab initio utiliter constitutum extingua-
23 tur dominio acquisito, nec ampliùs perseverare pos-
sit. l. penult. in fin. ff. de except. rei judic. Quanquam
autem Dn. Boecrus dicto loco, n. 125. & seq. putat: præ-
dictas l. neq; pignus. 45 ff. de reg jur. & d. l. non solùm
33 §. 5. ff. de usurp. & usucap. tantùm procedere in hy-
potheca & pignore, conventione partium constitu-
endo, non in eâ hypothecâ, quam ipsa lex constituit:
quandoquidem legis potestas major sit, quàm homi-
num: attamen id, ceu fictitium & merè divinatoriũ,
meritò improbatur. Nam dictæ leges, nempe. l. neque
pignus. 45 ff. de reg. jur. & l. non solùm. 33. §. si rem tuã
5. ff. de usurpat. & usucap. indistinctè loqvuntur & in-
definite: facilè ut appareat, eas de omni pignore intel-
ligendas esse, vulgatà l. de precio 8 ff. de Public. in rem
24 act. & nulla insuper potest assignari ratio, cur rei suæ
pignus legale esse queat, conventionale non item: cùm
tacitum non possit esse potentius, quàm expressum:
sed sæpe expressa valeant, quæ non expressa nihil ope-
rantur. Sichard. ad rubric. C. de pignor. & hypothec.
num. 18. Proinde cùm expressa conventione effici
haud possit, ut res sua alicui pignoris jure teneatur:
utique absonum fuerit, de legali pignore id admittere.
Etenim exploratum est: idem statuendum esse in ta-
citâ & legali conventione, quod in expressâ obliga-
tione receptum est, per notata Sichardi d. loco.

Quia verò prædictæ, pro legatis consequendis, a- 25
ctiones jure comparatæ sunt: manifestè Angeli in
Novell. 1. cap. ult. in princ. num. 57. Socini senioris in
consil. 103 lib. 3. Natæ consil 206 num. 4. & consil. 626.
num. 25. Alciati in l. pecunia. 178. §. actionis. num. 10.
ff. de verb. significat. Iasonis in l. fin. notab 5 n. 6. & ibi-
dem Sichardi num. 12. C. de edicto Divi Hadriani toll.
Cagnoli in l. in testamentis. 12. num. 9. ff. de reg. jur.
Grassi. lib. 1. recept. sent. §. legatum q. 77. aliorumq; de-
tegitur error, qui opinantur, legatorum nomine pro-
cessum executivum institui posse. Si enim hoc verum
esset: frustra Imperator Justinianus tres legatario a-
ctiones tribuisset, hic & in sæpè alleg. l. 1. C. commun.
de legat. Accedit; quòd in dict. leg fin. vers. sin autem
aliquis. C. de edict. D. Hadr. toll apertè decidìtur, viâ
executivâ non posse procedi, si aliquis contradictor
extiterit. At verò semper adest heres, qui contradicit.
Neque refragatur. d. Novell. 1. c. ult. in princ. ibi. ad-
monitione ex judiciali decreto factâ. &c. Sententia 26
namque istius loci hæc est: ut heres cadat & privetur
relictis, si post aditionem hereditatis cessaverit annum
integrum in exequendâ defuncti voluntate: qui ta-
men annus numerabitur non ab aditione, sed ab ad-
monitione judicis: à quo tempore lis peragenda est
intra annum. Quæ est exceptio ad l. properandum. 13.
C. de judic. Sed eâ de re disputant accuratiùs Iacobus
Menochius de adipiscend. possess. remed. 4. num. 693. &
seqq. Mynsingerus cent. 5 observat. 61 Fachineus lib. 5.
controversiar. jur. cap. 31. Tessaur. decis 26. num. 10 &
nonnulli alii ab his adducti. Quibus novissimè addan-
tur Valent Guilhel. Forster. & Heigius hic num. 23 &
24 D. Boecr. class. 3. Disput. 8. thes. ult. edit. 1. & infr. ad
tit. 22. de lege Falcid. num. 136. pag. 603. Treutler. vol. 2.
Disp. 13. thes. 7. ad lit. c. ibiq; Bachovius in suis not pag.
838. & Hunnius in suis resolut pag. 126 cum seqq. &
Hænenius in quæstionib. illustrib. Disput. 10. th. 22. &
Frantzkius d. exercitat. 7. quæst. 2. pag. 190. & seqq.

§. Sed non usque. 3.

Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cùm enim antiquitatem invenimus, legata quidem strictè concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus diffi-

inventarium, &c. Nam heres, inventarium non conficiens, tenetur quidem ad legata & fideicommissa præstanda ultra vires hereditarias, si modò talia sint legata & fideicommissa, quæ de jure valent, & relinqui potuerunt. Atqui legata & fideicommissa, in præjudicium ac diminutionem legitimæ, jure naturæ debitæ, relicta nullius momenti sunt, & pro non scriptis habentur, *ut paulò antè dictum.* Ergo meritò filius ad ea solvenda non tenetur.

16 Similiter non obstat, quòd heres, non conficiens inventarium, si sit creditor defuncti, actionem & creditum amittat. *l. debitori. 7. C. de pact.* ac propterea etiam filius heres, inventarium non conficiens, actionem ad legitimam amittere debeat. *Etenim* illud verum est, cùm filius heres institutus, vel ab intestato succedens, nemini cogitur hereditatem restituere, vel legata præstare, quibus hereditas possit exhauriri. Tunc enim cùm sit heres & bona teneat, actiones illi competentes confunduntur. *d. l. debitori. 7. C. d. t.* At, longè alia ratio est, cùm hereditatem aliis restituere, vel legata præstare tenetur. Hoc quippe casu legitimam sibi debitam separare, eamq; salvam ac præcipuam retinere, & reliquum restituere potest. Nec illud jus, ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confunditur: quoniam jam per legem prorsus exceptum & exemptum ab omni restitutione atque onere censetur. *d. Novell. 39. cap. 1.*

17 Præterea non obstat, quòd Falcidiæ commodo & beneficio heres non fruatur, qui inventarium non confecerit. *d. l. ult. §. et si præfatam 4. C. de jur. deliber. d. Nov 1. c. 2. §. 2.* Ergo nec legitimæ commodo frui debeat: præsertim cùm in Falcidiâ eadem ratio, quæ in legitimâ, esse videatur: quia ante jus novissimum etiam Falcidia, sicuti legitima, à testatore prohiberi non poterat. *l. si, ut allegas. 11. C. ad leg. Falcid.* Id, *inquam,* non obstat. Illud namque de Falcidiâ perspicuè cautum fuit: sed alia est detractio ex lege Falcidiâ;

18 alia est legitima filiis debita. Illa ut maximè olim à testatore prohiberi non potuerit: nunc tamen potest. *d. Novell. 1. c. 2. vers. si verò expressim, &c. Auth. sed cùm testator. C. ad leg. Falcid.* Hæc verò nec olim, nec hodie à parente tolli, minui vel absorberi potest: & omnia, quæ in ejus gravamen scripta sunt, pro non scriptis existimantur, *ut suprà n. 14. ostensum.* Illa nec ratione naturali debetur, & legi antiquæ XII. tabb. repugnat, quâ constitutum erat: *Uti quisque rei suæ legassit, ita jus esto.* Ulpian *in fragment. Instit. tit. 11. §. testamento, &c. l. verbis legis. 120. ff. de verbor. significat.* Hæc jure naturali debetur, & omnibus legibus, antiquis & novis adjuvatur, ac relinqui præcipitur. *dict. l. scimus. 36. §. illud. 2. ibi, nisi ullum de fraude tur debito naturali. C. de inoffic. testament. d. Novell. 1. in præfat. §. 2. ibi, tanquam hoc secundùm ipsam naturam eis debeatur, &c. cum simillib.* Cùm igitur hæc

19 planè diversa esse appareat: ab uno ad aliud firmum duci argumentum haud poterit. *l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniat. l. qui fundum. 4. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro empt. Fachin. d. lib. 4. c. 34. in fine.*

20 Succedit huic modò explicitæ illa non parùm difficilis & controversa quæstio: num heres fideicommisso universali gravatus, ob inventarium non confectum, perdat Trebellianicam? Et quamvis hoc multi affirmêt, *Baldus consil. 403. lib. 2. Alber. Gallerotus, Iac. de Arena, Ricardus Malumbra, Cynus, Oldrad. Bartol. Castrens. Imola, Cemensis, Romanus, Salicetus, Fulgosius, Florianus, Corneus, Barbatias, Angel. Aretin. Matthesil. Corsetus, Ruinus, Decius, Parisius, Gratus, Bertrandus, Alciatus, Alexander de Nevo, Bellonus, Rubeus, Ioan. Dilectus, Covarruvias, Osascus decis. 147. Vasquius in tract. de succes. creat. lib. 1. §. 8. vers infertur longè faciliùs. n. 14. Purpuratus consil. 1. n. 5. consil. 375 n. 8. lib. 1. & consil. 568. n. 27. lib. 2. Pancirolus consil 98. n. 30. hosq; omnes referens Menochius consil. 272. n. 81. lib. 3. Quibus novissimè adjunguntur Forster. lib. 2. disp. 13. thes. ult. Hunnius lib. 2 var. resolut. jur civ. tract. 5 quæst. 26. pag. 594. & Olemannus ad disp 22 Giphanii n. 8. & seqq.* contrariæ tamen, ceu probabiliori, subscripsere sententiæ *Rolandus à Valle consil. 27. lib. 1. Cassiodorus decis. 3. tit. de testament n. 6. Decian. consil. 49. lib. 1. Cephalus consil. 92. n. 59. lib. 3 Phanucius de inventar part. 7. n. 32. Hippol. Riminaldus consil. 187. lib. 2. Gail. lib. 2. observat. 138. Sarmientus lib. 2. select ar. interpretat. c. 7. n. 8. Peregrinus de fideicommiss. artic. 3. n. 73. cum seqq. Mynsinger. cent. 3. observ. 66. Iason. consil. 114 in 2. dubio. lib. 4. Cravetta consil 17. part. 1. Viglius hic n. 7. Rittershus. d. exposit. Novell. part. 6 c 8. n. 37. & Fachin. d. lib. 4. controvers. jur. c. 38.* Hujusque opinionis præcipuum fundamentum est; quòd heredi gravato à jure conceditur Trebellianica, quæ non reperitur expressè prohibita, omisso inventario. Cùm ergo nulla lex dicat, heredem ob inventarium non confectum Trebellianicâ privandum esse: nostrum non est, talem privationem inducere, *argum. l. si verò 64. §. de viro. 9. ff. solut. matrimon. & Novell. 2. c. 3. circa mediū. ibi, nec qualibet est lex aliquid talodicens, &c.* Accedit, quòd in pœnalibus semper benigniorem 21 partem sequi; & odia non ampliare, sed potiùs restringere debeamus. *l. penult. ff. de pœn. l. factum cuique. 155. §. ult. ff. de reg. jur. c. odia. 15. eod. in 6.* Adhæc 22 in augustissimo Imperii Consistorio (cujus præjudicia vim legis obtinere, usque tenaciter inhærendum esse, scribunt *Otto Melander in Processu Camer. Noë Meurer. ibidem part 6. num. 21 fol. 406 hosq; cum aliis referens, Iacobus Alemannus in palæstra consultation. jur. illustrium. consult. 8. quæst. principal. 2. ratione decid. 14. pag. 627.*) hanc sententiam, tanquam æquitati & juri magis consentaneam, esse receptam, adeòque judicem in judicādo ab ea recedere nō debere, attestatur *Mynsing. & Gail. locis proximè allegatis.*

Cui non adversatur primò, quòd cùm heres non 23 conficiens inventariū, amittat legis Falcidiæ beneficium. *Novell. 1. c. 2. §. si verò non fecerit, &c. Auth. sed cùm testator. C. ad leg. Falcid.* etiam Trebellianicæ beneficium amittere debeat: præsertim cùm eadem utrobique sit ratio. *Negatur enim* consequentia: siquidem odia & pœnales constitutiones non temerè sunt extendendæ, sed potiùs restringendæ. *d. c. odia. 15. de reg. jur. in 6. d. l. penult ff. de pœn. cum simillib* Quin & tan-

& eandem esse rationem in Trebellianicâ, quæ in Falcidia, negatur. Nam Justin Imperator *in d. Novell. 1. c. 2. in princ.* ita loquitur: *Ut non per ea, quæ fortè subripiunt (sc. heredes) aut malignantur, introducere pertentent Falcidiam: cùm utiq; si nihil malignati essent, non fortè competeret.* Hæc ratio non convenit Trebellianicæ: quia licèt nihil heredes restituere gravati malignentur, id est, nihil surripiant vel occultent: semper tamen quartam partem pro auctoritate Senatusconsulti Trebelliani, detrahere possunt. In Falcidiâ verò, quæ locum habet, cum ultra dodrantem hereditas legatis gravatur, hæc ratio optimè procedit. Etenim si heres nil surripiat: facilè fiet, ut legatis deti actis ac solutis, remaneat illi quarta pars integra hereditatis: quo in casu Falcidiam cessare certum est, *principium tit. infr. de lege Falcid. l. 1. & tot. t. ff. ad leg. Falcid.*

24 Secundò nihil obest, quòd *in d. Nov. 1. c. 2. §. 1.* Imperator ait, quando inventarium debet confici, citandos esse legatarios & fideicommissarios, si heres metuat non damnificari solùm, sed etiam non lucrari, i d est. si heres velit non tantùm damnum effugere, sed & lucrum non amittere. Igitur, inventario non confecto, haud obscurè Imperator indicat, heredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommissis: maximè cùm *in §. 2.* hæc verba subjungat. *Si verò non fecerit inventarium secundùm hanc figurâ, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam: sed complebit legatarios & fideicommissarios.* Quibus sanè verbis significare videtur: sicuti legata, ita & fideicommissa integra, & absque deductione ac diminutione, solvenda & præstanda esse. Nihil, *inquam*, hoc obest, Illa namque textûs verba, *non lucrari*, ad legem Falcidiam sunt referenda, ut patet ex præcedentibus verbis: *Fiat igitur inventarium ab herede metuente, ne fortè non habeat post debita & legata Falcidiam.* & ex subsequentibus illis: *Et his omnibus observatis habere ex Falcidiâ præsidium.* Similiter & illa textûs verba: *Complebit legatarios & fideicommissarios, &c.* ad Falcidiam pertinent: ut rursus ex verbis sequentibus (in quibus solius amissionis Falcidiæ, non item quadrantis Trebellianici, fit mentio) elucescit. Sic enim ait Justinianus: *Et hoc dicimus non nostram minuentes legem, quam posuimus, ut nihil de proprio damnificentur heredes creditoribus: sed dabit eis pœnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari; sed ex diverso etiam, quæ sunt ex Falcidia lege, lucrari.*

25 Tertiò nihil urget, quòd appellatione Falcidiæ veniat etiam Trebellianica. *l. pater filiam. 14. ff. ad leg. Falcid. l. coheredi 41. §. quòd si heredem 3. ff. de vulg & pupill. substit. l. cum filiusfamilias. 11. ff. de legat. 1. l. irritum. 8. & l. si, ut allegas. 11. C. ad leg. Falcid. l. jubemus. 6. C. ad senatusconf. Trebellian.* ac proinde quod de Falcidiâ constitutum est, locum etiam in Trebellianicâ sibi vindicare debeat. *Nam* antecedens verum est, impropriè & largè sive latè Falcidiæ vocabulo sumpto, non autem propriè. Etenim propriè Falcidiam differre à Trebellianicâ, apparet ex diversitate nominum & titulorum, *ad leg. Falcid & SC. Trebellianum*, & ex re ipsa. Illa quippe locum habet in herede, particularibus legatis ultra dodrantem gravato: hæc verò in herede gravato hereditatem restituere. Ast Imperator *in prææallegata Nov. 1.* disertè loquitur de Falcidiâ, ut constat *ex cap. 2. in princ. ejusdem Novellæ.* Adde, quòd verba, in correctoriis cumprimis, propriè 26 sunt accipienda. *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. Gail. d. lib. 2. obs. 138 n. 12.*

Quartò nihil ad rem pertinet, quòd heres inventa- 27 rium non conficiens, teneatur satisfacere legatariis & fideicommissariis & creditoribus, etiam ultra vires hereditarias, *d. Novell. 1. cap. 2. §. 2. & passim.* ac propterea compellatur fideicommissa restituere tota & integra, absq; ullâ diminutione aut detractione. *Tomasius tract. 7. tit. 15. cap. 1. fol. 521. & seqq.* Quandoquidem respondetur: heredem ultra vires hereditarias, & sic in solidum teneri creditoribus & legatariis, ac etiam fideicommissariis particularibus (*de his etenim d. Novell. 1. omnino exaudienda est*) non autem fideicommissariis universalibus: quoniam is quartam Trebellianicam detrahere poterit: cùm illâ ab Imperatore ibidem non privetur, sicut Falcidiâ: nec respectu fideicommissi universalis, nempe oneris hereditatem restituendi, dici potest, heredem ultra vires hereditarias fore obligatum: siquidem tantum restituit heres gravatus, quantum est in hereditate, non plus; *docente Fachineo d. lib. 4. cap. 38. vers. septimum argumentum, &c.*

Quintò non refragatur, quòd Falcidia & Trebel- 28 lianica æquiparentur à lege veteri: ut in casibus, in quibus cessat Falcidia, etiam Trebellianica cesset. *l. Marcellus. 3. §. quod autem. 1. ff. ad senatusconf. Trebellian.* ac propterea quicquid in Falcidiâ constitutum est, trahi etiam debeat ad Trebellianicam, *arg. l. si quis servo. 20. C. de furtis.* Respondetur enim: Falcidiam & Trebellianicam æquiparari jure antiquo, ut si Falcidia cesset, Trebellianica quoque cesset, quando vigore testamenti conditi Falcidiæ non est locus. Eo namque de casu loquitur *d. l. 3. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* Sed hic aliam ob causam, quàm ex testamento, Falcidia cessat; videlicet ex eo, quòd heres inventarium non conficiat. *d. Nov. 1. §. 2.* Ideoque Id necessariò ad Trebellianicam extendi minimè debet, *arg. d. l. penult. ff. de pœn. & similium suprà adductarum.*

Sextò & ultimo non obsistit, quòd heres rogatus 29 hereditatem restituere, obligatus est universali fideicommissario reddere rationes. *l. cùm tale. 72 §. quid ergo. 3 ff. de conditionib. & demonstrat. l. mulier. 22. §. sed enim 3. ff. de SC. Trebellian.* Atqui rationes, inventario legitimè non confecto, commodè reddi nequeunt: cùm inventarium sit caput & fundamentum rationum reddendarum, *argument. l. 1. §. officio. 3. ff. de tutela & rationib. distrahend.* Ergo si inventarium heres non conficiat: legis beneficium meritò amittit. Hoc, *inquam*, non obsistit. Tum quia non sequitur; heres tenetur fideicommissario universali reddere rationes: ergo etiam tenetur inventarium conficere: siquidem hæc separata sunt, ex quibus nihil infertur: *l. ultim. ff. de calumniat. l. inter stipulantem. 83. §. sacrã. v. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. cũ concordantib.* Tũ quia si inventariũ heres non confecerit:

tenebitur, quanti fideicommissarii interest, *arg. l. tutor, qui repertorium. 7. ff. de administrat. & peric. tutor.* non autem necessario inde concluditur, illum Trebellianicam amittere *Ita respondet Fachineus d. lib. 4. controverſ. jur. c. 38. §. quintum argumentum, &c. ubi & aliis objectiunculis satisfacit.* Vide quoq; Bachovium *in tract. de actionib. disputat. 2. parerg. 2 p. 61.* & Antonium Metendam *lib. 4. controversiar. jur. cap. 15. pag. 258. & seqq.* Itemq; Iohannem Baptistam Costã *tom. 1. tract. de remediis subsid. remed. 39 fol 74. cum seqq* & Jacobum Cancerium *part. 3. variar. resolut jur. cap. 2. per tot. ubi de inventarii confectione & utilitate omnium fusissimè differtat.*

§. *Item extraneus. 7. & ultimus.*

Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nudâ voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandóve, & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo de adeundâ hereditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumvè obiisse, & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere. Veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nudâ voluntate extraneus heres fit: ita contrariâ destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere sibi hereditatem: si tamen intelligit, quod agit.

SVMMARIA.

1 *Quot modis heres extraneus hereditatem adire intelligatur.*
2 *Pro herede se gerere quis dicatur.*
3 *An ex solutione debiti hereditarii, aditio hereditatis præsumatur.*
4 *Quilibet potest solvere debitum alienum.*
5 *In ambiguo actu qua accipienda interpretatio.*
6 *Nunquid is, qui inventarium post hereditatem sibi delatam confecit, censeatur agnovisse hereditatem solâ inventarii confectione.*
7 *Quatenus inventarii confectio soli heredi conveniat.*
8 *Nudâ voluntate quomodo quis heres efficiatur.*
9 *An sola voluntas animo tantùm concepta, non verò actu aliquo aut verbis declarata, ad aditionem hereditatis sufficiat.*
10 *Propositum in mente retentum nihil operatur.*
11 *Solâ voluntate quis non obligatur, nisi Deo.*
12 *Intellectus l. pro herede. 20 in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*
13 *Intellectus l. gerit. 88. ff. d. tit.*
14 *Intellectus præsentis §.*
15 *Mutus & surdus quatenus hereditatem acquirere valeant.*
16 *Infans & furiosus an acquirere hereditatem queant.*
17 *Impubes, infante major, qualiter adire hereditatem possit.*
18 *Pubes & furiosi & pupillo per curatorẽ hereditas non acquiritur.*
19 *Utrùm heredi per curatorem aut procuratorẽ hereditas acquiratur.*
20 *Actus legitimi per alium expediri nequeunt.*
21 *Quis hereditatem adire possit.*
22 *Quid per procuratorem nobis acquiratur.*
23 *Aditio in solâ voluntate heredis consistit.*
24 *Sententia l. 1. §. ult. ff. de offic. procurat. Cæsar.*
25 *Bonorum possessio in quo differat ab hereditate.*
26 *Ius prætorium mutuus est jure civili.*
27 *Hereditatis aditio perpetua, secundùm communem opinionem.*
28 *Quale tempus ad deliberandum sit concessum.*

Extraneus heres duobus modis hereditatem adire 1
seu acquirere intelligitur: geritione sive gestione
pro herede, & nudâ voluntate. Vide Althusium *lib. 1.
dicæolog. c. 43. n. 20. & seqq. pag. 158. & 159.* Pro herede 2
se gerere is dicitur, qui rebus hereditariis tanquam heres
utitur: ut quia vendit res hereditarias, vel prædia
hereditaria colit, aut locat, & ea facit, quæ dominus in
re suâ facere consuevit, *hoc §. nostro. & l pro herede. 20
passim. ff de acquir. vel omit. heredit.* Quid autem, si 3
quis debita hereditaria solverit: an ex hoc ipso adivisse
hereditatem præsumetur? Et præsumi, liquet *ex l.
2 C. de jure deliber.* ubi Alexander Imp. in hæc verba
Florentino militi rescripsit: *Cum debitum paternum
te exsolvisse alleges: pro portione hereditariâ agnovisse
te hereditatem defuncti, non ambigitur.* Cui consentit
textus *in l parentibus. 8. §. 1. C. de inoffic. testament.*
Hancq; probant sententiam *Bartol. Alexand. & Iason
in l. 1. Cod. de jur. deliber. Corneus consil. 82. n. 12. &
consil. 272. n. 17. lib. 1. Socin. Senior cons 45. n. 5. lib. 4.
Marant. in l. is potest. 18. num. 69. & 71. ff. de acq. vel
omitt. heredit. horq; citans Menochius libr. 4. de præsumptionib.
præsumpt.* 101. *n.* 80 Sed hæc conclusio 4
quamvis *per præallegatas leges* certa sit: tamen in aliquam
difficultatem incidit. Siquidem solvere debita
hereditaria talis est actus, qui etiam citra jus & nomen
heredis fieri potest: cùm quilibet solvere queat debitum
alienum. *l. solvendo. 39. ff de negoc. gestis.* Proinde 5
cùm in ambiguo actu ea sit accipienda interpretatio,
per quam faciens ab obligatione potiùs eximatur,
quàm astringatur: dicendum videtur; eum, qui solvit
debitum hereditarium, negociorum magis gerendorum
gratiâ, & ut sibi futurum heredem adstringeret,
quàm adeundi animo id fecisse. *Verùm* ad hanc dubitationem
respondeti poterit: licèt actus solutionis
ambiguus sit: nihilominus tamen ex eo aditionẽ hereditatis
in dubio præsumi: propterea quòd pro alio
homines ratò & difficulter solvant. Itaq; qui debitum
exolvit; magis pro se & nomine proprio, quàm pro
alio exolvisse præsumitur: cum circa illa, quæ verisimiliora
& frequentiora sunt, præsumptio versetur. *l. &
magis. 4. & l. cùm ex pluribus. 97. ibi, potior habebitur
propria, quàm aliena causa. ff. de solutionib.*

Similis quæstio occurrit: an is, qui inventariũ confecit 6
post hereditatem sibi delatam, censeatur hereditatẽ
agnovisse solâ inventarii confectione? Id quod affirmant
*Bartol in l. gerit. 88. n 34 ff. de acq. vel omitt.
heredit. Cynus. in l. ult. §. sin verò postquam. 12. C. de
jur. deliber. Capra consil. 9. n. 1. Ruin. cons. 168 n. 1. lib. 4
Osascus decis. 147. n. 22. & Cravetta cons. 384 n. 4 p.*
3. Sed ab hac opinione recesserunt *Salicetus. Alexand.
Iason. Nevizanus, Mascardus, & alii, quos refert &
sequitur Menochius d. lib. 4. præsumpt. 101. n. 95. vers.
contrariam itaq; opinionem, &c.* Pro quibus adduci
potest textus *in d. l. ult §. donec. 11. ibi, sed sit hoc separatũ*

ipso

ipso jure pro deliberatione heredibus concessum. & §.
sin autem hoc.14.vers.si non recusaverit.C. de jur. de-
liber. ubi requiritur, ut post inventariũ confectum he-
res repudiet, vel adeat. Ideòq; ipsa inventarii confectio
7 per se aditionẽ non inducit. Neq; obstat, quòd inven-
tarii confectio soli heredi convenire dicatur: ac pro-
inde conficiens inventarium adire hereditatem videa-
tur, quasi faciat actum, qui tantùm ab herede fieri
possit. *d. l ult. §. sin autem dubius.2.C.d. t.* Nam hoc
sic accipiendum est; quòd solus heres inventario opus
habeat: non autem, quòd is, qui nondum heres est,
citra nomen & jus heredis inventarium conficere ne-
queat. Siquidem eo consilio heres inventarium confi
cere potest, ut fiat certior de virib⁹ hereditatis, & post-
ea eam adeat. *Porrò de variis gestis & factis. ex qui-*
bus colligitur adita, vel non adita hereditas, latissimè
disserit Menochius prællegatâ præsumpt.101 per tot.
8 Nudâ voluntare quis heres efficitur; si qualibus-
cunq; verbis, se velle hereditatem suscipere, apertè pro-
fiteatur, *hoc §.nostro. Donell.lib.7.Commentar. de jur.*
civ.c.8.pag.139.Duaren.ad tit.ff.de acquir. vel omit-
tend. heredit.c.3. Fürstl. Würtemb. ernewert Land-
recht.*part 3.tit.21 pag 404.* Quibus autem verbis he-
reditas adita præsumatur, copiosè post alios exponit
Menochius *d.lib.4. præsumpt.*100. Cæterùm de nudâ
voluntate acriter Doctores disputant: an sola ad adi-
tionem hereditatis sufficiat, nullo actu, verbisvè ex-
9 pressa, sed animo tantùm concepta? Et sufficere vo-
luntatem solam, existimârunt *Accursius in d.l.pro he-*
rede.20.in princ.in verb.quàm animi ff.de acquir. vel
omit hered Roman.in d.l gerit.88 n.6 ff eod Signorel.
consil.188.col.2.vers.præterea cùm sola, &c. Practic.
Papiens.in formâ libelli, quo petitur hereditas ex testa-
mento.in verbo, purè.num 4.Corneus consil 75.col.2.
vers.item pondero.lib.2.& consil 254.n.2. lib.4. Ioan.
Fab.in hoc §.n.4. & alii. At contrarium pleriq; non
10 sine ratione amplexi sunt. Tum quia destinatio mente
retenta nullum parit effectum, sive (*ut vulgò loquun-*
tur) propositum seu actus in mente retentus nihil o-
peratur. *l. si repetendi.7.ubi Gothofred C. de condict.*
11 *ob caus.dator.* Tum quia solo animo, & solâ volunta-
te quis non obligatur, nisi Deo. *l 2.ibiq; Dd.ff. de polli*
citationib. Hostiens.in summa. de voto.gloss. & Bartol.
in d.l.gerit.88 ff. de acquir.vel omitt.heredit. Bald. &
Salicet.in l. potuit.5.Cod. de jur. delıber. Menochius d.
lib.4 præsumpt.99.n.6.cum seqq.ubi plures citat. Van-
dus lib 2.quæst.25.Dn.Collega Bocer class 3.disput.11.
thes.33 edit.2.Anton.Matthæus & Mynsinger.hic n.3
D.Plebst.disp.3. de jure topico Wirtemberg.th.189. lit.
A.edit.1 & Hænonius.disp.10.ad Instit. controv.18.
12 Hanc sententiam non evertit *l. pro herede. 20. in*
princ ff. de acquir. vel omitt. hered. ubi dum Vlpianus
ex Juliano scribit; pro herede gerere, non tam esse fa-
cti, quàm animi: ab ipso facto animum separare, adeò-
que velle videtur, solo animo aditionem hereditatis
perfici. *Etenim respondetur:* Jurisconsultũ dicere vo-
luisse, animum magis spectandũ esse in hereditatis adi-
tione, quàm factum, quod ambiguum plerumque est:
nisi declararetur animus, quo scilicet jure illud sit actũ.
Menoch.d.præsũ 99.n.17.Bachov⁹ hic n.2.& 3.p.539.
13 Eandem non destituit sententiam *d. l.gerit. 88. ff. d.*
tit. ubi Paulus ait, pro herede intelligi gerere eum, qui
animo solo agnoscit successionem, licèt nihil attingat
hereditarium. *Hoc enim* non eò pertinet, ut pro here-
de possit animo solo geri: sed ita accipiendum est, ut
si quid heres non hereditarium, quasi hereditarium
attigerit, intelligatur gessisse: veluti (*quemadmodum*
Iureconsultus subjicit) si domum defuncto oppigno-
ratam, necdum repignoratam, putans hereditariam
retinuerit: aut rem alienam, quasi hereditariam posse-
derit. *Vand.d. lib.2.quæst.25.*
Similiter hanc assertionem non debilitat *hic §. no-* 14
ster.vers.sicut autem, &c. ubi cùm dicat Justinianus,
nudâ voluntate, solaq; animi destinatione repudiari
posse hereditatẽ, sicuti adiri: inde sequi videtur, solo
animo aditionẽ fieri posse, *argument.l. is, qui destina-*
vit.24 ff de rei vindicat. Nam Imperator illic signifi-
care voluit, in hereditatis aditione haud quidem neces-
se esse attingere aliquid hereditarium: sed tamen non
excludi animi declarationem. *Ita docet Menochius d.*
lib.4: præsumpt. 99. n.18. & seq.ubi & aliis objectio-
nibus sufficienter respondet.
Cùm igitur absq; verbis, nudâ etiam voluntate, actu 15
aliquo declaratâ, aditio hereditatis fieri possit: nihil
prohibet, quò minùs surdus & mutus, sive naturâ, sive
casu factus, pro herede gerendo, & nutu voluntatem
suam declarando, acquirere hereditatẽ valeat: *ut tra-*
ditur in fine hujus §. & in l. mutum. 5. & l. pater.93.
§ 1.& 2.ff.de acq.vel omitt.heredit. Infans sanè, & fu- 16
riosus ad acquirendam hereditatem, cùm ad hoc ma-
xime animus & voluntas exigatur, inepti sunt. *l. pu-*
pillus.9.l.pro herede 20.l. qui servum.47 & l.furio-
sus.63.ff eod. Infantis tamen nomine ejus pater, vel tu-
tor hereditatem acquirere potest. *l. si infanti 18. in*
pr. & § 2.C. de jur.deliber. Ast impubes major infan- 17
te ipsemet adire sive acquirere potest hereditatem, sed
consentiente patre, cujus sub potestate est, vel cum tu-
toris auctoritate, si sui sit juris; aut, si hos non habeat,
ex prætoris decreto. *d l.si infanti.18.§.ult.C.d.tit.Do-*
nell lib.7.Comment.de jur.civil.cap.9 pag.145. ibiq;
Hilliger.in suis not.ad lit. C. Sed licèt pubes heredita- 18
tem consensu curatoris sui acquirat. *l. cùm quadam.*
26.C.de administrat.tut.vel curat.l.3.C. de in integr.
restit. minor. Ioan. Robert. Aurel. lib. 1. animadvers.
jur.c. 12. non tamen ipsi per curatorem hereditas ac-
quiritur. *l.per curatorẽ. 90.ff.de acq.vel omitt.hered.*
ut nec furioso per ejus curatorem. *l. ult §.tali.7. ibi,*
quatenus siquidem resipuerit furiosus, & acquisitio-
nem admiserit, &c. C. de curatore furiosi. neq; pupil-
lo per tutorem ipsius. *l. potuit.5. C. de jure delıber. D.*
Bocer.class.3. disput.11. thes.16. Treutl. disp.12. th.6.
vol.2. ibiq; Bachov.in suis not. & animadv.p.727. Et 19
certè (utut reclament & oggänniant Duarenus *lib.2.*
disp. anni vers. c.27. & ad t. ff. de acq. vel omitt.
hered.c. 4. non procul à fine. & Fachineus *lib. 6 con-*
troversiar.jur.c.96.) neque per curatorem *dict.l per*
curatorẽ. 90.ff.de acq.vel omitt.hered. neq; per pro-
curatorẽ heredi acquiri hereditatem posse, probabili⁹
videtur. Tum quia hereditatis aditio est actus legitim⁹.
l.actus legitimi.77.ff.de regul jur. Actus autem legiti 20
mi per aliũ expediri nequeunt. *l. nemo alieno nomine.*

21 [1]23.*in pr. ff d. tit.* Tum quia oon alius hereditatē adire
potest, quàm cui dclata est. *l. si quis.* 21. §. *sed stâ demum.* 2. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Atqui procu-
ratori non dclata est, sed principali. Ergo & is illam
22 adire debet. Tum quia nominatim legibus eautum
est, per procuratorem nihil nobis acquiri posse, exce-
ptâ solâ possessione, & per hanc dominio. *l. 1. Cod.*
per quas person. nobis acq. §. ex his itaq. 5. supr. eod. l.
1. Cod. de acq. & retinend poss. Tum etiam quia adi-
tio in solâ voluntate heredis coosistit, *hoc §. nostro. &*
23 *d. l. gerit. 88. ff. de acq. vel omitt. heredit.* Ideòque
statim, atque mandat heres procuratori, ut adeat he-
reditatem, eo ipso adivisse censetur. *l. si ego. 26. ff. d.*
tit. ubi pater pro parte institutus, jubendo filium si-
mul institutum pro parte suâ adire, statim fit heres ex
asse, & quidem antequam filius adierit. Sic etiam si
dominus mandet procuratori, ut adeat: statim ipso
mandato satis declarat: se velle hereditatem ad se per-
tinere: quali declaratione unusquisque statim heres
efficitur. *hoc §. nostro. ibi, quoque modo voluntatem*
24 *suam declaret, &c.* Tum posttemò quia cùm singu-
lari jure sive privilegio Cæsari concessum sit, ut per sui
procuratoris aditionem acquirere hereditatem possit.
l. 1 §. ult ff. de offic. procurat. Cesar. perspicuum est, in
procuratore privati diversum jus obtinere. Nec mo-
ver, quod à dissentientibus regeritur: procuratorem
Cæsaris hoc duntaxat diversum, adeòque præcipuum
jus habere: ut ad hereditatem adeundam & acqui-
rendam nomine Cæsaris generale mandatum ipsi suf-
ficiat: in aliis speciale mandatum requiratur. *Licèt* e-
nim prius concedamus; nihil tamen vetat, quò mi-
nùs posterius negemus: cùm specialitas vel genera-
litas in proposito nihil efficiat, sed declaratio volunta-
tis desideretur: quæ, accedente speciali mandato, sta-
tim mandantem heredem facit.
25 Sic quoque non resistit: quòd, cùm bonorum pos-
sessio per procuratorem, ad hoc specialiter constitu-
tum, acquiratur; per eundem & hereditas acquiri
queat. *l. bona. 3. §. acquirere. 7. ff. de bonor. possessionib. l.*
si maritus. 5. C. mandati. Hoc namque in casu diver-
sum jus est in booorum possessione, quàm in heredi-
tate. Illa quippe magis ad corporalem acquisitionem
possessionis accedit, quàm hereditas: cùm Prætor he-
redem non faciat. §. *quos autem. 2. infr. de bonor. posses-*
sionib. Sed & jus prætorium jure civili, quod dire- 26
ctum & asperum est, indulgentius & mitius reputa-
tur, *argum. l. jus autem civile. 7. §. 1 ff. de justit. & jur.*
Proinde immota conclusio est: hereditatem per pro-
curatorem non acquiri, hoc est, solennia aditionis fru-
strà ab eo peragi: sed rectè nihilominus per procura-
torem, ut fungatur vice nuncii, vel epistolæ, animum
adeundi declarari. *Ita docent Contius lib. 2 subseciv.*
lect. c. 17. Cujacius libr. 1. observat. c. 34. Petr. Fab. lib.
2. Semestr. c. 22. Hotoman. illustr. quæstion. 34. Arumæus Exercit. Iustin. 7. in Parerg. Bronchorst. centur. 2.
ἐναντιοφανῶν. assert. 39. edit. 1. Rober. disput. 13. cere-
nid. 2. Hænon. disput. 10. ad Institut. controversia. 11.
Donell. d. lib. 7. Comment. de jur. civ. c. 9. pag. 146. ibi-
que Hilliger. in suis notat. ad lit. F. & Hunnius lib. 2.
var. resolut. jur. civ tract. 5. q. 29. pag. 599. & seq.
Etsi porrò, *secundùm opinionem communem,* per- 27
petua est hereditatis aditio, & usque ad triginta annos
durat. *l. sicut. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. licèt.*
8. C. de jur. deliber. Ceras. lib. 6. Miscellan. jur. civ. c.
21. Wesenbec. in Paratitl. ff. de acq vel omitt. heredit.
num. 7. Heigius hic numer. 13 Treutler. disput 12. thes.
5. sub lit. E. volum. 2. ibiq. videatur Bachovius in
suis not. & animadvers. pag. 725. Mynsinger. centur.
2. observat. 71. ubi plures citat: attamen instantibus 28
creditoribus, aut liberis defuncti, potest ei, ad quem
spectat successio, certum tempus definiri, quo delibe-
ret, utrùm ipsi adire hereditatem, nec né, expediat.
l. si curatoris. 9. C. de jur. deliber. Tempus autem ad
deliberandum ab Imperatore annale spacium; à reli-
quis Judicibus novem mensium indulgeri, constat *ex*
l. ult. §. & hæc quidem. 13. C. eod. & monuimus ad §.
extraneis. 5. num. 2. suprà hoc tit.

DE LEGATIS,

TITULUS XX.

Principium Tit.

Post hæc videamus de legatis: quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur. Nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur. Sed cùm omninò de testamentis, & de heredibus, qui in testamento instituuntur locuti simus: non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

S V M M A R I A.

1 *Objectio de ordine perturbato, ejusq. refutatio: & ordinis ratio.*
2 *Legata & testamentis, & ab intestato relinqui possunt.*
3 *Legata testamento relicta, ejus veluti pars & accessoria dicuntur.*
4 *Oeconomia sive dispositio & partitio hujus tituli in sex partes.*

EXplicaturus de legatis Imperator Justinianus, 1
duo breviter præmittit. Primò objectiooi de or-
dine inverso occurrit: deinde reddit rationem ordi-
nis. Objectio hæc est: actum est hactenus de modis
acquirendi dominii universalibus, ut de testamentis.
At legatum esse modum singularem, minimè ambi-
gitur. §. *ult. s. per quas person. cuiq. acquiritur.* Obje-
ctionis refutatio, sicq; ratio ordinis hæc est: quando-
quidem expositum est de testameotis, aliisq; rebus in
illis fieri solitis, ut de institutione heredis, exhereda-
tione, substitutione, &c. Legata autem olim non nisi 2
in testamentis relinquebantur. *§. præterea. 10 inf. de*
fideicommissar. hereditatib. l. legatum. 116. in princ.
ibi, quià testator. ff. de legat. 1. l. legatum. 36. ff. de
legat.

legat. 2. & hodie etiam plerumque testamentis inseruntur: tametsi ab intestato quoque relinqui possint. *l. unic.* §. *hac autem.* 14. *C. de caduc. tollend. & post Accursium hic super verb. sequenti.* tradunt *Schneidevvinus num.* 2. *Mynsinger. num.* 4 *Vultejus num.* 2. *& idem in* §. *mortis causa. ff. de donationib. num.* 8. *Wesenbec. Borcholt. & alii ad d.* §. *praeterea. infr. de fideicommissar. heredit. itemq́; Gœddaus ad leg. verbis.*120.*ff. de verbor. signific. n.*2. Igitur doctrinæ te-
3 stamentorum haud inconcinnè subnectitur doctrina sive tractatio legatorum: maximè cùm ea in testamento relicta, testamenti quodammodo pars, & velut accessoria seu appendices dicantur, *arg. d.* §. *praeterea. te. infr. de fideicomm. ff. heredit.* Sed hac de re latiùs *Iason. in Rubric. ff. de legat.* 1. *num.* 4. *Zasius ibid. & Socin. num.* 19. *Ripa num.* 6. *& Bolognet. num.* 62. *Ioan. Crottus ad rubric. de testament. num.* 4. *ibiq; Cravet. num.* 36. *& seq. Grassus lib.* 1. *receptar. sentent.* §. *legatum. q.* 2. *Vrv. lib.* 2. *commun. opinion. in verb. legatum est. Vaconius à Vacuna libr.* 4. *declaration.* 52. *Th. Marcilius & Petrus Heigius. hic num.* 3. *&* 4.

4 Licet porrò isthæc legatorum materia in Pandectis fusissimè explicetur, *nempe toto lib.* 30 *&* 2. *sequentibus*: eam tamen hic Justinianus, habitâ compendii ratione, tribus duntaxat titulis perstringit: quorum primus, cujus interpretationem nunc (divini Numinis auspicio) suscepimus, tractat de legatis dandis: alter de adimendis: tertius de iisdem per legem Falcidiam diminuendis. *De quibus singulis infrà suo loco.* Cæterùm hujus tituli sex potissimùm constituuntur partes. I. Legati definitionem ponit. §. *legatum.* 1. II. Divisionem legatorum veterem continet. §. *sed olim.* 2. III. Legatorum & fideicommissorum exæquationem complectitur. § *sed non usq́;* 3. IV. Indicat, quæ res legari possint, vel non possint. §. *non solùm.* 4. *& multis sequentib.* V. Quibus legari possit, vel non, aperit. §. *legari.* 24. *& seqq.* VI. Quâ forma legata relinquantur, exponit. §. *ante heredis.* 34. *& seqq.*

§. Legatum. 1.

Legatum itaque est donatio quædam, à defuncto relicta, ab herede præstanda.

SVMMARIA.

1 *Legatum unde derivetur.*
2 *Legandi verbum generale & speciale: & quid utrumque contineat.*
3 *Quatuor legati definitiones.*
4 *Legatum quare dicatur donatio quadam.*
5 *Legatum in quo differat ab aliis donationibus.*
6 *Mortis causa donatio præsentiam partium exigit: legatum non item.*
7 *Legatum & mortis causâ donatio quibus verbis fiant.*
8 *Accusans testamentum, ut falsum, legatum in eo relictum perdit, non vero mortis causa donationem.*
9 *Filiusfamilias patris consensu mortis causâ donare potest: legare non æquè.*
10 *Mortis causâ donatio quando revocetur.*
11 *Vtrùm legatum sit, an vero inter vivos donatio, quando testator donandi verbo utitur, ac in testamento aliquid præsenti & acceptanti donat.*
12 *Verba secundùm subjectam materiam intelligenda.*
13 *Legatum quibuscunq́; verbis relinqui potest.*
14 *Testibus in testamento præsentibus rectè legatur.*
15 *In testamento nullus fieri potest actus, ad testamentum non pertinens.*
16 *In ambiguâ oratione id accipiendum est, quo res, de quâ agitur, magis valeat, quam pereat.*
17 *Legata hodie fideicommissis per omnia exæquata.*
18 *Verba definitionis legati illa, ab herede præstanda, retinenda.*
19 *Legata interdum tum ab ipso testatore, tum à legatario & fideicommissario præstantur.*
20 *Iura constitui oportet in his, quæ ut plurimùm accidunt.*
21 *Definitionem bonam aptari ad regulam, & communiter accidentia, sufficit.*
22 *Dominium rei legatæ rectâ via à testatore transit in legatarium.*
23 *Distinctio vetus inter legatum vindicationis & damnationis.*
24 *Heredis præstatio est necessaria, ratione possessionis.*
25 *Quid Harmenopuli & Theophili auctoritati tribuendum.*
26 *Exemplaria manuscripta quam obtineant auctoritatem.*
27 *Legatum in dubio ab herede relictum præsumitur.*
28 *Testator in dubio heredem gravare voluisse censetur.*
29 *Si testator impersonaliter loquatur, dicendo, dentur Titio centum aurei: eos ab herede reliquisse intelligitur.*
30 *Relictum nominatum ab executore testamenti, ab herede relictum existimatur.*
31 *Legatum à tutoribus relictum, ab ipsis pupillis relictum creditur.*

§. Legatum. 1. Inst.

PRima hujus tituli pars definitionem legati comprehendit. Verùm antequàm ea explicetur, de 1 verbi origine sive etymologia (quam Imperator hoc loco omisit) est dispiciendum. Vlpianus *in fragment. Institut. tit* 24. *de legat.* legatum à lege dictum putat: quòd legis modo sive formulâ relinquatur: ut, Titio centum do, lego: Titius centum capito, sumito, &c. *Vlpianum sequitur hic Valent. Guiliel. Forsterus, & Iohannes Gœddaus ad l. verbis legis.* 120 *ff. de verb. sign. num.* 1. *pag. mihi* 875. M. Terentius Varro *lib* 4. *de linguâ Lat.* huncque secuti Hugo Donellus *lib.* 8. *Commentar. de jure civ. c.* 1. Wesenbec. *in paratit. ff. de legat.* 1. *num.* 2 Hotoman. *hic enunciat.* 1. & Treutler. *vol.* 2. *Disput.* 13. *thes.* 1. *lit a.* legatum & legare, à legendo, id est, deligendo, deducta existimant. Qui enim legat, delibat aliquid, seu deligit ex totâ hereditate, quod mavult ad legatarium, quàm ad heredem pertinere, *arg. l legatum* 116. *in princ. ff. de legat.* 1. Sed hæc notatio, utpote cujus nulla fit cum legato affinitas, non placet Bachovio *in not. Treutler. d. loco, pag.* 747. Porrò Hubertus Giphanius, cùm hanc materiam olim, me Auditore, in Argentoratensi Academiâ publicè interpretaretur, affirmabat: (*ut & hic ex Commentariis ejus admodùm mendosè excusis efflorescit*) legati vocabulum non ineptè derivari posse à Græco verbo λήγειν, id est, quiescere, vel finem facere. Vnde & λῆξις veteribus Græcis idem valet, quod legatum, sive potiùs bona & hereditas. Nam legandi verbum
2 duplex esse constat: generale & speciale. Generaliter continet omnia, quæ in testamentis relinquuntur. *d. l. verbis legis.* 120. *ibiq; Alciat. ff. de verb. signific. Vult. hic num.* 1. *Viglius ad princ. tit. de testament. ordinand. num. ult. Schegkius in Delibatis jur. Disput.* 12. *th.* 1. *Vide Dn. Collegam Besoldum in thesauro practi-*

practico.lit. V. num. 15.pag. 806. Specialiter ad solas singulares donationes, post mortem ab herede præstandas,refertur. Atque in hac ipsa significatione legati sive legandi verbum hic accipitur. Proinde hoc sensu quæ de legato traditæ sint definitiones,jam videndum.

3 Extant autem in jure quatuor definitiones legati. Prima est Vlpiani *in fragment.d.tit.*24. Legatum (inquit) est, quod legis modo, id est, imperativè,testamento relinquitur. Nam ea, quæ precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur. Secunda est Modestini, qui asserit, legatum esse donationem, testamento relictam. *l.legatum.*36. *ff.de legat.*2. Tertia est Florentini hujusmodi: ut legatum sit delibatio hereditatis,quâ testator ex eo, quod universum heredis foret,alicui quid collatum velit, *præcitatâ l. legatum.*116.*ff de legat.*1. Quarta est hoc loco Justiniani, secundùm quem, Legatum est donatio quædam, à defuncto relicta,ab herede præstanda. Quæ definitiones omnes verbis quidem distant: sed re ipsa sive sententiâ planè conveniunt, *ut eleganter & nervosè ostendit Donellus d.lib* 8.*Commentar. cap.*1.*pag.*222. *cum seq. Forster.junior lib.sing.de dominio. cap.* 9.*n.* 242 *pag* 355. *& Angelus Mattheacius in tract. de legat. & fideicommiss.c.*1.*numer.*3. Cæterùm nos, explicatione trium priorum prætermissâ, hanc Justinianeam paucis expendemus; & quoad ejus fieri poterit,sartam tectam conservare studebimus.

4 Legatum dicitur, *donatio:* quia ex merâ liberalitate ac munificentiâ proficiscitur. *l.*1.*ff.de donationibus. l.rem legatam.*18.*ff. de adimend. vel transfer. legat.* & nullum onus aut incommodum, sed lucrum duntaxat, ut pura donatio, in se continet. *§. si res aliena.* 6 *infr.hoc tit.l si hereditatem.*32.*vers.nam legatum. ff.mandati.l.apud Celsum* 4.*§ si quis ex uncia* 11.*ff de doli mali. & metus except l.ult.C.de heredítar.actionib.* Quâ in re differt legatum ab heredis institutione, sive ab hereditate; quæ & lucrum & onus habet, sicut & bonorum possessio. *d.l. si hereditatem.*32 *ff. mandati.l.*1.*&* 3 *ff.de bon.possess.l.hereditatis* 119. *ff. de V. S.* Donatio item est juris figura,quâ res tantùm singulæ deferuntur: heredis verò institutio est modus deferendarum rerum per universitatem, *per principium hujus tit. & §. ult. supr. per quas person. cuiq; acquirit. D.Becer. hic n.* 8.*pag.*503. *& Rittershusius pag.* 287. *Vide Timæum Fabrum disp* 20.*ad Instit.Imperial. thes.* 1 *lit. A.*

5 Adijcitur in legati definitione, *quædam.* Quâ adjectione significatur, legatum esse donationis speciem, ab aliis donationis speciebus sive generibus, putâ donationis inter vivos, & donationis mortis causa, distinctam. Etenim à donatione inter vivos discernitur: quòd legatum usque ad supremum vitæ exitum, idque vel nudâ voluntate, revocari possit. *l.si quis ita.* 3 *§.fin. & l seq ff.de adimend.vel transfer. legat.l.*1.*C. de SS. Eccles.* Donatio verò inter vivos semel perfecta, temerè, hoc est,nisi ex justâ causa ingratitudinis, revocari nequeat. *§.alia.*2 *ff de donationib l. ult.C.de revocand. donationib.gl.hic super verb.donatio quædam. Mynsinger. & Schneidew v. n.* 6. Sic etiam à
mortis causa donatione (quæ tamen aliàs legato est
simillima, eique comparari dicitur. *§* 1.*ff.de donationib. l.* 2. *ibi, ad exemplum legatorum. ff. de Public. in rem act.l.*1.*§.*1.*vers. nec immeritò. ff. si quid in fraud. patroni fact. sit.l.Marcellus* 15.*in fine.l.etsi debitor.*17. *ad fin.l illud.*37.*in princ.ff.de mortis causa donationibus*) legatum discrepat. Primùm,quia donatio causa 6
mortis præsentiam & conventionem partium exigit.
*l senatus.*35.*§ ergo qui mortis.* 3 *ibi, negotium gerit. & l.inter mortis* 38.*ff.de mort.caus donat.* Legatum autem sine conventione alicui relinquitur, & maximè in absentem & ignorantem confertur. *l.cùm pater.*77
*§ surdo.*3.*ff.de leg.*2. Deindè, quia donatio mortis cau- 7
sa fit his,vel similibus verbis: *Dono Titio hanc rem; sed hac conditione, ut si ex pergrinatione revertar, eam mihi reddat.* At legatum fit his verbis: *Hanc rem*
Titio lego: heres meus dato, &c. Adhæc, quia is, qui 8
accusat testamentum, ut falsum,legatum in testamento relictum perdit: at non mortis causa donationem: quoniam hæc morte,non testamento, confirmatur, *l post legatum.*5.*§.qui mortis causa.*17.*ff.de his, quæ ut indig.aufer.D.Obrecht. in Disp.* 4. *de mort. caus. do-*
*nat.th.*199. Præterea, quia filiusfamilias patre con- 9
sentiente mortis causa donare potest: sed legare non potest. *l.tam is* 25.*§.*1.*ff de mort caus.donat.l.* 2. *cum inibi notatis. ff de legat.*1. Denique, quia in donatiône
mortis causa donator se habere mavult, quam eum, 10
cui donat: ideoque revocatur cessante periculo, cujus intuitu facta est, *d.§.*1.*ff. de donation.* Legatum verò durat, etiamsi testator ex morbo convaluerit; modò illud non revocaverit.*d.*3.*§.ult.& l.*4. *ff.de adimend. vel transf.legat.* De istis,& aliis inter legata & donationem causa mortis, differentiis explanatiùs, *post glossam,* tractant plerique Interpretes *ad d.§.*1.*ff de donationib. ubi & nos nonnullas exposuisse, meminimus.*

Cæterùm controversa & anceps circa prædicta 11
ventilatur a à Doctorib quæstio: utrùm legatum sit, an verò inter vivos donatio, sicque irrevocabilis, quando testator donandi verbo utitur, ac in testamento donat aliquid præsenti & acceptanti? Et donationem inter vivos esse, tradiderunt *Angelus Aretinus hic n.*2.*Ioan.Crot. in rubr. ff de legat.*1. *n.* 10. *& ibidem Cravetta numer.* 133. *& Ludovic. Alvarus n.* 143.*Fernand.Vasq.lib.*3.*de successien creat.§.* 23.*n.* 3. *Menochius libr.*4. *de præsumptionib. tom.* 2. *præsumpt* 105.*num.*18.*&* 19 *aliiq; per hunc citati.* At legatum esse, docuerunt alii non pauci, *Ioan. Fab. in hoc §. nostro.Iacob.Niger.ad Rubr. ff de legat.* 1.*n.*13. *Socin. Iunier.ibidem n.*63.*Francisc.Caldas ad l. si curatorem* 3. *C.de in integr. restit.minor in verb. sine curatore. n.* 69. *vers. contrarium tamen, &c. Mantica lib.* 8. *de conjecturis ultimar. volunt. tit.* 1. *n.* 36. *vers sed advertendum est,&c. Quos omnes novissimè refert & sequitur Andreas Fachineus lib.* 5. *controversiar. jur. cap.*32 Hujusque sententiæ (quam & ego verissimam
esse censeo) ratio perspicua est: Tum quia verba sunt 12
intelligenda secundùm subjectam materiam, etiamsi impropriientur. *l. si uno. (in Gothofredi Corpore est l.ex conducto.*15.*§* 4 *vers.sed & si verbo.) ff.locati.l. sed si possessori.* 11.*§.item si juravere. ff. de jurejur. & utrobiq;*

utrebiq; Dd. In propositâ autem specie, subjecta materia est testamentum, cui magis congruit legatum
13 & fideicommissum, quam donatio inter vivos. Tum quia legatû nihil aliud est, quam donatio, *per hunc* §. & quibuscunque verbis fieri atque relinqui potest, *ut elucescit ex § proximo. infr. hoc tit. & l. 2. C. commu-*
14 *nia de legat. &c.* Tum quia & dictantibus testamentum, & testibus in testamento præsentibus rectè legatur. *§. legatariis. f. de testament. ordinand. l. si quis ita scripserit. 14 ff. de reb. dub l. dictantib 22. C. de testa-*
15 *ment.* Tum etiam, quia in testamento fieri non potest talis inter vivos donatio, nec ullus alius actus sive contractus (etsi contrarium communi Dd. opinione sit receptum, *de quâ latè Tiraquellus de legibus connubialibus, in verb contracter. gloss. 5. num 101.*) qui ad testamentum non pertineat. *l heredes palàm 21 §. ult. ff. qui testam fac poss. & l. cùm antiquitas 28. C. de testament.* ubi expressum est, testamentum uno contextu fieri debere, nullo actu extraneo & diverso interveniente. Contractum autem, sicque donationem inter vivos & testamentum esse actus diversos, totoque inter se genere distinctos, certum est. *arg. l. verba, contraxerunt. 20. ff. de verborum signific. Branchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν assert. 29. edit. 1. Arumaus Exercitat. Iustin. 7. th. 18. & fusius explicuimus in §. sed cùm paulat. 3. n. 6. & seq. f. de testament. ordinand.* Nec obest, quòd, licèt testamentum uno contextu fieri, proindeque nullus contractus alienus & diversus misceri debeat: si tamen misceatur, non vitietur: sed potiùs testamentum ipsum non subsistat: & consequenter in præsenti themate donatio inter vivos valeat, tametsi fortassis testamentum corruat. *Nam respondetur:* inde sequi, donationem in dubio non esse præsumendam, sed potiùs legatum: quandoquidem si legatum sit, valebit utrumque, & testamentum &
16 legatum. Quoties enim ambigua est oratio: commodissimum est, id accipere, quo res, de quâ agitur, magis valeat, quàm pereat, *l quoties. 12 l. ubi. 21. ff. de reb. dub l. cogi. 16 in fine princip ff. ad Senatusconsultum Trebell l. quotiens in stipulationibus. 80. ff. de verborum obligat. l. quotient. 67. ff. de regul jur. Fachin. d lib. 5. controvers. cap. 3 2. in fine.*
17 Sed ut ad definitionem redeamus, in eâ additur: *à defuncto relicta.* Et rectè quidem: quia verbum istud (*defuncto*) generale est, & ad omnem defunctum, tam testatum, quàm intestatum, pertinet: quoniam hodie, postquam legata fideicommissis per omnia sunt exæquata. *l. 2. C. communia de legat. & infr. § 3.* non minus legatum, quàm fideicommissum ab intestato relinqui potest, *arg § præterea. 10. infr. de fideicommissar. heredit. & supr. in principio tituli dictum, n 2.*
18 Postrema illa definitionis verba (*ab herede præstanda*) quantumvis multi, tanquam spuria & supposititia, non agnoscant, *Harmenopulus libr. 15. Epit. tit. 10. Theophilus in paraphrasi, Cujacius in notis posterioribus, Baro, Hotomanus, Giphanius, Berchols, Heigius, & si qui sunt alii hic. Duarenus in princ. tit. ff. de legat. 1. Goedd adl. verbis. 120. num. 2. in fine. ff. de verborum significat. Bernard Walther. lib. 1. Miscella-*

neor. cap. 7. Branchorst. cent. 2. ἐναντιοφ. assert. 45. edit. 1. ego tamen iis promptè assentior, qui verba ista, ceu necessaria, sicque minimè otiosa, omninò retinenda esse existimant. Siquidem heres, hereditatis aditione quasi contrahit cum legatariis. *§ heres. 5 infr. de obligat. quæ q. ex contract. nasc. l. qui cum alio. 19. ff. de reg. jur.* Ex illo quasi contractu nascitur obligatio & actio, quâ legatarius ab herede legatum petit, *Anton. Fab. lib. 6. conjecturar. cap. 1. post medium. Donell. prædicto lib. 8. Commentar. de jur. civ. cap. 1. pag 223. ibiq. Hilliger. in suis not. lit. g. Mynsing. num. 4. Wesenbec. num. 3. Vult. n. 5. Balduin. Anton. Matth. Th. Marcil. & Gustiel. Forst. in hoc §. idem Forster. d. libr. singul. de dominio cap. 9. num. 242. pag. 255. Dominic. Arumaus Exercit. Iustin. 9 thes. 1. Conrad. Olemannus ad lib. 2. Antinomiar jur. civil. Giphanii, Disput. 19. n. 9. cum aliquot seqq. Martinus Schickhard. disp. 9. ad Inst th. 1. ad lit. d pag. 355. Hunnius var resol. jur. civ. lib. 2 tract. 8. quæst. 1. & iisdem verbis in resolut. ad Treutler. vel. poster. disp. 13. th. 1. pag. 54. & seqq.*
Nec hanc sententiam impugnat: quòd legata non 19
solùm interdum ab ipso testatore in vitâ ejus solvantur. *l. Lucius Titius 22. ff de legat. 2. l. filia. 11. C. hoc tit.* sed etiam à legatario & fideicommissario, itemque ab herede heredis vel legatarii præstentur, *l. si fuerit. 5. §. fin. cum l seq. ff. de legat. 3. in princ. inf. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* Etenim jura constitui o- 20
portet in his, quæ ἐπὶ τὸ πλεῖστον, id est, ut plurimùm, accidunt; non quæ ἐκ παραλόγου id est, ex inopinato, *l. jura. 3 ff. de legib.* & quod semel aut bis existit, prætereunt legislatores *l. τὸ γὰρ 6. ff. d tit.* Legatum autem ut plurimùm ab ipso herede relinquitur, & præ- 21
statur, quamvis aliquando etiam à legatario vel fideicommissario relinquatur, aut ab ipso testatore præstetur, *juribus ante allegatis.* Sed & sufficit, bonam definitionem aptari ad regulam, & communiter accidentia: ut tenet gloss. *Alberic. Cagnol. & alii in l. omnis definitio. 201. ff de regul. jur. Abb. Panormitan. & Philip. Dec. in Rubr. de judic. Salicet. in l. præcibus 8 col. 4. C. de impuber. & aliis substitut. Alexand. in Rubr. ff solute matrim. col. 5. Iasl. Ioan. Orosius, Alciat.* aliique *in l. imperium 3. ff. de jurisdict.* quos referendo sequitur Fernandus Vasquius *lib. 3. de successionum progressu. §. 27. num 2.*
Neque refragatur etiam: quòd rei legatæ domini- 22
um rectà via à testatore in legatarium, sine ullo heredis facto, transeat. *l à Titio 64. ff. de furt. l. legatum. 80 ff. de legat. 2. l. 1. in fin ff. de public in rem act. & similib.* Nam olim distinctio erat inter legatum vindi- 23
cationis & damnationis: & hoc quidem ab herede præstabatur, illud non item, *teste Paulo lib. 3. recept. sentent. tit. 6 § usufructus. & Vlpiano infragm. tit. 24. & Cajo lib. 2. Instit. tit. 5.* Hodie verò sublata legatorum differentia, dominium est distinguendum à possessione: ut hæc ad herede, illud à testatore proficiscatur. Ac sane adeò necessaria est, ratione posses- 24
onis, heredis præstatio: ut illam legatarius, si propria auctoritate sive temeritate occupârit, heredi restituere teneatur. *l. 1. §. 2. ff. quod legator.* ubi Vlpianus ejus rei elegantem rationem subjecit: nempe quòd à quis-

simum Prætori visum sit, unumquemque non sibi ipsi jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere. *Eà de re latiùs Balduinus, Marcilius, & Anton. Matth. hic, Antonius Faber. dict. libro. 6. conjectur. cap. 1. Anton. Guibert. libro. 1 quæstion. jur. cap. 14. Bronchorst. cent. 2. Miscellan. controversiar. assert. 48. Iustus Schüz. exercitation. jur. disput. 11. th. 1. lit. c. pag. 162. & Bachovius hic pag. 542. itemq; in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. disp. 13. th. 1. lit. D. vers. illud non interest. pag. 750.*

25 Nihil præterea movet Theophili & Harmenopuli (quorum mentio facta est *supr. num. 18.*) auctoritas: *quandoquidem* Scriptis illorum omnem auctoritatem Justinianus Imp. disertè derogat, dum sub gravi pœnâ quicquam allegari prohibet, quod non tribus voluminibus juris (Institutionibus nimirum, Pandectis & Codice) continetur. *l. 2. § Hac igitur 19. C. de vet. jur. enuclean.* ubi inter cætera, ubi hæc leguntur verba: *Hasce itaque leges & adorate & observate, omnibus antiquioribus quiescentibus: nemoq; vestrum audeat vel comparare eas prioribus, vel, si quid dissonans in utroque est, requirere: quia omne, quod hic positum est, hoc unicum & solum observari censemus. Nec in judicio, nec in alio certamine, ubi leges necessaria sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem Institutionibus, nostrisq; Digestis, & Constitutionibus à nobis compositis vel promulgatis, aliquid vel recitare, vel ostendere conetur: nisi temerator velit falsitatis crimini subjectus, unà cum Iudice, qui eorum audientiam patiatur, pœnis gravissimis laborare.*

26 Denique nihil prorsus operatur manuscriptorum exemplarium, in quibus verba isthæc (*ab herede præstanda*) desiderantur, auctoritas: quoniam plus ponderis & auctoritatis impressis exemplaribus, quàm manuscriptis, tribuendum est: cùm in manuscriptis longè faciliùs imperitiâ, negligentiâ & socordiâ scribentis, quàm in impressis aliquid omitti, inseri & corrumpi possit: *quemadmodum bene docet Hunnius loco suprà designato.*

27 Ex his ita breviter explanatis manifestum evadit: ex hac definitione legati, verba ista, *ab herede præstanda*, nequaquam exterminanda esse. Ex iisdem autem verbis notabiliter colligitur: legatum in dubio, & quando non est alia persona à testatore nominata, per quam illud præstari debeat, ab herede relictum
28 esse, præsumi. Testator siquidem in dubio heredem suum hoc casu gravare voluisse censetur. *l. si servus legatus. 108. §. qui margaritam. 13 ubi Bald. Imola & Dd. ff. de legat 1. l. peto. 69. in princ. ff. de legat. 2. Bartol. in l. codicillis. 34. n. 4. ff. de usufruct. legat. & in l. quidam. 5. n. 1 vers. quandoque. ff. de reb. dub. Corneus cons. 33. n. 20. vol. 1. ubi hanc opinionem communem*
29 *esse, attestatur.* Hinc si testator impersonaliter loquatur, dicendo: *dentur Titio centum aurei*; nec adiiciat, à quo dandi sint: eos ab herede reliquisse intelligitur, *Alexand. & Iason in l. ult. §. Labeo. n. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. Idem Alexand. cons. 170. n. 2. in fin. vol. 2. Ruin. cons. 177. num. 10. vol. 2. Socin. sen. in l. Paulus respondit, cùm 4. ff. de rebus dub. Francisc. Mantica in tract. de conject. ultimar. volunt. lib. 8. tit. 2. n. 1. Mascard. in tract. de probationibus; vol. 3. conclus. 1237.*
n. 4. Quinimò relictum nominatim ab executore 30
testamenti, censetur esse relictum ab herede. *Bartol.*
in l. alio. 9. num. 1. & 2 ff. de aliment. legat. ut & lega- 31
tũ sive fideicommissum à tutoribus relictum, ab ipsis pupillis, tanquam heredibus testatoris, relictum esse præsumitur. *l. etiam à pupillorum. 20. C. de fideicommissis.* Verùm de hac materia, à quibus videlicet legata & fideicommissa relicta intelligantur, omnino videndus est Franc. Mantica *dict. l. 2. per tot. ubi id multis ampliationibus & limitationibus egregiè declarat.*

§. *Sed olim quidem.* 2.

Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solennitas hujusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem Constitutio, quam cum magnâ fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit: ut omnibus legatis una sit natura, & quibuscunque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cuius Constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.

S V M M A R I A.

1 *Divisio legati quadrimembris.*
2 *Legatum vindicationis.*
3 *Legatum damnationis.*
4 *Verbum damno, quid significet.*
5 *Quatuor inter legata vindicationis & damnationis differentia.*
6 *Legatum sinendi modo.*
7 *Legatum præceptionis*
8 *Iustinianus omnem legatorum distinctionem sustulit.*
9 *Actiones de legatis competentes: & num. 26.*
10 *Cur actione personali legatarii petere legata possint.*
11 *Heres adeundo hereditatem, quasi contrahere cum legatariis putatur.*
12 *Ista personalis actio, quatenus actio ex testamento dicatur.*
13 *Quare legatario rei vindicatio competat ad rem legatam consequendam.*
14 *Legatorum dominium an & quatenus statim à morte testatoris, legatariis acquiratur. & n. 16.*
15 *Actio personalis & rei vindicatio sunt actiones inter se contrariæ.*
16 *Nemo rem suam condicit.*
17 *Qui vult consequens, is etiam vult antecedens.*
18 *Legatarius ex tribus actionibus unam eligere debet, quâ experiatur.*
19 *Quare actio hypothecaria legatario detur.*
20 *Nunquid etiam res legata, pignoris jure legatario sit obstricta.*
21 *D. Boceri opinatio refellitur.*
22 *Sua res pignus non solùm ab initio consistere nequit: sed etiã illud, ab initio utiliter constitutum, extinguitur dominio acquisito.*

23 *D. Boc-*

23 *D. Boerii intellectus ad l. neque pignus. 45. ff. de reg. jur. seu fictitius, improbatur.*
24 *Tacitum non potest esse potentius, quàm expressum.*
25 *An legatorum nomine processus executivus institui queat.*
26 *Sensus Novell. 1. c. ult.*

1 SECUNDA hæc pars hujus tituli, divisionem legati quadrimembrem, sed veterem & abrogatam complectitur. Hodie nulla est legatorum divisio, aut distinctio, *ut audiemus infrà numer.* 8. Vetus autem duæ fuerit, paucis hoc loco Justinianus verbis attingit. Sed ne quicquam antiquitatis ignoretur: operæ pretium visum est, si hujus loci paulò uberior explicatio ex Ulpiani fragment. Institution. *tit.* 24. Caij Institut. *lib.* 2. *t.* 5. Pauli sententiis *lib.* 3. *tit.* 6. Theophilo *hic*, Alciato *lib.* 3 *parerg. c.* 1. & Antonio Fabro *lib.* 6. *conject. c.* 1. repetatur. Olim itaque quatuor fuêre legatorum genera sive species: legatum nimirum vindicationis, damnationis, sinendi modo, & præceptionis. Atq; has quatuor legatorum species Doctores communiter agnoscunt: exceptis Fabro *dicto loco*, Schifordeghero *lib.* 3. *tract. forens.* 27. *q.* 10. Antonio Matthæo, *hic in suis not.* & Arumæo *exercit Justin.* 9. *th.* 2. qui conjiciunt, duo tantùm fuisse genera legatorum, nempe legatum vindicationis, & legatum damnationis: cætera verò, quæ sinendi modo & per præceptionem fiebant, priorum species ac differentias potiùs, quam distincta & separata genera fuisse.

2 Vindicationis legatum erat, si testator sic locutus esset: *Stichum servum tibi do, aut lego*: vel, *Illam rem tibi sume, habe, vindica.* Quo modo duntaxat legari poterat res testatoris propria, non etiam aliena, aut quæ in rerum naturâ non esset. Et hujus legati nomine, actio in rem competebat: &, si legatarius ante aditam hereditatem decederet, nihilominus quasi quæsitum ipso jure dominium ad suum heredem transmittebat.

3 Per damnationem legabatur his verbis: *Heres meus illi hoc dato*: aut, *Illud illi ab herede meo dari jubeo*: aut, *Damno te heres illi dare centum*: aut, *Heres meus damnas esto dare, facere, &c.* Atque hinc actio legatorum, vel ex testamento in personam nascebatur legatario: qua contendebat, heredem dare oportere centum. Quâ ratione si insulam facere damnasset testator, intendebat, facere heredem oportere.

4 Observandum autem, quòd verbum *damno*, præter notam significationem, etiam idem sit, ac *obligo*. Unde *damnatus* (sive *damnas* per syncopen, quæ vox Jurisconsultorum peculiaris est) pro *obligatus* legitur. *§ tam autem corporales.* 21. *vers sed & tale. inf. h. t. l. damnas esto.* 15. *ff. de usufruct. legato.*

5 Differentiæ porrò legatorum, vindicationis & damnationis, quatuor præcipuæ fuerunt. I. Per vindicationem res tantùm propria, quæ in rerum naturâ esset, legari poterat, *ut antè dictum*: per damnationem verò res etiam aliena, & quæ nondum existeret, si modò speraretur. II. Per vindicationem legata res statim & ipso jure, mortuo testatore, fiebat legatarii: ita ut is, non expectato herede, istam rem propriâ authoritate vindicare & occupare posset. Ast is, cui per damnationem legatum erat, per manus heredis legatum accipere cogebatur: neque legatario ulla in rem ipsam actio, sed ex testamento tantum (*ut suprà traditum*) in heredis personam concedebatur. III. Eadem re pluribus per vindicationem legata distinguebatur: an conjunctim, an disjunctim seu separatim legata esset: ut hoc casu solidum legatariis deberetur: illo verò concursu partes fierent. Cæterùm si per damnationem eadem res pluribus legata esset: si quidem conjunctim, partes solummodò viriles præstabantur: sin disjunctim vel separatim, concursus nullus fiebat, sed heres uni rem, alteri æstimationem debebat. IV. Si cui generaliter homo, aut alia res per vindicationem legaretur, legatarii erat electio, utram petere & vindicare vellet. Si verò hominem aut genus aliud heres dare damnatus fuisset: optionem habebat, utram ex pluribus speciebus præstare mallet.

Sinendi modo relinquebatur legatum his verbis: 6
Heres meus damnas esto sinere; vel, *Heres meus sinito illum illam rem sumere, sibiq; habere.* Et hoc modo legari poterat res tam corporalis, quam incorporalis. Ita enim debitori nomeo poterat legari, si quis liberationem ei relinquere volebat. Atque hinc itidem actio ex testamento in personam dabatur. Denique 7
præceptionis verba solennia hæc erant: *Lucius Titius illam rem præcipito.* Quo modo non nisi uni ex heredibus legari poterat, ut aliquid ex hereditate præcipuum haberet: & si aut conjunctim multis, aut disjunctim singulis relinqueretur: omnibus una res tantùm, quæ nominata erat, debebatur; non uni res, & alii æstimatio: sicut in legato damnationis erat constitutum. Exigebatur autem, quod per præceptionem relictum erat, actione familiæ erciscundæ: *ut, post Eguinarium Baronem annotavit hic Mynsingerus num. 7. in fine.*

Atque hæc quidem olim legatorum genera, differentiæ, & actiones eorum nomine competentes, fuerunt. 8
Verum Justinianus Imperator omnem legatorum distinctionem, unà cum istâ verborum solennitate (post Divos Principes, Constantinum, Constantium, & Constantem. *l in legatis.* 21. *C h. t.*) sustulit; & ultimarum favore voluntatum inductus constituit; ut omnibus legatis una sit natura, vis, effectus ac potestas: & quibuscunque verbis, per quæ testatoris voluntas appareat, relinqui possint: nec non legatariis pro istis consequendis tres actiones accommodentur: videlicet actio personalis; actio in rem; & actio hypothecaria. *l.* 1. *Communia de legat. & hoc §. nostre Petr. Francisc. Zingleis decis. Justin.* 12. *quæst.* 1. *num.* 2. *fol.* 120 Ratio, cur actione in personam legatarii petere legata valeant, non est obscura: quia isthæc actio ex contractu est, vel quasi *§.* 1 *inf. de actionibus.* At propter aditam hereditatem legatarii heredem ex quasi contractu obligatum habent, *§. heres quoque.* 5. *inf. de obligat. quæ q. contract. nasc. l si quis absentis.* 5. *§. heres.* 2. *ff. de obligat. & act.* Heres enim adeundo hereditatem, quasi contrahere cum legatariis intelligitur. *l. apud Julianum.* 3. *§. fin. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* hoc est,

 solu-

solutionem legatorum in se recipere videtur: proindeq; legatarii ab eo rectè legatum actione in personam
12 perunt. Hæcq; in personam actio, ex testamento actio dici solet. §. *si res aliena. 6. inf. hoc tit. l. servo. 69. §. ult. l. non quocunq; 82. in princ. l. quæsitum. 91. §. ult. ff. de legat. 1. l. qui concubinam 29. §. si heres 3. ff. de legat. 3. alsàs. 6. ff. de in lit. jurand gloss. hic. in verb. personales. & ad leg. hujusmodi 84 §. ult. in verb personam. ff. de legat. 1. Wesenbec. hic n. 2 Schneidevvin. n. 12. Mynsinger. num 2. & cent. 5. observat. 61. num. 1.* non solùm si testamento, sed etiam si codicillis testamento confirmatis legatum fuerit relictum. Siquidem hi codicilli pars testamenti censentur. *l. penult ff. quemadm. testament. aperiant.* & jus testamenti seqvuntur. *l. ab intestato. 16. in fin. ff de jure codicillor.* Quòd si verò intestatus quis decedens, legatum codicillis dederit, utilis ex testamento actio appellatur: propterea quòd ejusemodi codicilli vicē testamenti exhibeant. *d. l. 16 ad fin. ff. dict. tit. gloss. ad §. penult. in verb. relinquitur. inf. de codicill. & in l 2. vers. sit igitur. in verb. personales. C. communia de legat. D. Collega Bocer. class. 3. Disputat. 8. thes. 131. lit. c. edit. 2 & infrà ad tit. 22. de lege Falcid. n. 128. pag. 601. Adde Iasen in l. 1. num. 100. & seqq. ff. de legat. 1.* Quanquam Donellus *lib. 8. Comment. de jure civil. cap. 36 pag. 360.* existimet; istam actionem in personam, jam non vocandam ex testamento, sed actionem ex supremâ voluntate & judicio defuncti: cùm legata hodie etiã codicillis relinquantur: ut ita nomen fiat rei consequens: quod fieri debere bene moneat Justinianus *in §. est & aliud. 3. vers sed nos. supr. de donationibus.*

Ratio autem, cur actio in rem, sive rei vindicatio le-
13 gatariis competat, pro legatis relictis consequendis, hæc est: quia hac actione dominus experitur adversus eum, qui rem ipsius possidet. *d. §. 1. inf. de actionibus. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicatione. l. actio-*
14 *num. 25. in princ. ff. de obligationibus & act.* Sed legatorum dominium, statim à morte testatoris, ipso jure legatariis, illa agnoscentibus, acquiritur *l legatum. 80. ff. de legat. 2. l si mulier 3. §. si rem. 2. ff. de legat. 3. l. si post diem 5. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. l. à Titio. 64. in fine. ff. de furt.* Hacq; de re, post alios, fusiùs dissertant Forster. junior *lib. singul. de dominio. n. 243. cum. seqq. pag. 356. & seq.* Bachovius *hic num. 3. pag. 544 & in not. ad Treutl. vol. 2. disp 3. th 7. lit. A* Riemer. *decad. 7. quæst. illustr. 3. & 4.* & noviter Frantzkius *exercitat. jurid. 7. quæst. 1. pag. 186. & seqq.* Cæterùm videndum: an non id, quod dictum est, legatarium petere ac persequi posse legatum actione personali, & rei vindicatione, repugnet rationibus & prin-
15 cipiis juris. Hæ namq; actiones omninò inter se sunt contrariæ: adeòq; uni & eidem de eâdem re eodem
16 tempore concedi non possunt. Vindicatio quippe sive in rem actio dominiũ in agente præsupponit, *dict. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat. dict. §. 1. inf. de actionibus.* Actio in personam sive condictio idem adimit. Nemo etenim rem suam, prçterquam à fure, condicit. §. *sic itaq; discretis. 14. inf. dict. tit. l. ult. in fin ff usufructuar. quemadm. caveat* Hic obex licèt plerisq; Interpretibus perdifficilis sit visus; hac tamen explicatione non incommodè (ut opinor) tolli poterit. Dominiũ rei legatæ ipso quidē jure legatario, post mortem testatoris, acquiritur: si legatarius dominium istud agnoverit, & super eo voluntatem suam declaraverit, *arg. præalleg. leg. legatum. 80 ibi, & legatarius non repudiavit defuncti voluntatem. ff. de legat. 2. l. si tibi homo. 86 § cùm servus. 2. ibi, si legatarius repulerit à se legatum. ff. de legat. 1. l. 1 §. utrum. 6. vers. quamvis enim legatum. ff si quid in fraud. Patroni fact. sit & similium.* At legatarius, qui personali actione experitur, satis apertè significat: se illud dominium, quod ipso
jure transit in legatariũ, non agnoscere. Qui enim vult 17
consequens: is etiam intelligitur velle omne necessarium antecedens, *arg. l. ad rem mobilem. 36. ff de procuratoribus. l. illud 77. ibiq; Dd. ff. de acquir. vel omitt. hered Decian. consil. 1. n 249. vol. 1.* Est autem personalis actionis necessarium antecedens: eum non esse dominum, qui hanc actionem intendit. *dict. §. sic itaq; discretis 14. inf. de actionibus.* Proinde legatarius actione ex testamento agens, abundè declarat: se non agnoscere legale illud dominiũ, quod ipso jure volenti tantùm legatario, non verò repudianti, acquiritur. *Nec* quicquam movet; legatarium, qui legatum repudiat, nullam penitus legati petitionem habere: ideòq; ne personali quidem actione uti posse. *Nam* legatarius, quo de hîc tractatus, nequaquã legatum prorsus repudiavit, sed tantùm à morte testatoris legale illud dominium acquirere noluit. E contrario autem legatarius, rei vindicationem instituens, non poterit actione in personam experiri: cùm per istam actionem, se dominum esse, intendat: & consequentes omnem sibi aditum ad personalem actionem ex testamento præcludat. *d §. 1. & dict. §. sic itaq; 14. inf. de actionibus. dict. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat.* Nec huic contradicit. *hic §. noster. & dict. l. 1. C. communia de legat.* ubi asseritur, legatario pro obtinendis legatis
tres actiones competere. *Etsi* enim tres legatario cõ- 18
perunt actiones: non tamen eas simul potest intentare: sed ex iis unam eligere debet, quâ legatũ petat *l. cùm filius. 76. § variis. 8 ff. de legat. 2. l. 1. ibiq; Gothofr. C. de furtis. Mynf. h. n. 8 Schneid n. 22. Wesenbec. n 3. Heigius num. 27. Ritershusius, Vultejus, & Giphanius in fine.*

Porrò cur actio hypothecaria, ad legatum conse- 19
quendum, detur legatario, hæc est ratio: quia ei res hereditariæ tacitè sunt obligatæ sive oppignoratæ: & ideò res hereditarias jure taciti pignoris, pro modo legati aut fideicommissi, persequitur. Cæterùm res ipsius heredis, quas non accepit à defuncto, nullo hypothecæ aut pignoris nexu obligantur legatario. *d. l. 1. C. communia de legat.* Sed utrùm etiam ea ipsa res, quæ 20
legata est, pignoris jure legatario sit obstricta, adeòq; legatarius eam hypothecariâ actione persequi possit, dubitatur? Et verosimilius est: rem legatam à pignoris vinculo esse liberam: propterea quòd res sua sibi pignori obligari nequeat. *l. neq; pignus. 45 ff. de regul. jur. & l. non solùm. 33. § si rem tuam. 5. ibi, non intelligitur quis suæ rei pignus contrahere. ff. de usurpat & usucap.* Atqui rei legatæ dominium rectâ viâ, & ipso jure, à morte statim testatoris in legatarium transire, si modò ipse postea agnoscat legatum, ex supra tra-

dita

ditis luculenter constat, *praecitatâ leg. à Titio.* 64 *ff. de furt. & dict. l. legatum.* 80. *ff. de legat.* 2 Et ita, *post glossam*, sentiunt *Angel. Aretin. hic num.* 5. *Baldus super verb. hypothecariam. & Mynsing. num.* 7 *& Iason in l.* 1. *num.* 132. *vers secundò in quantum. ff. de legat.* 1. ubi istud communiter teneri, testatur. Quibus adjiciendus est Bachovius *hic n.* 3. *in verb. & per hypothecariâ. pag.* 544. nec non Antonius Merenda *lib.* 3 *controvers. jur. cap.* 48. *num.* 3. *cum seqq. pag.* 224. *& seq.* Quanquam contrariam opinionem magis communem, ad eòq; ab eâ in judicando & consulendo non recedendum esse, existimet, *post alios, quos laudat*, Hieronymus de Cevallos *in speculo aureo opinion. commun. contra commun. quaestion.* 603. *num.* 3. *& seq tom.* 1. Cui sententiae Dominus Collega Boecerus, subscriben-
21 do, *in tit.* 22. *infr. de lege Falcid. n.* 123. *pag.* 600 frustrà tueri allaborat; quòd legatarius rem sibi legatam hypothecariâ actione persequi possit. Nam textus ab ipso allegati, *videlicet d. l.* 1. *C. communia de legat. & praesens §. nostr. vers nostra autem constitutio, &c.* id saltem efficiunt: quòd legatariis pro consequendis legatis tres actiones competant, nimirum actio personalis (siquidem, *ut supra dictum n.* 10. *& seqq.* propter aditam hereditatem legatarii heredem quasi ex contractu obligatum habent. *d. l. si quis absenis.* 5 *§. heres.* 2. *ff. de obligat. & actionib.*) actio in rem (quia dominium rei legatae statim à morte testatoris legatariis acquiritur. *d. l. à Titio.* 64. *ff. de furt.*) & actio hypothecaria: quoniam res hereditariae legatariis tacitè obligatae censentur. *ut antè expositum num.* 19. Ast illam ipsam rem, quae legata est, legatario pignoris nexu obstrictam esse, nuspiam cautum reperitur. Est enim ab omni ratione prorsus alienum: rem
22 legatam, cujus dominium legatario statim à morte testatoris acquiritur, eidem legatario oppigneratam esse: cùm non solùm ab initio pignus rei suae consistere nequeat. *d. l. neq; pignus* 45. *ff. de reg jur. d. l. non solùm* 33. *§. si rem tuam* 5. *ff. de usurpat. & usucap.* sed etiam pignoris jus ab initio utiliter constitutum extingua-
23 tur dominio acquisito, nec ampliùs perseverare possit. *l. penult. in fin. ff. de except. rei judic.* Quanquam autem Dn. Boecerus *dicto loco, n.* 125. *& seq.* putat: praedictas *l. neq; pignus.* 45 *ff. de reg jur. & d. l. non solùm* 33 *§.* 5 *ff. de usurp. & usucap.* tantùm procedere in hypotheca & pignore, conventione partium constituendo, non in eâ hypothecâ, quam ipsa lex constituit: quandoquidem legis potestas major sit, quàm hominum: attamen id, ceu fictitium & merè divinatoriũ, meritò improbatur. Nam dictae leges, *nempe. l. neque pignus.* 45 *ff. de reg. jur. & l. non solùm.* 33. *§. si rem tuã* 5. *ff. de usurpat. & usucap.* indistinctè loquuntur & indefinitè: facilè ut appareat, eas de omni pignore intelligendas esse, *vulgatâ l. de precio* 8 *ff. de Public. in rem*
24 *act.* & nulla insuper potest assignari ratio, cur rei suae pignus legale esse queat, conventionale non item: cùm tacitum non possit esse potentius, quàm expressum: sed saepe expressa valeant, quae non expressa nihil operantur. *Sichard. ad rubric. C. de pignor. & hypothec. num.* 18. Proinde cùm expressâ conventione effici haud possit, ut res sua alicui pignoris jure teneatur: utique absonum fuerit, de legali pignore id admittere. Etenim exploratum est: idem statuendum esse in tacitâ & legali conventione, quod in expressâ obligatione receptum est, *per notata Sichardi d. loco.*

Quia verò praedictae, pro legatis consequendis, a- 25 ctiones jure comparatae sunt: manifestè Angeli *in Novell.* 1. *cap. ult. in princ. num.* 57. *Socini senioris in consil.* 103 *lib.* 3. *Nata consil* 206 *num.* 4. *& consil.* 626. *num.* 21. *Alciati in l. pecunia.* 178. *§. actionis. num.* 10. *ff. de verb. significat. Iasonis in l. fin. notab* 5. *n.* 6. *& ibidem Sichardi num.* 12. *C. de edicto Divi Hadriani toll. Cagnoli in l. in testamentis.* 12. *num.* 9. *ff. de reg. jur. Grassi lib.* 1. *recept. sent. §. legatum q.* 77. aliorumq; detegitur error, qui opinantur, legatorum nomine processum executivum institui posse. Si enim hoc verum esset: frustra Imperator Justinianus tres legatario actiones tribuisset, *hic & in saepè alleg. l.* 1. *C. commun. de legat.* Accedit; quòd *in dict. leg fin. vers. fin autem aliquis. C. de edict. D. Hadr. toll* apertè deciditur, viâ executivâ non posse procedi, si aliquis contradictor extiterit. At verò semper adest heres, qui contradicit. Neque refragatur. *d. Novell.* 1. *c. ult. in princ. ibi, admonitione ex judiciali decreto factâ. &c.* Sententia 26 namque istius loci haec est: ut heres cadat & privetur relictis, si post aditionem hereditatis cessaverit annum integrum in exequendâ defuncti voluntate: qui tamen annus numerabitur non ab aditione, sed ab admonitione judicis: à quo tempore lis peragenda est intra annum. Quae est exceptio *ad l. properandum.* 13. *C. de judic.* Sed eâ de re disputant accuratiùs *Iacobus Menochius de adipiscend. possess. remed.* 4. *num.* 693. *& seqq. Mynsingerus cent.* 5 *observat.* 61 *Fachineus lib.* 1. *controversiar. jur. cap.* 30. *Tessaur. decis* 26. *num.* 10 *& nonnulli alii ab his adducti.* Quibus novissimè addantur *Valent. Guilel. Forster. & Hoigius hic num.* 23 *&* 24 *D. Bocer. clas.* 3. *Disput.* 8. *thes. ult. edit.* 2. *& infr. ad tit.* 22. *de lege Falcid. num.* 136. *pag.* 603. *Treutler. vol.* 2. *Disp.* 13. *thes.* 7. *ad lit. c ibiq. Bachovius in suis not pag.* 838. *& Hunnius in suis resolut pag.* 126. *cum seqq. & Haenonius in quaestionib. illustrib. Disput.* 10. *th.* 22. *& Frantzkius d. exercitat.* 7. *quaest.* 2. *pag.* 190. *& seqq.*

§. *Sed non usque.* 3.

Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cùm enim antiquitatem invenimus, legata quidem strictè concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus diffi-

cultatem: operæ pretium esse duximus, interim separatim priùs de legatis: & postea de fideicommissis tractare: ut naturâ utriusque juris cognitâ, facilè possint permistionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

SUMMARIA.

1 *Plures inter legata & fideicommissa differentiæ recensentur.*
2 *Quas Justinianus sustulit, & legata fideicommissis per omnia, & in omnibus exæquavit.*
3 *Legata à fideicommissis etiam hodie in quibusdam differunt.*
4 *Intellectus l. 1. ff. de legat. 1.*
5 *Tribonianus scripta veterum ICtorum emendare potuit.*
6 *Compositores librorum juris hoc observârunt: ut, quæ in ff. aut C. sub uno titulo permixtim collocarunt, ea in Institutionibus dividantur.*
7 *Cur in hisce Institutionibus legata titulis distinguantur à fideicommissis.*

PArs tituli hujus tertia continet exæquationem legatorum & fideicommissorum singularium sive particularium. Nam universalia hereditati sunt similia, utpote quibus non res singulæ, sed universæ, acquiruntur: *de quibus infrà tit. de fideicommissariis*
1 *hereditatib.* Erant autem olim inter legata & fideicommissa differentiæ permultæ. Primò enim, legata relinqui poterant tantùm Latinè: fideicommissa etiam Græcè, & qualibet lingua. *Vlpian. in fragment. tit. 25. § item Græcè. l. fideicommissa 11. in princ ff. de legat 3.* Secundò, fideicommissa pluribus poterant relinqui, quàm legata. *Vlpian. d. t 25. §. Latini. & argum. l si deportati. 7. ff. de legat. 3.* Tertiò, Legata ante heredis institutionem relinqui non poterant: fideicommissa verò poterant. *Vlpian. d. t. 25. §. fideicommissum & § ante 34. inf. hoc tit.* Quartò, fideicommissa post mortem heredis poterant relinqui: legata non item. *dict. §. fideicommissum. & §. post mortem. 35. inf. hoc tit. Cajus lib 2. Institut. tit. 7.* Quintò, fideicommissa tàm ex testamento, quàm ab intestato relinquebantur; legata testamento tantùm, aut codicillis testamento confirmatis *§. præterea. 10. infr. de fideicommissar. hereditatibus.* Sexto, fideicommissum relinqui poterat nutu, & nuda epistola: legatum non item. *l. nutu. 21 ff. de legat. 3. l. & in epistola. 22. C. de fideicommissis. Vlp. dict. tit. 25. §. etiam nutu, &c.* Septimò, à legatario fideicommissum relinqui poterat: legatum non poterat. *inf. initio tit. de singulis rebus per fideicommiss. relict. Cajus dict. lib. 2. Institut. tit. 7.* Octavò, à posthumo poterat relinqui fideicommissum: legatum non æque. *l. penult. ff de leg. 1. l. 1. §. sed & ejus. ff. de legat 3.* Nonò, legatum transferebat dominium rei legatæ statim & rectâ viâ à testatore in legatarium. fideicommissum autem non transferebat statim dominium, sed possessionem duntaxat in fideicommissarium apprehendentem. *l. à Titio. 64 ff. de furt. l. qui usumfructum. 3. ff. si usufruct. petatur.* Decimò, per fideicommissum res quælibet, propriæ & alienæ, poterant relinqui: ast in legatis erat distinctio, *ut dictum sup. §. proximo. num. 5. & seq. Vlpian. tit. 24 §. per vindicationem. & seq. Cajus d. tit. 7.* Vndecimo, pro legatis actiones ordinariæ competebant: sed fideicommissa extra ordinem, officio judicis implorato, petebantur. *Vlpian præalleg. tit. 25. §. fideicommissa non per formulam, &c. l. pecunia. 178 §. actionis. ff de verb. significat.* Duodecimò, legata erant civilia; fideicommissa juris gentium, sive naturalia potius: vel (quod idem est) in legatis potiùs regula juris; in fideicommissis verò voluntas potiùs testatoris, subtilitate neglectâ, spectari & servari solebat: *ut indicatur hic, & l. penult. ff. de legat. 1. l. cùm proponebatur. 64. ff. de legat. 2. d. l. fideicommissa. 11. §. item si quis. 19 ff. de legat. 3. l. heredes. 57. §. 1. ad finem ff. ad SC. Trebell l. cùm virum. 16. vers. sanè quoniam. C. de fideicommissis.* Et ex hac differentiâ, tanquam fonte, omnes ferè reliquæ fluxerunt, *attestante hic Giphanio.* Verum istas, & id generis diffe- 2
rentias alias Justinianus sustulit, & legata fideicommissis per omnia, & in omnibus reciprocè exæquavit: in tantum, ut quod legatis tribuitur, idem tribuatur fideicommissis, & vicissim. *hoc §. nostro. l. 1. &*
l. 2. C. commun. de legat. Interim tamen, quin adhuc 3
hodie inter legata & fideicommissa, quoad originem videlicet, & conceptionem verborum, aliqua relicta sit differentia: & quòd libertatis legatum (quod libertatem facit directam: fideicommissum verò facit fideicommissariam & precariam libertatem) à dictâ exæquatione exemptum sit, inficias ire haud possumus *§. libertas. 2. infr. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* Siquidem differentia isthæc per rerum naturam tolli non potuerit: nisi quis nomen aut legati, aut fideicommissi planè tollere velit. Vnde bene Justinianus *in fin. hujus §.* dicit, hanc legatorum & fideicommissorum permistionem *subtilioribus auribus* accipiendam esse. Intelligi quippe vult, exæquationem illam sic esse capiendam, ut intelligamus, restare aliquã multas differentias, quibus sublatis natura ipsa legati & fideicommissi everteretur. *Sed pulchrè eâ de re Sichardus in Rubr. C. de fideicommiss Zasius ad l. 1. ff. de legat. 1. Rittershusius, Th. Marcilius & Wesenbec. hic n. 4 & in d. §. libertas. inf. de singul. reb. per fideicommiss. relict. Forst. hic Disputat. 14. thes. 6. Angel. Mattheac in tract. de leg. & fideicommiss. lib. 1. c. 1. num. 24. & seq. Alexand. Turaminus lib. sing. de exæquat. legat. c. 5. Donell. lib. 8. Comm. de jure civ. c. 2. & 4. in fine. & utrobiq; Hilliger in suis not.* Adde Huxnium *in resolut. ad Trentler. vel. poster. Disp. 13. th. 1. q. 2. vers. verùm & hoc in dubium, &c. pag. 58. & seq.* Itemq; Schütz. *exercitationum jur. disp. 11. th. 5. pag. 163. & seq*

Quod porrò hic dicitur, omnia Justinianum lega- 4
ta fideicommissis exæquasse, ut nulla sit inter ea differentia, ei non contradicit *d l. 1. ff. de legat. 1.* ubi legatorum & fideicommissorum exæquatio auctorem habere videtur Vlpianum. *Nam primò respondetur:* etiam Vlpiani tempore ante Justinianum per omnia fuisse exæquata legata fideicommissis in quibusdam, nempe quod attinebat ad interdictum Quod legatorum, & legem Falcidiam (de his enim duntaxat capitibus *lib. 67. ad Edictum, ex quo libro dicta lex 1. desumpta est,* Vlpianus tractavit, *ut apparet ex l. 1. ff. Quod legator.*) non verò in omnibus aliis: siquidem hoc nova demum Justiniani sanctione est effectum: *ut censuit Iacobus Cujacius lib. 8. observat. cap. 4. & in Pa-*

in Paratit. ff. de leg. 1. & in paratit. C. lib. 8. tit. 3. Vulte-jus in hoc §. num. 2. & 3. Pacius cent. 6. ἐναντιοφανῶν. quæst. 2. Ravardus lib. 3. varior. cap. 4. Timæus Faber. disp 20. ad Institut. Imper. th. 4. D. Bocer. cl. 3. Disp. 8. th. 5. ad lit. b. edit. 2. & latiùs in hoc tit. num. 31. & seqq. pag. 109. & seq.

Deinde haud insulsè & hoc dici potest: præallegatam *l. 1. ff de leg. 1.* esse interpolatam sive immutatam à Triboniano: ut, cùm fortè reperisset scriptum apud Vlpianum; fideicommissa vice legatorum fungi, vel legatorum vicem obtinere, aut fideicommissa comparari legatis, *l. quæ sub conditione. 8. §. in fideicommissis. 2. ff. de condic. institut.* voluerit quidem retinere hanc sententiam, quæ per se vera erat: sed cùm non satis hæc esset ad exprimendam legatorum & fideicommissorum similitudinem, quæ novis Justiniani constitutionibus inducta esset, adjecerit id, quod jam tum jure erat receptum, ut constitutionibus Justiniani conveniret: atque ita sententiam reposuerit; *Per omnia exæquata sunt legata fideicom-*
2 *missis.* Neque veró dubium est ullum, quin Tribonianus veterum scripta Jurisconsultorum immutare & emendare potuerit sine crimine falsi. Id enim illi à Justiniano non modo permissum, sed etiam præceptũ fuit. *l. 1. & l. 2 §. tanta. 10. C. de vet. jur. enucl.* Et ita docuerunt Duarenus *ad dict. leg. 1 ff. de leg. 1. & lib. 2. Disput. anniversf. cap 9 Donell. dict. lib. 8. Comment. cap. 2. Eguinarius Baro, Balduinus, Hottoman Wesenbec. Rittershusius, Anton. Matthæus in hoc §. Viglius in §. legatariis. num. 3 supr. de testament. ord. Ant. Augustin. lib. 3. Emendation. cap. 9. circa finem.* Eàdem de re, *post alios, quos citat,* videatur Fachineus *lib. 5. controvers jur. c. 30. Claud. Chifletius in tract. de jure fideicommiss. lib. 2. c. 6. Arumæus Exercitat. Iustin. 9. th. 34. Olemannus ad libr. 2. Antinomiarum jur. civil. Giphanii. Disp. 91. de legatis. n. 28. cum seq. D. Besoldus in delibatis juris ex lib. 30. ff. quæst. 1. pag. 114. Bachovius hic pag. 545. item Hunnius var. resolut. jur. civ. lib. 2. tract. 8. quæst. 2 & seqq. nec non d. resolut. ad Treutler. vel poster disp. 13. th. 1. quæst. 2. pag. 17. & seqq.*

6 Tandem *ex vers. sed ne in primis, &c.* notandum: sæpè id auctores seu compositores librorum juris observasse: ut quæ *in Pandect. aut Codice* sub uno titulo permixtim collocârunt, ea in Institutionibus perspicuitatis gratiâ dividantur, & sub diversis titulis collocentur: ut suprà alius est titul. de solennibus testamentorum, *scil. tit. 10.* alius de ipso testatore, sive de iis, qui testamenta facere possunt, *nempe t. 12.* Ast in Pandect. unus est tit. *Qui testamenta facere possunt, & quemadm. testamenta fiant.* Sic suprà *lib. 1.* quæ sub duobus titulis, *primo & secundo*, continentur: ea in Pandect. sub uno, *De Iustitiâ, & Iure*, explicantur. Ita & hic legata titulis distinguuntur à fideicommissis; etsi hodie natura eorum est eadem, & in Pandect. sub iisdem titulis illa comprehenduntur, *videlicet tit. de legatis, & fideicommissis.* Ratio hujus differentiæ in promptu est: ut nimirum hac distinctione res sit dilucidior, & tyronibus facilior: *quemadmodum ipse Imperator hoc loc. disertè indicat; & benè Hub. Giphanius declarat.*

§. Non solum. 4.

Non solùm autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest: ita, ut heres cogatur redimere eam, & præstare: vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest; nec æstimatio ejus debetur: veluti si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari: ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset, alienam rem esse, non legasset: & ita Divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est, legatarium probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum: non heredem probare oportere, se ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

SVMMARIA.

1 *Testator non solùm rem suam, aut heredis, sed etiam alienam legare potest; si modo ejus sit commercium.*
2 *Suæ quisque rei moderator, & arbiter.*
3 *Heres & defunctus una eademq; persona censentur.*
4 *Commodum qui sentit, etiam incommodum sentire debet.*
5 *Nemo plus juris, quàm ipse habet, in alium transferre potest.*
6 *Res aliena cur legari queat.*
7 *Vltima defuncti voluntas pro lege servanda est.*
8 *Nihil in hac vitâ jucundius, quam ut extincto corpore, voluntas regnet.*
9 *Rem alienam legatam heres à domino redimere, aut ejus æstimationem præstare debet.*
10 *Nemo invitus rem suam vendere cogitur.*
11 *Excusio & sententia c. filius. 1. de testament. & sub n. 26.*
12 *Ius singulare non est trahendum ad consequentias.*
13 *Quibus casibus re alienâ legatâ, heres eam neq; redimere, neque æstimationem illius dare teneatur.*
14 *Ejus rei, quæ non est, vel esse desiit, æstimatio haberi nequit.*
15 *Manumissio morti similis.*
16 *Earum rerum, quarum non est commercium, æstimatio non debetur.*
17 *Commercium quid.*
18 *Quid juris, si vel heredi, vel legatario, rei legatæ commercium sit interdictum: & nunquid heredi impossibilis sit præstatio ejus rei, quæ commercio ipsius exempta est.*
19 *Explicatio l. fideicommissa. 31. §. si ser vo. 16. ff. de legat. 3. & n. 33.*
20 *Militia quid significet, & num legari possit.*
21 *Declaratio l. filiusfamilias. 114. §. si quid alicui. ff. de legat. 1. & n. 33.*
22 *Interpretatio l. sed si res aliena. 40. ff. de legat. 1.*
23 *Num æstimatio rei alienæ legatæ debeatur, si difficilis sit ejus comparatio.*
24 *An & quatenus res pupillares, atque minorum legari & alienari possint.*
25 *Item res aliena dotales.*
26 *Res hostium, si ejus sit commercium, legari poterit.*

27 Eo-

QVarta hæc est hujus tituli pars, quâ ostenditur,
1 quæ res legari possint, quæ item non possint. Et
ait Imperator Justinianus: testatorem non tantùm
suam, aut heredis, sed etiam alienam rem legare pos-
se: si modò ea res præstari aut parari queat, sive
(quod idem est) si ejus sit commercium: *l. cùm ser-*
2 *vus. 39. §. constat. 7. & §§. seqq. ff. de legat. 1.* Quod
ad rem testatoris attinet: eam legari posse dubium
non est ullum: cùm suæ quisque rei moderator sit, &
arbiter. *§. 2. vers. cujus rescripti. I. de his, qui sui, vel
alien. jur. sunt. l. in re mandata. 21. C. mandati.* Sed
de re heredis potest dubitari: quia & ea est aliena, hoc
est, non est testatoris. Ratio tamen, cur legari possit,
est perspicua: Tum quia heres & defunctus una ea-
3 demque persona esse censentur. *Novell. 48. in fine
præfationis.* adeoq; res heredis, testatori non aliena, sed
ipsius quasi propria videtur. *arg hujus §. nostri, in quo
res aliena opponitur rei testatoris vel heredis. Cujac.
in Notis suis poster. Bercholt. & Vultejus hic num. 6.*
4 Tum quia & civilis & naturalis ratio postulat; ut he-
res, qui commodum accipit ex testamento, & volun-
tatem defuncti in commodo sequitur; eandem quo-
que in incommodo impleat & sequatur. §. 1. *circa fi-
nem. inf. de singul. reb per fideicommiss. relict. l. filius fa-
milias. 114. § quod ergò 7. ff de legat. 1. l. Pomponius. 13.
§ 1. ff. de acquir vel amitt. possess. l secundùm natu-
ram. 10 ff. de reg jur.*

Porrò de re prorsus alienâ magis dubitari poterat,
an legari posset: quia legato acquiritur dominium. *§.
5 ult. I. per quas person. cuiq; acquiritur.* Nemo autem
rei alienæ dominium, sive plus juris, quàm ipse habet,
in alium transferre potest *l. traditio. 20. ff. de acq. rer.
6 dom. l. nemo plus. 54. ff. de regul. jur.* Contra tamen
receptum est: rem etiam alienam legari posse, propter
favorem testamenti & ultimæ voluntatis, ut effectum
sortiatur. *d l. cum servus. 39. §. constat. 7. ff. de legat. 1.
l si pecunia. 12 l. unum ex familia. 67. § si rem suam. 8.
ff. de legat. 2 l cùm alienam. 10. C. hoc tit. & hoc §.* Vl-
7 tima quippè defuncti voluntas modis omnibus, ade-
òque pro lege servanda est. *Novell. 22 cap 2. vers. dis
ponat, &c. can ultima voluntas. 13. quæst. 2 &* publi-
cè expedit, suprema hominum judicia exitum habere.
l. vel negare. 5. ff quemadm. testam. aperiant. nihilque
est, quod magis hominibus debetur, quàm ut supre-
mæ voluntatis liber sit stylus, & licitum, quod ampli-
ùs non redit, arbitrium. *l. 1. C de SS. Eccl.* Quâ ratione 8
nihil potest esse in hac vitâ jucundius, quàm ut, extin-
cto etiam corpore, voluntas regnet. *Novell. 1. cap. 1. §.
exheredates. 4. circa finem. & in princ. Epilogi.*

Nec obstat, quòd nemo plus juris in alium trans-
ferre possit, quam ipse habeat. *d l. nemo plus. 54. ff de
R. I.* Nam legato non statim res aliena transfertur, 9
vel domino adimitur: sed hæc est mens testatoris, ut
heres rem alienam à domino redimat, eamque lega-
tario tradat: aut saltem veram rei legatæ præstet æsti-
mationem, si fortè dominus eam vendere recuset, vel
plus justo pretio vendere velit. *l. si domus. 71. §. qui
confitetur. 3 ff. de legat 1. l non dubium. 14. §. ult. ff. de
legat. 3. & hoc §. nostr.* Nemo siquidem invitus rem 10
suam vendere cogitur. *l. invitum. 11. l. in vendentis. 13.
& l. dudum. 14. C. de contrahend. empt. eleganter &
diffusè Arumæus Exercit. Justinianeâ. 9. thes. 3. &
Olemannus ad lib 2. Antinomiar jur. civ. Giphan. di-
sputat. 19. num. 34. cum seq.*

Neque adversatur *c. filius 5. ext. de testam.* ubi ju- 11
re canonico legatum rei alienæ non constare videtur.
Etenim (rejectis aliorum traditionibus) rectè qui-
dam respondent: nihil jure Pontificio circa legatum
rei alienæ innovatum vel immutatum esse, præter-
quam in eâ specie, de quâ Gregorius loquitur: cùm
videlicet Ecclesiæ testator legavit rem alterius Eccle-
siæ, sepulturæ suæ gratia, & filios heredes instituit,
quibus non admodùm amplum & pingue patrimoni-
um reliquerat. Tunc enim nec res legata debetur, 12
nec ejus æstimatio: maximè cùm gratuitæ sepulturæ
esse debeant. Quod jus singulare non est trahendum
ad consequentias. *l. quod verò. 14. & ll. seqq. ff de le-
gib. Balduinus hic, Covarruv. in Commentar. ad dict.
c. filius. n. 9 Franc. Mantica in tract. de conjectur. ul-
tim. volunt. lib. 9. tit. 10. num. 7. Fachin. lib. 5. contro-
versiar. jur cap 38.* ubi & integram Gregorii episto-
lam refert, & aliorum Doctorum opiniones enume-
rat. Adde Hunnium *in resolut. ad Treutler. vol po-* 13
ster. disp. 13. th 5. pag 99. & Döringium *in Bibliothe-
ca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. alienus. num. 127. fol.
1380. & seq.*

Enim verò sunt casus, quibus re aliena legata, he-
res neque rem legatam redimere & legatario præsta-
re, neque æstimationem illius dare tenetur. Primùm
enim, si servus alienus sit legatus, isque mortuus fue-
rit, antequam heres moram faceret in dando servo:
nihil, ne æstimatio quidem ab herede præstatur, aut
debetur. *l si quis. 22. §. ult ff. de legat. 3.* Deinde idem
dicendum est, si servus alienus legatus, ante moram
heredis, à domino fuerit manumissus. *l si heres. 35. ff.
de leg. 2.* Ejus namque rei, quæ non est, vel esse desi- 14
it, æstimatio haberi non potest. Et sicuti mortuus 15
non est: ita manumissus intelligitur non esse: quia
manumissio morti est similis, *l si mihi alienum. 91.
ff. de solutionibus. l. inter omnes. 46. in princ. ff. de fur-
tis. l. Julianus. 6 ff. qui, & à quib. manumissi liberi non
fiunt.* Præterea non debetur æstimatio rerum lega- 16
tarum, quarum commercium non est, hoc est, quæ à
nemi-

nemine acquiri, haberi, aut possideri possunt: ut hortus Salustianus, campus Martius, forum Romanum, res sacræ, & similes. *hoc §. nostro. praalleg. l. cùm servus. 39. § si verò Salustianas. 8. & §. seq. ff. de leg. 1.* Et
17 sanè commercium nihil aliud est, quàm jus emendi vendendique in vicem, id est, de re contrahendi, *Vlpian. in fragment. tit. 19. §. commercium, &c.* Quarum igitur rerum non est commercium: hæ precio æstimari nequeunt: ut mirum non sit, hic nullam earum æstimationem deberi: cùm ea iniri non debeat, neque possit, *dict. l. cùm servus. 39. §. constat. 7. & seq. ibiq; Bartolus & Dd. ff. de legat. 1. Wesenb. h. num. 2.*

18 At quid statuendum, si alteri, vel heredi, vel legatario, rei legatæ commercium sit interdictum? Et priori quidem casu heredem vel rem ipsam, si comparari possit, vel ejus æstimationem: posteriori verò casu, nihil prorsus debere, probabilius est. *l. mortuo bove. 49. §. Labeo. 2. cum §. seq ff. de leg. 2. l. multùm intereft. 34. ff. de verb. obligat.* Exempli gratiâ: Christiani mancipii sive servi est commercium. Sed Iudæis, hereticis, paganis interdictum est Christianum acquirere, possidere, habere mancipium. Si ergò Christianus, hæretico aut Judæo legaverit illud vel illud mancipium Christianum, inutile nulliusque momenti erit legatum: adeò, ut ne æstimatio quidem debeatur. *t. tit. C. ne Christianum mancipium hareticus, vel Iudaus vel pag. hab.* Nec quicquam operatur in contrarium: quòd impossibilium nulla sit obligatio. *l. impossibilium. 185. ff. de reg jur.* Impossibilis autem sit heredi præstatio ejus rei, quam comparare, quamque habere non potest: qualis est ea, quæ commercio ipsius exempta est: ac proinde ad hujus rei, vel æstimationis ejus præstationem legatario obligari heres non possit. *Respondetur enim:* heredi præstationem illius rei, cujus non habet commercium, impossibilem haud esse: quandoquidem licèt ipse heres rem istam sic comparare non possit, ut eam sibi habeat & retineat: nihil tamen prohibet, quo minus eam ita comparare queat, ut alii acceptam præstet. Siquidem id, quod quis sic capit, ut non retineat, sed alii restituat, capere non videtur. *l. aliud est capere. 71. ff. de verbor. significat.*

19 Neque etiam isti sententiæ officit textus *in l. fideicommissa. 11. §. si servo. 16. ff. de legat. 3.* ubi militia servo incapaci relicta est: & tamen æstimatio debetur. *Nam* idcirco ibi debetur æstimatio: quia in legato militiæ æstimatio inest: taleque legatum in quantitate potiùs, cujus servus non est incapax, quã in corpore consistit, *d. l. mortuo. 29 §. 1. & l. Titia.*
20 *87. in pr. ff de legat. 2.* Erat autem militia nihil aliud, quàm officium eorum, qui in aliquâ Scholâ inter statutos relati erant, ex quo salaria & commoda à Principe consequebantur, *ut docet Cuiacius in l. 3. § si quid minori. ff. de minoribus. 25. an. & Connanus lib. 4. Commentarior. juris civilis capit. 15. numero. 15.* Hujusmodi militiæ, id est, reditus officiorum in Scholis annui, non tantùm legari poterant. *d. l. 3. §. si quid. 7 ff. dict. tit. dict. l. mortuo. 49 §. 1. ff. de legat. 2. dict. l. fideicommissa. 11. §. si servo. ff. de legat. 3.* sed etiam vendi & comparari. *l. Lucius Titius. 22. ff. de legat. 2. l. penult. §. alumnæ. ff. de legat. 3. & l. libertus 18. §. ab heredibus. a. ff. de aliment. vel. cibar. legat.*

Rursus non obstat *l. filiusfamilias. 114. §. si* 21 *quid alicui. 5. ff. de legat. 1.* ubi dicitur, si alicui res legetur, quam capere non potest, nihilominus æstimationem deberi. *Eo namque* loco Marcianus perspicuè agit de legatario, qui non jure, sed casu aliquo rem legatam capere prohibetur. Si quid, inquit, alicui *licitè*, id est, secundùm leges & qualitatem rei capaci, relictum vel legatum fuerit, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit: quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiet. Non obscurè igitur separat Jureconsultus casum, quo res relicta est, cujus commercium non habet legatarius, ab eo casu, quo usum ejus habere vel possidere non potest: veluti, si claudo aut loripedi cursoris, vel muto cantoris officium, vel imperito rustico bibliotheca, vel peregrè habitanti fundus, aut tale prædium, cujus retractum habet consangvineus, vel vicinus ex moribus ejus civitatis, legetur. Hoc posteriore casu æstimationem heres dabit: illo priori casu non item. *D. Becer. in hoc tit. num. 147. pag. 523*

Non refragatur præterea. *l. sed si res aliena. 40.* 22 *ff. de legat. 1.* ubi expressum est, quòd si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur illi, cui jus possidendi non est, deberi æstimationem. *Tametsi* enim illic fideicommissario non est jus possidendi rem, sibi per fideicommissum relictam: commercium tamen ejus habet. Cur alioqui uteretur Vlpianus diversis orationibus in legatario & fideicommissario, si uterque relicti incapax fuit? At exemplo res fit dilucidior. Pone ergo: Testator quidam Titio Judæo legavit mancipium Christianum, eundemque rogavit, ut illud Cajo Christiano, civi Romano, & Romæ domicilium habenti, ex fide bonâ restitueret. Sed mancipium istud legatum, olim huic testatori hac lege venditum erat Romæ, ut extra Italiam exportaretur, nec unquam Romam rediret: *ut tit. C. si servus exportandus veneat. l. 1. & tot. tit. ff. de servis export.* Hoc casu legatarius Titius non habet jus commercii, nedum possidendi. At Cajus fideicommissarius licèt rei illius commercium habeat: jus tamen possidendi non habet. Quæritur ergo, quid juris? Respondet Vlpianus: cùm jure possidendi, non autem commercio rei datæ careat fideicommissarius, ipsam quidem rem præstari non debere, sed æstimationem: atque ideò hoc casu solam hanc æstimationem petet legatarius, eam ex fideicommisso restituturus: quam minimè petere posset, si ipse capere debuisset. Et ita istam legem, *post acutissimum Donellum & Giphanium in l. multùm interest. 34. ff. de verborum obligat.* rectè interpretatur, & accipit eruditissimus Goeddæus *in Commentar. de contrahend. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 10. num. 118.*

D. Bocer. in tract. de jure succedendi in feud. c. 1. q. 8. pag. 53. & in hoc tit. num. 148. Hunnius var. resolut. lib. 2. tract. 8 q. 6. itemq; in resolut. ad Treutler. vol. 2. lib. 27. th. 3. quæst. 29. pag. 109. cum seq. nec non vol. poster. disp. 13. th. 4. quæst. 20. pag. 84. & Antonius Matthæus hic in suis Notis. Adde Besoldum in delibatis jur. ex lib. 30. ff. quæst. 3. pag. 115. & seq. Quamvis alii aliter eam accipiant; *Duarenus & Cujacius ad dict. leg. 34. ff. de verborum obligat. Pacius cent. 6. Antinomiar. quæst. 6. Robert. lib. 3. animadvers. jur. civil. cap. 11. Balduinus, Wesenbec. Borchols. Forsterus, & cæteri in hoc § Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφ. assert. 41. edit. 1. Treutler. d. vol. 2. Disput. 13. thes. 4. ad lit. M. in fine. ibiq; Bachovius in suis not. pag. 805. & hic num. 2. pag. 547. Arumæus dict. Exercit. 9. thes. 6. Olemannus ad dict. lib. 2. Antinomiar. jur. civil. Disputat. 19. num. 39. cum seqq. & Elias Reber. disp. ad Institut. 12. th. 2.*

23 Quæstionis est elegantis, utrùm æstimatio rei alienæ legatæ debeatur, si difficilis sit ejus comparatio? Et deberi, manifestum evadit *ex l. cùm servus 39. (aliàs l. apud Iulianum. 40.) §. constat. ff. de legat. 1.* ubi
24 Jurisconsultus in hæc verba respondit: *Constat, etiam res alienas legari posse: utiq; si parari possint: etiamsi difficilis earum paratio sit.* Atque hinc deducitur: res etiam pupillares, & minorum à testatore legari posse, ut earum æstimatio præstetur. Quamvis enim difficilis sit illarum rerum comparatio sive acquisitio: cùm sine tutoris auctoritate, & decreto prætoris, adeòque sine certis solennitatibus alienari nequeant. *tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt. sine decreto non alien. & tot. tit. C. de prædiis, & aliis reb. minor. sine decret. non alienand. & l. lex, quæ tutores. 22. C. de administr. tut. vel curat.* emi tamen & vendi, solennitatibus ritè adhibitis, possunt: ac proinde, secundùm dispositionem *dicti §. constat.* utiliter legantur. Cui sententiæ suffragatur generalitas *præsentis §. & aliarum legum superius adductarum.* in quibus generaliter, & sine discrimine affirmatur, res alienas legari posse. Eidem accedit auctoritas Bartoli, Aretini, Alexandri, & Iasonis *in d. §. constat.* qui isthanc opinionem veram & communiter receptam esse, ajunt.

25 Idem ferendum est judicium de rebus alienis dotalibus. Hæ namque licet absque legitimis solennitatibus alienari non possint. *initio tit. supr. quibus alienare licet, vel non. tot. tit. ff. de fundo dotali l. un. §. & cum lex Iulia. 15. C. de rei uxor. act. cap. cùm contingat. 28. de jurejur. & c. licèt mulieres. eod. tit. lib. 6.* sicque earum comparatio sit difficilis: servatis tamen juris solennitatibus sunt in commercio hominum: ac propterea, si legatæ fuerint, eatenus legatum valet, ut legatario æstimatio debeatur. *Et ita censuerunt Iacobus de Are. & Bartolus in l. dotalem. 16. (reprobatâ ibi glossâ) ff. de testamento milit. Ioan. Andr. in dict. cap. cùm contingat. Baldus in l. cùm alienam. 10. n. 8. C. de legat. Paulus Castrens. in prallegata l. cùm servus. 39 §. constat. ff. de legat. 1. num. 6. Alexand. ibid. n. 11. & Iason num. 46. Curtius Iunior. cons. 105. n. 5. Bald. Novellus in tract. de dote. part. 7. privileg. 22. vers. cujus tamen dictum, &c.*

Covarruv. in supr. citato cap. filius. num. 5. vers. præterea. de testament. & Francisc. Mantica in prædicto tract. de conjectur. ult. volunt. lib. 9. tit. 9. num. 16. Sed & rem hostium, si ejus fuerit commercium, 26
legari posse non valdè ambigitur. *l. id. quod. 9. & l. ab omnibus. 104. §. 2. ff. de legat. 1. Robert. libr. 1. sent. c. 17. Arumæus dict. Exerc. 9 thes. 4. & disput. 18. ad Pand. th. 3. pag. 281. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 47. edit. 1. Hackelman. illustrium quæst. disp. 17. posit. 4. lit. d. ubi Angelum & Zasium, aliosq; dissentire scribit.* Videatur quoque Grassus *lib. 1. recept. sent. §. legatum. quæst. 17.* & Huonius *in resolut. ad Treutler. vol. poster. disp. 13. th. 4. quæst. 11. pag. 71. & seq.* ubi an & quatenus res hostium, quæ nunquam nostra fuit, legari possit, explanatiùs paulo exequitur.

Majoris investigationis est: an res Ecclesiæ legari possit, ut æstimatio debeatur ab herede? Et qui- 27
dem negantem opinionem sequuti sunt *Innocentius, in dict. cap. filius. per illum textum. de testament. Bartolus in dict. l. cùm servus. 39. §. constat. num. 5 ff. de legat. 1. Paulus Castrens. in dict. leg. cùm alienam. 10. n. 4. C. de legat. Gloss. in can. si episcopus. 12. q 5. & nonnulli alii.* Sed contrariæ subscripserunt sententiæ *Hostiensis in sæpe allegato cap. filius. Baldus & Alexand. in dict. l. cùm alienam. Didac. Covarruv. in dict. cap. filius. num. 5 Mantica in dict. tract. de conject. ult. vol. lib. 9 tit. 10. num. 1. pluresq; alii, ab his citati.* Atque hæc sententia ut communi Doctorum applausu recepta est: sic luculentâ etiam ratione confirmatur. Nam ex supra traditis patet; legatum rei sive fundi dotalis valere eatenus, ut æstimatio legatario præstanda sit. Ex quo sequitur; etiam legatum rei ad Ecclesiam pertinentis eatenus subsistere & utile esse, ut legatarius æstimationem illius consequatur. Ratio consequentiæ perspicua est. Sicut enim fundus dotalis, qui regulariter alienari nequit. *tot. tit. ff. & C. de fundo dotali. & jurib. similib. suprà adductis:* ex evidenti mulieris utilitate potest alienari. *l. ita constante. 26. ff. de jure dot.* ita & res Ecclesiæ licèt regulariter alienari non possit: justâ tamẽ causâ interveniente, vel utilitate ipsius Ecclesiæ suadente, & consensu Superioris accedente, alienationem recipit. *can. sine exceptione. 12. quæst. 2. c. 1. de reb. Eccles. non alien. lib. 6. Auth. hoc jus porrectum. C. de SS. Eccles.* Quemadmodum igitur difficultas alienationis non impedit legatum rei dotalis: ita sanè nec rei, ad Ecclesiam spectantis, legatum vitiare debet.

Nec obsistit *dict. cap. filius. 5. ext. de testament.* Quandoquidem præter verissimum responsum supra *numer. 21.* allatum, etiam secundùm quosdam hoc dici poterit: illud c. non loqui de æstimatione, ut non debeatur, sed solùm de re ipsa cujus possessionem cùm legatarius fortè nactus esset; non potest eam invito domino, salvâ conscientiâ retinere. Itaque illic non prohibet aut negat Pontifex, quin legatarius, cùm rem ipsam Ecclesiæ restituerit, æstimationem ab herede petere possit: sed potiùs jubet, secundùm legem Dei statim domino rem alienam restitui. Unde lex civilis, quæ forsitan pro ipso legatario posses-

sore

fore perperam fuerat ad impediendam rei alienæ restitutionem allegata, in hoc ei suffragari nequit. Nam etsi maximè istud jure civili (quod tamen non est) esset proditum atque sancitum; nihilo magis ei prodesset: quia (*ut inquit Gregorius*) lege Dei, non autem hujus seculi vivimus: nec inferior potest tollere legem superioris. *c. cùm inferior.* 16. *de majoritate & obed. Corneus consil.* 32. *num.* 1 *lib* 1. *Cynus & Salicetus in dict. l. cùm alienam.* 10. *C. h. tit.*

29 Nihil quoque obest *d. l. cùm servus* 39. *§. ult. ff. de legat.* 1. Quia ibi agitur de prædiis Cæsaris, in formam patrimonii redactis sub procuratore patrimonii, quæ in commercio non sunt, nisi Cæsare jubente, *ut expressè Vlpianus ibidem subjicit.* Sed alia est conditio rerum Ecclesiasticarum, quæ in commercio sunt, quarumq; alienatio non propterea est difficilis, quòd commercio sint exemptæ: sed quòd sine certis, à jure requisitis, solennitatibus distrahi non possint. Et quamvis in illis solennitatibus consensus etiam Romani Pontificis requiratur: non tamen eam ob causam exigitur, ut per Pontificis jussum vel voluntatem res Ecclesiæ in commercium transeat: sed ut eò cautiùs alienatio procedat. *Verùm eâ de re latius Franc. Mantica in dict. tract. de conject. ult. voluntat. lib.* 9. *t.* 10. *n.* 9. *& seqq.*

30 Quoniam porrò cum præfatis Cæsaris prædiis feuda aliquam multam confinitatem habent: frequentiori Dd. calculo approbata decisio est: vasallum de feudo restari aut legare adeò non posse: ut ne quidem relicti feudi æstimatio debeatur. *c.* 1 *in pr. de success. feud. lib.* 1. *tit* 8. *cap* 1. *§. denare Qualiter olim poterat feud. alien lib.* 2. *tit.* 9. *ibiq; Baldus, Alvarott. & Præposit. Bartolus, Aretinus & cæteri in aliquoties alleg. l. cùm servus* 39. (*aliàs l. apud Iulianum.*) *§. fin. ff. de legat.* 1. *Felinus in cap. quæ in Ecclesiarum.* 7. *de constitut. Wesenbec. Vultejus, Heigius, & Forsterus in hoc nostro §. Socin. Iun. consil.* 72. *numer* 60 *volum.* 1. *Roland. à valle consil.* 41. *num.* 31. *&* 32. *& consil.* 71. *num.* 11. *&* 20. *item consil.* 79. *numer.* 6. *&* 7. *volum.* 2 *Franc. Curtius. Iun. in tract. feud. par.* 4. *numer.* 126. *vers. quintò videretur, &c. Abbas consil* 45. *vol.* 2. *Borcholt. in Commentar. de feud. cap.* 8. *nu.* 43. *Nicol. Everhard. in Topic. in loco, à feudo ad emphyteus. n.* 26. *Gail. lib.* 2. *observat.* 154. *n.* 14. *Fachin. lib* 5. *controvers. cap.* 37. *Mich Graff. in §. legatum quæst.* 14 *Gothofr. Ant. disp feud.* 5. *th.* 8. *lit. a. & disp.* 9. *th.* 4. *lit. b. in fine Bronchorst. cent.* 2. *ivasl. assert.* 41. *edit. e. & cent.* 2 *Miscellan. jur. controversiar. assert.* 97. *Clarus lib.* 4. *sent. §. feudum. q.* 40. *n.* 4. *Schrader. in tract. feud. part.* 7. *cap* 2. *n* 9. *Rosenthal. in synopsi feud. c.* 7. *conclus* 4. *Hœnonius in quæstionib. illustr. Disputat.* 10, *thes.* 24. *D Bocer. d. tract. de jure succedendi in feud cap.* 1. *quæst.* 8. *pag* 51. *& seq. aliiq; ab his commemorati* Cujus decisionis ratio in propatulo est: Tum

31 quia cùm legatum vel promissio alicujus rei ipso jure est nulla: sicut ipsa res non debetur, ita nec ejus æstimatio, *arg. dict. leg cùm servus.* 39. *§ ult. ff. de leg.* 1. *& l. multum interest.* 34. *ff. de verborum obligation.*

32 Tum quia id, quod ipso jure non valet, & nullum sive inutile est, nullum etiam effectum producere potest: sed perinde habetur, ac sic nunquam datum aut promissum fuisset, *arg. hujus § nostri. ibi, si talis res sit, cujus commercium non est, nec æstimatio ejus debetur, &c. & l. non dubium.* 5. *C. de legibus.*

Nec quicquam negotii facit assertioni nostræ 33 *dict. lex. fideicommissa.* 11. *§. si servo.* 16. *ff. de legat.* 3. ubi militia servo alieno legatâ, licèt is militiæ commercium non habeat: domino tamen æstimatio militiæ debetur. *Nam,* præter responsionem *s. num.* 19. allatam, & hoc dici poterit: testamenti factionem passivam etiam cum servo esse, quamvis non ex servi ipsius, attamen ex domini personâ. Vnde si domino militia potest relinqui, potest & servo: atque in personâ servi domino relinqui videtur. *l. non minus.* 31. *ff. de hered. instituend.*

Neque pronunciatum nostrum imminuit *dict. lex filiusfamilias,* 114 *§. si quid alicui ff de legat.* 1. ubi Marcianus respondet, æstimationem deberi, si res legata præstari legatario nequeat. Constat enim jam ex iis, quæ superiùs *ad nu.* 21. allata sunt: quòd Iurisconsultus expressè eloquatur de re, quæ *licitè* alicui legata est: sed ob causam quandam legatario præstari non potest. Hoc verò loco agitur de feudo, quod 34 alicui per testamentum relinqui regulariter nequit. *dict. tit.* 8 *in fine principii. lib.* 1. *feudor. Dec. cons.* 468. *n.* 31. *Alexand cons.* 30. *& consil.* 128. *lib.* 1. *Par s. cons.* 98. *lib.* 2. *& cons.* 65. *num.* 45. *lib.* 3. *Corn. cons.* 165. *n.* 11. *lib.* 2. *Nevizan. consil.* 9. *n.* 1. *Roman. cons* 494. *num.* 1. *& ibi Mandos. in addit.* Quos omnes referendo sequitur Ludolph. Schraderus *in dict. tract. feud. part.* 7. *cap.* 2. *num.* 1. ubi hanc conclusionem (*quòd nulla dispositio vasalli de feudo in testamento facta, rata vel firma sit*) multis ampliationibus & limitationibus studiosè & accuratè declarat. Quanquam istam, *post Andr. Gerhard. disp.* 6. *testam. th.* 27 temerè impugnet Valentinus Riemer. *decad.* 7. *quæst. illustr.* 1 ubi circa finem addit de emphyteusi meritò idem (eam scilicet posse legari, uti rem alienam) quod de feudo esse statuendum: ut debeatur vel æstimatio, vel ipsa emphyteusis, ab herede emphyteutæ præstanda, *arg. l. illud quæsitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* Vide quoque frustra in contrarium disputantem Hunnium. *in resolut. ad Treutler. vol. poster. disp.* 13. *th.* 5 *pag.* 107. *& seq. nec non in tract. feud. c.* 10. *pag.* 196 *& seq.*

Rem alienam legari posse, si ejus sit commercium, hactenus prolixè satis explanatum est. Hujus autem restrictio sive interpretatio affertur hic *in versic. quod autem diximus, &c.* quâ testatoris scientia 35 ab ignorantiâ distinguitur: ut scilicet rei alienæ legatum valeat, si testator eam alienam esse sciat; secus, si ignoret. Ratio hujus distinctionis est: quia testator errans in rei suæ dominio, non intelligitur consentire, *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisdict. l. nihil consensui.* 116. *in fine ff. de regul. jur. l. cùm testamentum.* 8. *& l. seq. C. de jur. & facti ignor. cum multis similibus.* nec præsumitur legaturus fuisse, si eam rem alienam esse scivisset, sumptâ conjecturâ à communiter accidentibus: cùm voluntates hominum sint 36 faciliores in rebus suis legandis, quam in alienis

comparandis, sicque onerandis heredibus. *l. unum ex familia. 67. § si rem. 8. ff. de legat. 2. l. fideicommissa. 11. §. si servo. 1. ff. de legat. 3. l. Sticho. 36. in fin. ff. de usu*
37 *& usufruct. legat. l. cùm alienam. 10. C. hoc tit.* Ideoque si testator fundum communem legaverit: non fundum totum, sed jus testatoris tantùm legatario deberi, rectè asseritur. *l. qui quatuor. 30. §. qui fundum. 4. ff. de legat. 3 l servi. 5. §. cùm fundus. ubi latè Duaren'. ff. de legat. 1. Reberus praallegatâ Disp. 12. thes. 3. Joban. Dauthius in tract. de testament. tit. qui testam. fac.*
38 *poss u. 261. p. 314.* Istam verò rei alienæ scientiam non quidem heres impugnare, & illius contrarium demonstrare, sed legatarius scientiam defuncti probare compellitur; juxta tritam juris regulam, quâ plerunque actori onus probandi incumbit. *hoc §. in fine. l. 2. l. verius. 21. l. ante omnia. 23. ff. de probatio. l. actor. 23. C. eod. tit. l. qui accusare. 4. C. de edende. Arumaus prædicta Exercit. 9. sub thes 3. circa finem. Ioan. Baptista Costa tom. 1. tract. de facti scientia & ignorant. centur. 1. distinct. 66. num. 2. fol. 397. Olemannus ad dict.*
39 *Disp. 19. de legatis. num. 43.* Et illud quidem indubitate procedit, si extraneo per testatorem res aliena re-
40 licta fuerit. Cæterùm si rei alienæ legatum conjunctæ personæ sit relictum, ut putà fratri vel uxori, & similibus: id legatum omninò ipsis debetur: etiamsi testator rem alienam esse ignoraverit, & suam putaverit. Præsumitur enim legatarius fuisse, quamvis rem esse alienam scivisset: *ut expressè ab Alexandro rescriptum est in d. l. cùm alienam. 10. in fine. C. hoc tit* Quod sanè hoc temperamento accipiendum est, ut locum habeat: nisi testator tempore, quo legatum in conjunctam personam contulit, credidisset; rem legatam ad se pertinere titulo aliquo speciali, qui tamen eo ignorante jam fuerit extinctus. Videtur siquidem rem illam legasse potiùs, quòd habere se crederet, quàm quòd onerare heredes voluerit. *l. Sticho 36. ad finem. ubi gloss. & Bartolus. num. 5. ff. de usufruct. legat.* Quare si titulus, ex quo verè & in specie res legata ad testatorem pertinebat, jam tempore testamenti inscio testatore cessaverit: nullius momenti legatum, etiam conjunctæ personæ relictum erit. Nam quod dictum est, legatum rei alienæ, conjunctæ personæ relictum valere, etiamsi testator ignoraverit, rem alienam esse, procedit, ubi testator simpliciter credebat, rem legatam esse propriam: secus verò, si respectu alicujus causæ jam extinctæ, suam esse existimasset, *ut ita, post alios, disertè tradidère Didacus Covarruvias in supr. allegato cap filius. num. 4. de testament. Mantica in præcitato tract. de conject. ult. volunt. lib 9. tit. 9. n. 4. & Grassus lib. 1. receptar. sent. §. legatum quæst. 14. num. 3. & seq.* Adde Jacobum Canecrium *Pact. 3. variar. resolut. jur. cap. 20. num. 289. & seq. fol. 441. itemq́,* Acacium Anton. de Ripoll. *var. jur. resolut. cap. 12. num. 114. fol. 428. & num 414. fol. 450.*
41 Ex illis tandem hujus §. verbis, *adipisci* (id est, acquiri) *non potest* (quæ à libris, nescio quibus, scriptis emendatioribus abesse hic in suis Notis asserit Cujacius, tametsi illa in libris manû antiquissimâ scriptis extare affirmet Marcilius) observandum: quod verbum, *adipisci*, ut & alia deponentia (quæ Grammatici communia vocant) interdum in passivâ significatione usurpentur. Sic verbum *exequi*, passivè sumitur, *in leg. cùm quadam. 19. circa princip. ff. de jurisdict. & in leg. 2. ff. de re judic.* Sic *confiteri*, dicitus passivè. *in leg. à Divo Pio. 15. § sed utrùm. 9. ff. eodem titulo.* Sic *interpretari*, passivè capitur. *in leg. plenum 12. §. sed si pecoris. in fin ff. de usu & habitat. & l in testamentis. 12 ff. de regul. jur.* Sed & *testari, detestari, meditari, commentari*, & alia quædam apud probatos Auctores usurpari passivè, post Johannem Meursium *in Critic. Arnob. libr. 2. cap. 7. & libr. 7. cap. 7.* docuit novissimè Val. Guil. Forsterus *lib 1. observat. succisi. var. cap. 4.*

§. Sed & si rem obligatam. 5.

Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re alienâ: ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus, rem obligatam esse, & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamẽ defunctus voluerit, legatarium luere, & hoc expresserit: non debet heres eam luere.

SVMMARIA.

1 *Res pignori obligata rectè legatur, camq́, heres luere sive redimere cogitur; si modo testator sciverit, eam pignoratam esse.*
2 *Hac testatoris scientia a quo, & quomodo probanda sit.*
3 *Facti proprii ignorantia non præsumitur.*
4 *Quo casu ipse legatarius rem legatam, alteri obligatam, redimere teneatur.*
5 *Voluntas testatoris, tanquam regina, observari debet.*
6 *Bona perpetua servituti alicui obligata, vel ad annuam pensionem obstricta, heres liberare non compellitur.*

QVod de re alienâ dictum est, *in §. præcedenti:* 1 idem placuit in re creditori obligata sive pignori data; ut nimirum rem legatam, quam testator oppigneratam sciebat, heres luere teneatur. Finge: Cajus debitor poculum aureum oppigneravit Titio creditori: itemq́; Cajus testamento illud ipsum poculum legavit Sempronio. Cogitur hoc casu heres Caji poculum illud luere, id est, soluta creditori Titio pecuniâ, illud redimere sive recipere, & receptû præstare Sempronio legatario: si modò id obligatum fuisse testator sciverit. Est enim verisimile: cum, qui scit, rem pignori obligatam esse, camq́; legat, voluisse heredem suum gravare, ut rem lueret, *hoc §. l. si res obligata. 57. ff. de legat. 1. l. licèt placeat. 15. ff. de dote prœleg. l. pradia. 6. C. de fideicommissis. Paul. lib. 3. sent. recept. tit. 7. de legat. § si res obligata, &c.* Et istam testatoris scientiam le- 2 gatarius probare debet: ut in casu superioris §. *l. verius. 21. ff. de probationibus.* Probatur autem, si doceatur ipse testator obligasse: siquidem factum ignorasse proprium, non præsumitur. *l. quanquam. 7. ibi, quia facti: non potest ignorationem prætendere. ff. ad Senatusconsultum Vellejanum.* Ex adverso igitur sequitur; 3 si testator ignorasset, rem legatam pignori fuisse obligatam, (quia fortè facto institorum vel procuratorum obligata erat) heredem compelli non posse, ut eam luat. Quid ergo, dixerit quispiam, hoc casu legatum pro-

proderit legatario? Ad hoc scilicet: ut ipse rem legatam suâ pecuniâ redimere, sibique retinere possit.
4 Quæ quidē redemptio eò cum majori utilitate legatarii conjuncta erit, quò plus fuerit in pretio rei legatæ, quæ pignoris jure tenetur, quàm in ipso debito. *dict. leg. si res obligata. 57. ff. de legat.* 1.

Planè interdum legatario, ad legatum consequendum, luendi onus sive necessitas incumbit, etiamsi testator, rem legatam, esse obligatam seu oppigneratam, sciverit: quód tum accidit, cùm testator voluit legatarium luere, & hoc expressit: *ut Iustinianus hic*
5 *in fine loquitur.* Etenim voluntas testatoris pro lege observari, & tanquam regina attendi debet. *l. in conditionibus. 19. in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si pluribus. 33. ff de legat. 1. l. non aliter. 69 ff. de legat. 3. l. cùm quæstio. 23 in fin. C. h tit. l. si quis. 3. C. de liber. præterit. Nov.* 22 *cap.* 2. *& similibus juribus, suprà*
6 *allegatis in §. proximo. num.* 7. Sed & bona alicui legata, perpetuæ servituti, vel ad annuam pensionem obstricta, heres redimere & liberare non tenetur. *arg. l. si pendentes. 27. §. si quid ff. de usufructu.* Quia fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. *l. legatum. 116. §. ult. ff. de legat.* 1 & non eadem hîc ratio, quæ in pignore militat, occurrit: cùm pignoratam rem liberare sit facile: servitutis autem onere eximere, minimè. *Gomez. tom. 1. variar. resolut. tit. de legat. n. 39 huncq; referens & approbans Heigius hic num.* 7.

§. *Si res aliena. 6.*

Si res aliena legata fuerit; & ejus rei, vivo testatore, legatarius dominus factus fuerit: siquidem ex causa emptionis; ex testamento actione pretium consequi potest. Si verò ex causa lucrativâ; veluti ex donatione, vel ex aliâ simili causa; agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur: interest, utrùm rem, an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest; quia habet eam ex causa lucrativa. Si æstimationem, agere potest.

S V M M A R I A.

1 *Duplex circa hunc §. observanda distinctio.*
2 *Quid sit causa lucrativa: quid onerosa sive non lucrativa.*
3 *Nactus rem legatam ex causa onerosa, illam petere potest; secus, si ex causa lucrativâ eam sit adeptus.*
4 *Duæ causæ lucrativæ in eandem personam, & eandem rem concurrere non possunt.*
5 *Quæ regula & in testamentis, & in contractibus procedit.*
6 *Ratio istius regulæ.*
7 *Eâdem re ex duorum testamentis eidem legatâ, si rem ipsam ex uno nactus sit legatarius, ex altero pretium ejus consequi nequit: secus, si æstimationem rei ex primo testamento habeat.*
8 *Quæ sit ratio hujus diversitatis.*
9 *Si eadem res eodem testamento sæpius legetur, quoties sit præstanda.*
10 *Differentia inter rem sive speciem, & quantitatem.*
11 *Ratio ejus differentiæ.*
12 *Quid statuendum, si dispares quantitates legatæ fuerint.*
13 *Explicatur l. Sempronius. 47. ff. de legat. 2.*
14 *Enodatur lex, libertis. 18. ff. de aliment. vel cibar. leg.*

EXpositum est suprà, rem alienam legari posse, & eam redemptam heredem legatario præstare debere: hic subjicitur, an & quatenus legatarius rem alienam legatam, si eam vivo testatore aliunde nactus fuerit, actione ex testamento petere ac consequi possit.
* Et duplex adhibetur distinctio: una quidem inter 1
causam lucrativam sive onerosam: altera verò, unóne testamento, an duobus, res alicui sit legata. * Cau- 2
sa lucrativa est, pro quâ nihil quicquam præstamus: ut est donationis, legati, successionis, &c. Cui contraria est, onerosa sive non lucrativa: ut emptionis, permutationis, locationis, dotis, &c. *l. omnes. 17. l. ex promissione. 19. ff de oblig & act. l. Iulianus. 13. §. si fundum. 15. ff. de actionib. empt. l. apud Celsum. 4. §. si quis autem. 29 ff. de doli mal. & met. except. l. unic. §. lucrativas verò. C. de imponenda lucrat. descript. lib.*
10. De uno testamento hæc est regula: Eum, cui res 3
est legata, si eam sit adeptus ex causa onerosa, posse legatum petere: si ex causa lucrativâ, non posse. *l planè. 34 §. 1. & l. hujusmodi. 84. §. qui servum. 5. ff. de legat. 1 l. Titia Sejo. 87. in princ. ff. de leg. 2. l. ille aut ille 25. ff. de leg. 3. l. cùm quæstio. 23. §. ult. C. hoc tit.* Casus talis constitui potest: Mævius testator legat Cajo domum Pamphili. Postea Pamphilus eam Cajo donat, vivo adhuc Mævio testatore. Eo deinde mortuo, Cajus legatarius eandem domum ab herede Mævii petit,
tanquam sibi legatam, actione ex testamento. Quæ- 4
ritur; an heres eam legatario Cajo præstare cogatur? Et indicat hîc Imperator; heredem non cogi domum illam Cajo legatario præstare, & ne quidem ejus æstimationem; propter vulgatam juris regulam, quâ traditur: duas lucrativas causas in eundem hominem, & in eandem rem concurrere non posse. *dict. leg. omnes. 17. & dict. leg. ex promissione. 19. ff. de oblig. & act. l. si servus legatus. 108. §. Stichum. 4. ff. de legat. 1. l. Mævius. 66. § 1. ff. de legat. 2. l. nutu. 21. § 1. ff. de legat. 3. Olemannus ad lib. 2. Antinomiar. jur. civil. Giphanii. Disp. 19. de legat. num. 48. Borcholt. part. 2. Disp. 1. de legatis. thes. 22. pag. 37. & seq.* Cui re- 5
gulæ non tantùm in testamentis aut legatis, est locus: sed etiam in contractibus & stipulationibus. *dict. leg. 17. & 19. ff. de oblig & act. l. inter stipulantem. 83. §. si rem. 6. ff. de verborum obligat. l. in perpetuum. 61.*
ff. de solutionib. Ratio hujus regulæ naturalis potiùs, 6
quàm civilis videtur: quia scilicet est contra æquitatem naturalem, id petere, quod jam habes; idque sine ullo suo incommodo vel onere, *arg. l. bona fides. 57. & l. jure naturæ. 206. ff. de R. I.*
De duobus testamentis hoc jus affertur, *in vers. hac* 7
ratione, &c. rem unam duorum testamentis eidem legatam, utrinque deberi: ita tamen, ut legatarius interdum utrumque non consequatur. Nam si prius rem ex uno testamento consequutus, postea petat ex

 alte-

altero ejusdem rei pretium sive æstimationem, repel-
letur exceptione doli mali: quia videlicet dolo faciat,
qui rem petit, quam habet. Sed si priùs æstimatio-
nem petat, eamque adipiscatur: postea ex altero te-
stamento rem ipsam petere non prohibebitur. *dict.*
leg. planè. 34. §. 2 *& dict. leg. hujusmodi.* 84. § 2 *ff.*
de legat. 1. *dict. l. Mavius.* 66. §. 1. *ff de legat.* 2. *dict.*
l. apud Celsum. 4 § *si quis autem.* 29. *ff. de dol. mal. &*
8 *met. except.* Ratio hujus est: tum quia res non con-
tinetur æstimatione: sicut contra in se inest æstima-
tio: & aliud est res, aliud pretium rei, quando res ab
est. *l. 1. ff. de contrah. empt. l. tantum.* 88. *ff de verb. si-*
gnif. Tum quia affectio ad rem haberi potest, etiam
supra rei æstimationem. *arg l. si in emptionem* 25. *ff. de*
minorib. 25. *annis. Wesenbec. h. num.* 2. *Rober. Disp.*
12. *de legatis sub thes* 4. *Bachovius hic pag.* 552. Quid
autem, si eadem res uno & eodem testamento bis vel
9 sæpius legetur? Et semel tantùm deberi, petique pos-
se, constat *ex d. l. planè.* 34. §. 1 *ff. de legat.* 1. nisi testa-
tor nominatim jusserit, bis eam præstari; rem scilicet,
& ejus pretium. *arg. l. si alii.* 42. *in fin. ff. de usufruct.*
l. si pluribus. 33. *& l. quid ergo.* 53. §. *si quis duos ff. de*
legat. 1. Sed in hoc differt quantitas à re sive corpore.
10 Nam si eadem quantitas sæpiùs legata fuerit, siqui
dem in eadem scripturâ, semel tantùm debebitur: si
in diversis, utputa testamento & codicillis, utrinque
debebitur. Exempli gratiâ: Titio centum do, le-
go. Si testator in iisdem tabulis testamenti bis ita po
nit: debebuntur Titio solummodò centum: si se-
mel in testamento, & iterum in codicillis: ei 200. de-
bebuntur. *l. quingenta.* 12 *ff. de probationibus.* Con-
tra fit in re vel corpore sive specie. Ut, in testamento
fundum Tusculanum Titio do, lego; & iterum in
codicillis idem legatum pono. Hoc casu legatum
istud semel tantùm debebitur. *d. l. Mavius.* 66 §. *eum,*
11 *qui ff de legat.* 2. Ratio differentiæ inter rem & quan-
titatem (teste Ulpiano) evidens est: quia eadem quan-
titas multiplicari sæpiusque præstari potest, res vel spe-
cies non item. *dict. l planè.* 34. §. *sed si non corpus* 3.
ad fin. ff de legat. 1. *eleganter Cujac. lib* 14. *observat.* c.
19. *& hic D. Giphanius. Timæus Faber disput.* 20. *ad*
12 *Instit. Imperial. th.* 7. Enim verò si dispares quantita-
tes, sive in eâdem ultima voluntate, sive in diversis, re-
lictæ fuerint, putà primò centum, deinde quinquagin-
ta, aut contrà: multiplicationem præsumi, adeòque
utrumque legatum præstari debere, probabilius est.
l. si quis ita. 3. §. *cùm Titio.* 10. *& l. cùm centum* 9 *ff.*
de adimend. vel transfer. leg
13 Nec huic refragatur *l. Sempronius* 47. *ff. de legat.* 2.
ubi, cùm testator unum testamentum duabus tabulis
scripsisset, & in alteris centum, in alteris quinquaginta
aureus legasset, deciditur; quòd tantummodò quin-
quaginta debeantur. *Illic* enim utraque quantitas
ideirco deberi nequit: quia testator non, nisi uno
testamento decedere potuit. Proinde in dubio minor
summa debetur: nisi legatarius contrariam volun-
tatem probaverit. *l. si ita sit adscriptum.* 14. *in fine ff.*
de legat 1.
14 Similiter non obstat *l. libertis.* 18. *in princ. ff. de a-*
liment. vel cibar. legat. ubi primò testator libertis,

alimentorum nomine, legavit testamento menstruos
decem: deinde codicillis menstruos septem. In hac
specie respondetur: quòd posterius duntaxat lega-
tum debeatur, ac si prius, testamento relictum, revo-
catum esset. Non, *inquam*, lex illa obstat. Hoc nam-
que specialiter procedit in legato alimentorum: ne
ultra modum alimentorum quicquam legatarii ha-
beant. Id siquidem speciale censetur in alimentorum
legatis, ut non iterentur, nec multiplicentur. *l. ali-*
menta. 16. §. *basilica. ff. de aliment. legat. Sed eâ de*
re videantur Zasius & Duarenus ad multeties alle-
gatam l. planè. 34. §. 1. *ff. de legat.* 1. *Everardus Bron-*
chorst. cent. 2. *αὐτοσχεδιασμῶν. assert.* 42. *edit.* 1. *& A-*
rumæus Exercitat. Instit. 9. *th.* 7.

§. *Ea quoque res.* 7.

Ea quoque res, quæ in rerum naturâ non
est, si modò futura est, rectè legatur: veluti
fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod
ex illâ ancillâ natum erit.

SUMMARIA.

1 *Res etsi non extant, si tamen sperentur, legari possunt.*
2 *Et quæ sit hujus ratio.*
3 *Sub qua conditione fructus relicti censeantur.*
4 *An fructus secundo vel tertio demum anno, post obitum testato-
ris, ex fundo nati, ad legatarium pertineant.*
5 *Quid juris, si fructus ejusmodi sint legati, qui bis in anno, vel plu-
ribus annis non nisi semel nasci soleant.*
6 *Legatum rei, quæ nec est in rerum naturâ, nec esse potest, non
valet.*

Legari possunt non tantùm eæ res, quæ in rerum 1
naturâ sunt; sed &, quæ nondum existunt, futu-
ræ tamen sperantur: ut sunt fructus fundi nascituri,
fœtus pecorum, partus ancillarum, & similes, *hoc §.*
l. quod in rerum 24. *ff. de legat.* 1. *l. etiam ea.* 17. *ff.*
de legat. 3. Quemadmodum etiam emptionem, & sti- 2
pulationem istarum rerum subsistere, non ambigitur.
l. nec emptio. 8. *ff. de contrah. empt. l. interdum* 73. *ff.*
de verborum oblígat. Ratio minimè obscura est:
quia fieri poterit, ut res illæ jam sint in rerum natura,
antequam vel testator moriatur, vel heres adeat here-
ditatem. Eo enim tempore satis est, rem extare, ut
præstari possit: quia tum demum voluntas defuncti
rata constituitur, atque legata præstantur. *l. si patro-*
ni. 55. §. 2. *vers cùm enim semel. ff. ad senatusconsul-*
tum Trebell. §. *in extraneis.* 4. *ff. de hered. qual. &*
different. Giphanius hic. Si igitur fructus eo anno,
quo moritur testator, nati fuerint: ab herede præ-
standi sunt legatario: Sin autem nihil fuerit natum,
nihil etiam deberi constat. Etenim sub hac condi- 3
tione fructus relicti censentur: *Si nascentur.* Ergo sub
contrariâ conditione. *Si non nascentur*, non relicti
putantur. *l. 1. in fine. ff. de condit. & demonstrat. l. cùm*
certus. 5. *ff. de tritico, vin, vel ol, legat.* Nisi forte he-
redis culpâ factove contigisset, quo minùs nasceren-
tur fructus. Hoc namque casu heres non secus tene-
retur, ac si revera fructus nati essent. *arg. d. l. nec em-*
ptio.

ptio. 8. in fin. principii. ff. de contrah. empt. ubi habetur, fructuum venditorem, qui fecit, quo minùs nascerentur, ad id, quod interest, teneri.

4 Quid autem, si secundo, vel tertio saltem anno, post obitum testatoris, fructus ex fundo nascerentur? an hi ad legatarium pertinebunt? Et non pertinere, magis est: quoniam testator fundi Semproniani fructus legando non de omnibus omnium sequentium annorum, sed primi duntaxat anni, post mortem suam, fructibus sensisse intelligitur. *arg. l. eum, qui Calendis. 41. ff. de verborum obligationibus.* ubi is, qui Calendis Januariis sibi dari stipulatus est, si non addat, quibus Calendis Januariis, neque appareat, de quibus sit actum, judicatur proximas Calendas illius anni spectasse. Quòd si fructus ejusmodi sint legati, qui bis in

5 anno nasci soleant: de prioti tantùm proventu & proximo tempore legatum intelligetur. Sicut è diverso ubi ii legati sunt, qui pluribus annis non nisi semel nascuntur, ut evenit in sylvis cæduis: debentur fructus omnium istiusmodi annorum, utpote quorum unus tantùm intelligitur proventus. *l. fructus 7. (vulgò l. divortio.) §. quod in anno. 6. & § seq. ff. soluto matrimonio.* Porrò si non simpliciter, sed nominatim adjecto pondere, numero, vel mensura, fructus nascituri legati sint: proximi anni sterilitas non obest, nisi quadam mora dilatæ præstationis: quippe cùm sit expectandus alterius anni proventus: ex quo legatum illud certi ponderis, numeri, vel mensuræ fructuum debeat præstari. Neque enim hîc sub conditione ulla, sed in diem est obligatio: neque incertæ spei legatum, sed quantitatis sive pensionis certæ: quæ rum præstabitur, quandocunque fructus nati fuerint. *l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. vers. pro quo & illud. ff. de verb. obligat. l. Firmio. 26. in princ. ff. quando dies legator. ced. l. egregiè hîc Balduinus.* Cæterum an & quatenus res futuræ legari possint; an item legatum rerum futurarum conditionale sit, latiùs explicat Hunnius *in resolut. ad Treutler. vol. poster. disp. 13. th. 4. quæst. 12. pag 72 & seq.* Itemq; Bacbovius *hîc pag. 554.*

6 Rectè præterea in hoc §. adjunguntur hæc verba: *Si modò futura est.* Nam si res talis est, quæ nec est in rerum natura, nec esse potest; cujusmodi est hippocentaurus, homo mortuus, &c. ejus legatum est inutile, ac nullius momenti, ut & stipulatio §. 1. *infin. de inutilib. stipulat. l. 1. § si id, quod. 9. ff. de oblig & act. l. si ita stipulatus 97. ff. de verborum oblig. latè & scitè Gœddæus in Commentar. de contrah. & commit. stipul. cap. 6. conclus. 2. num. 27. & seqq.* Ratio illius est perspicua: quia res isthæc subjici dominio nostro nequit. At legatum est acquisitio dominii. *§. ult. supr. per quas person. cuiq; acquiritur.*

§. Si eadem res duobus. 8.

Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim: si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat (quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit) totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: *Titio & Sejo hominem Stichum do, lego*: disjunctim ita; *Titio hominem Stichum do, lego. Sejo hominem Stichum do, lego.* Sed & si expresserit eundem hominem Stichum: æquè disjunctim legatum intelligitur.

SUMMARIA.

1 *Jus accrescendi quid.*
2 *Si duobus eadem res legata sit, an & quatenus non capientis pars alteri accrescat, distinctione explicatur.*
3 *Quibus conjunctim legatum dicatur.*
4 *Quibus disjunctim legatum, e[x]stiatur.*
5 *Inter conjunctos partes concursu fiunt: non capientis autem pars alteri cum suo onere accrescit.*
6 *Inter disjunctos concursu legatum scinditur: deficientis verò pars alteri accrescit sine onere.*
7 *Istius differentia ratio.*
8 *Quando in disjunctis concursu partes fiant.*
9 *Tres conjunctionis modi.*
10 *An inter conjunctos verbis tantùm, jus accrescendi cesset.*
11 *Consideratio l. 1. in pr ff de usufr. ult. accresc.*
12 *Sensus l. penult. ff d. tit.*
13 *Sententia l. si ita quis. 66. ff. de heredib. instit.*
14 *Cur inter conjunctos verbis tantùm, cesset jus accrescendi.*
15 *Quando jus accrescendi locum habeat.*
16 *Mens & intellectus l. Mævio. 41. ff. de legat. 2.*
17 *Interpretatio l. si duobus. 16. §. ult. ff. de legat 1.*

Quandoquidem de eâdem re, uni bis legatâ, suprà dictum est, *in §. si res aliena. 6. vers. hac ratione, &c.* haud incommodè Justinianus tractationem hîc de eadem re duobus legatâ adjungit. Est autem 1 insignis ac celebris hic locus de conjunctis & disjunctis, nec non de jure accrescendi, quo pars aliqua vacans, agnitæ sive occupatæ parti accedit & accrescit. Res sanè est, omnium Interpretum judicio, subtilis, obscura, difficilis, involuta, totoq; ferè jure diffusa: de quâ Franciscus Duarenus duos integros libros, Antonius Goveanus singularem tractatum. Bartolus verò, Jason, Alciatus, Bolognetus, & reliqui commentatia satis prolixa conscripserunt, *ad l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3.* Nos succinctè & dilucidè ea, quæ hujus maximè loci sunt, explicaturi sumus, adhibitâ juris veteris & novi distinctione. Jure itaque veteri differen- 2 tia erat in ipsis legatis. Nam in legato vindicationis, si duobus eadem res conjunctim erat legata, concursu partes fiebant: non capientis autem pars alteri accrescebat, cum onere tamen partis, propter conjunctionem: si verò disjunctim, item partes fiebant concursu: sed non capientis pars alteri accrescebat absq; onere. Quòd si per damnationem res eadem duobus legata erat: siquidem conjunctim, singulis partes, si verò disjunctim, singulis solidum debebatur. *Ulpian. in fragment. tit. 24. §. optimum. & §. seq. Cajus lib. 2. Instit. tit 5. de legat. & attigimus supr. in §. sed olim. 2. h. tit.* Jure novo inter legata non distinguitur: sed tantùm, conjunctim, an disjunctim ea sint relicta, spectatur. *d. § sed olim. 2. & l. eodem. l. t. C. communia de legat. & notant hîc Giphanius, Wesenbec. num. 1. & D. Boeer. n. 316. pag. 554.* Conjunctim legatum dicitur 3 iis, qui

iis, qui re & verbis conjuncti sunt, hoc modo: *Titio & Seio fundum Cornelianum do, lego.* Hi re conjuncti dicuntur ideò: quia idem fundus utrique legatur: verbis propterea, quòd conjunctim, id est, eâdem oratione fundus eis relinquitur. *hoc §. nostro. Vlpian. dicto loco. l. triplici. 142 ff. de verborum signifi-*
4 *cation.* Disjunctim legatum iis censetur, qui re tantùm conjuncti sunt: hoc est, quibus eadem res separatim legatur, putà hunc in modum: *Titio fundum Cornelianum do, lego: Seio fundum Cornelianum do, lego* Et hi, qui ita re tantùm conjuncti sunt: licèt & ipsi conjunctorum nomine veniant: propriè tamen & in specie disjuncti appellantur, & conjunctis re & verbis opponuntur, *hoc §. vers. disjunctim. d. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3 l. planè. 34. in princ. ff. de leg. 1. l. unic § his ita definitis. 10. C. de caducis tollend.*

5 Porrò de conjunctis hæc observanda est regula: partes inter eos concursu fieri: non capientis autem partem alteri accrescere cum suo onere. Ratio regulæ hæc est: quia conjuncti, propter unitatem sermonis, quodammodo in unum corpus redacti sunt, & partem sibi conjunctorum quasi suam percipiunt. *d. l. un. §. his ita. vers. sic. hoc ita tam variè. C. de caduc. toll.*
6 De disjunctis eadem fermè est regula prodita: scilicet concursu partes fieri, sive (*ut hic loquitur Imperator Iustinianus*) inter eos legatum scindi: non capientis verò partem (id est, si alter deficiat, *ut idem Imperator hic loquitur*) alteri accrescere, verùm sine onere. Hæc enim singularis est inter conjunctos & disjunctos distinctio sive differentia: quòd in illis cum onere: in his absque onere, pars deficientis seu non capientis alteri accrescat. *Giphanius & Wesenbec. hic n. 2. & 4.* Quam quidem differentiam Imperator hoc
7 loco omisit, sed expressè posuit *in d. l. un. § ubi autem. 11 C. de caduc. toll.* Ratio autem istius differentiæ, id est, cur in disjunctis portio deficientis accrescat alteri sine onere, non in occulto est: quia testator ideò videtur disjunctim sive separatim legasse, ut unusquisque suum onus, non alienum ferat & agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim ea disponere, adeòque in utriusque personâ onus affigere, *ut ait Imperator in jam allegato §. ubi autem. vers sed & varietatis. ibiq; glossa. super verb. conjunctim, &c.*

8 Cæterùm quod de disjunctis dictum est: in iis quoque, ut in conjunctis, concursu partes fieri: id utique procedit: nisi apertissimè alia sit voluntas testatoris. h. e. nisi testator rem legatam singulis in solidum præstari velit: uni quidem rem, alteri verò precium sive æstimationem. *sæpe citatâ l. un. §. ubi autem. 11. vers. hoc autem fieri. C. de cad. tollend.* Quam exceptionem haud dubiè Tribonianus Pauli responso attexuit: ut oratio non satis Latina, id est, Triboniano potiùs, quàm Paulo digna, indicio est. *l. si pluribus. 33. vers. scilicet nisi ipse testator. &c. ff. de legat. 1.* Verùm an inter re tantùm conjunctos; an item inter re & verbis conjunctos, jus accrescendi locum obtineat; num denique re & verbis conjuncti ab initio solidum habeant, an verò partes; eruditè ac solerter (post nonnullos alios, à se relatos) explicat Georgius Frantzkius *exercitat. jurid. 7. quæst. 3. 4. & 5. pag. 194. & aliquot sequentib.*

Illud quoque non est ignorandum: præter duos 9
conjunctionis modos, quibus legatarii aut re tantùm, aut re & verbis simul, conjuncti intelliguntur, esse & tertiam conjunctionis speciem, quâ legatarii tantùm verbis conjunguntur: veluti si testator dicat: *Titio & Seio fundum meum Cornelianum æquis seu virilibus partibus do, lego.* Hi certe verbis tantùm, sive eâdem oratione sunt conjuncti, re disjuncti, propter hæc verba, *æquis partibus*; quibus separatim sua cuique pars attribuitur. *d. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. d. l. triplici. 142. ff. de verborum signification.*
Hujus autem verbalis coniunctionis Justinianus hoc 10
loco non meminit. Vnde non omninò ineptè Interpp. quidam colligunt: inter conjunctos verbis tantum, jus accrescendi cessare. Quam sententiam diser- 11
tè confirmat Vlpianus *in l. 1. in princ. ff. de usufr. accresc.* ubi sic loquitur: *Quoties ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit ususfructus relictus. Cæterùm si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus: sine dubio jus accrescendi cessat.* Eandem sententiam com- 12
probat apertè Papinianus *in l. penult. ff. de usufr. accrescend.* ita scribens: *Cùm singulis, ab heredibus singulis, ejusdem rei fructus legatur: fructuarii separati videntur, non minùs, quàm si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset. Vnde fit, ut inter eos jus accrescendi non sit.* Eadem sententia 13
corroboratur quoque per textum *in l. si ita quis. 66. ff. de heredibus instituend.* ubi Pomponius hunc in modum respondit: *Si ita quis heredes instituerit: Titius heres esto: Gajus & Mævius æquis ex partibus heredes sunto: quamvis ET, syllaba conjunctionem faciat: si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed & omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus: quia non tam conjunxisse, quàm celeriùs dixisse videatur.* Accedit ratio, quòd nimirum jus 14
accrescendi inter conjunctos verbis tantùm, ideo cesset: quòd semper (*hoc est, ab initio & per concursum*) partes habeant. *d. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3.*
Et jus accrescendi tùnc obtinet locum, cùm res duo- 15
bus in solidum legatur, concursuque dividitur, *hoc §. nostro. l idem Neratius. 3 in princ. ff. de usufr. accrescend.* Cùm igitur voluntas testatoris, quæ sola causat jus accrescendi inter legatarios, partes ipsis ab initio tribuat: quâ fronte nos totum illis tribueremus, & liberaliores ipso testatore, in alienο essemus? & cùm testator alterutrum dederit, nos utrumque concederemus? *contra l. debitor. 59. in fine principii. & l. facta. 63. §. si sub conditione. 7. ff. ad SC. Trebellian.* Atque ita docent *Accurs in leg. penult. ff. de usufruct. accrescend. Cujacius lib. 24. observat. cap. 34. & seq. & tract. 5. ad Africanum, in explicat. l. 2. ff. de usufruct. accresc. & in explicat. l. si ita. 66 ff de hered. instit. Anton. Fab. lib. 6. conject. c. 1. Giphanius & Berchelt. in hoc §. num. 8. 9. 23. & seq. D. Collega Bocer. class. 3. Disputat. 8. thes. 71. & 76. edit. 2. item in hoc tit. n. 318. cum seqq. pag. 555. Fachin. lib. 5. controvers. jur. c. 50. D. Besold. in delibatis*

tis

tu juris ex lib. 30. ff. quæst. 6 pag. 120. & Pancratius Cretschmerus in suis conclusionib. de jure accrescendi, conclus. 40. & seqq. Tametsi plerique contrariam sententiam defendere conentur, Bartol. in d. l. re conjunctis. 89. ff. de legat. 3. Vasquius de success. progress. §. 23. num. 1. cum seqq. Graff. lib. 1. recept. sent. §. jus accrescendi. q. 8. num. 4 Duarenus lib. 1. de jure accresc. cap. 10 Donell. lib. 7. Commentar. de jur. civ. c. 13. ibiq. Hillig. in suis not. ad lit. O Fumaus de cõjunct. cap 6. Gœddæus ad dict. leg. 142. n. 10. ff. de verborum significat. Antonius Matthæus hic in suis Notis. Heigius hic n. 8 Treutler. vol. 2. Disp. 13. thes 3. ad lit. C. ibiq. latissimè utramq. in partem Bachovius in suis not. pag. 768. cum aliquot seqq. & in hoc §. nostro. num. 3. pag. 516 cum seq ubi superiori sententia suffragari videtur. Riemer deca. 7. quæst. illustr. 7. Arumæus Exercitat. Iustin. 9 thes. 11 item q. Olomannus ad lib. 2. Antinomiar. jur. civ. Giphan. Disput. 20. n. 27. & 36 Hænon. in quæstionib. illust. Disp. 10 th. 26. & Hunnius, var. resolut. lib. 2. tract. 8 q. 7 & in resolut. ad Treutl. vol. poster. disp. 13. th 3. quæst 6 pag 62. & seq.

16 Quorum opinationem non juvat l. Mævio. 41. ff. de legat. 2. in cujus principio ita à Iavoleno scriptum est: Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego Si Sejus decesserit: pars ejus utriq. adcrescit. Quia cùm separatim & partes fundi, & totus legatus sit: necesse est, ut ea pars, quæ cessat, proportione legati cuiq. eorum, quibus fundus separatim legatus est, adcrescat. Etenim in specie hujus legis Mævius & Sejus verbis conjuncti non sunt. Verborum quippe conjunctio, nominum sive personarum conjunctio est. d. l si ita quis. 66. ff. de heredib. instituend. Sed nomina seu personas Mævii & Seii testator illic non conjunxit. Disertè namq; textus dicit, separatim partes legatas Mævio & Seio. Non sunt igitur conjuncti verbis: sed invicem re tantùm conjuncti sunt. Ita legem istam exaudiendam esse, putat Cujacius lib. 24. observation. cap. 35. cumq; laudans D. Boecerus hic num. 319 pag. 555.

17 Similiter dissentientium opinioni nihil subsidii affert textus in l. si duobus, 16. §. ult ff. de legat. 1. ubi Pomponius ita scribit: Si Titio & posthumis legatum sit: non nato posthumo, totum Titius vindicabit. Sed & si testator Titio & posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset: totum legatum Titio debetur, non nato posthumo. Nam versiculus ille (sed & si testator.) agit de conjunctis re & verbis, non de conjunctis verbis tantùm. Casus enim istius versiculi idem est, qui proponitur in principio illius §. Qui casus est de conjunctis re & verbis, Titio scilicet & posthumo, quibus idem legatum per vindicationem relictum fuit. Idem autem ille casus postea in d. vers. sed & si. quandam adjectionem accipit de dandis viribus partibus, Titio & posthumo nato. Ipse mer verò testator non dat illis viriles portiones: sed vult, ut illis, si concurrant, & ambo legatum petant, viriles portiones dentur. Ita etenim conceptus est textus: viriles partes dari voluisset: non autem hoc modo: viriles partes dare voluisset. Respicit igitur non initium, ut scilicet ab initio viriles partes habeant legatarii illi re & verbis conjuncti: quippe qui singuli ab initio solidum habent: sed spectat futurum concursum legatariorũ, ubi demùm partes fiunt. l. conjunctim. 80 ff de legat. 3. Proindeque hoc docere vult Pomponius in d. l. si duobus 16. § fin. ff. de legat. 1. si testator eandem rem pluribus conjunctim leget, atque ita re & verbis legatarios conjungat, licèt adiiciat confestim testator, ut singulis viriles præstentur partes (scilicet quando concurrunt, & omnes legatum agnoscunt & petunt) id tamen jus accrescendi non impedire, si quisquam ex legatariis non agnoscat & petat legatum, Illa namque adjectio de dandâ sive præstandâ unicuique virili parte, est supervacua, & perinde habetur, ac si adjecta non fuisset. Siquidem eâ etiam non adjectâ, singulis collegatariis re & verbis conjunctis, quando concurrunt, viriles partes præstantur. d. l conjunctim. 80 ff. de legat. 3. d. l. unic § ubi autem. C. de caduc. tollend. Idq; accuratiùs & explicatiùs persequitur D. Boecerus in hoc tit. num. 320. cum seq. pag. 555. & subsequente. nec non Pancratius Cretschmerus in Disput. inaugurali, de jure accrescendi. conclus. 42. Confer etiam variè eâ de re differentes Everardum, Bronchorst cent. 3 ἐναντιοφανῶν. assert. 65. Timæum Fabrum d. §. 20. ad Instit. Imperial. th. 8. cũ seq. & Paulũ Æmilium Gallum in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. 3. tit. 2. except. 3. num. 33. & seqq fol. 563. Vide quoq; de totâ istâ juris accrescendi materiâ, plura notatu perdigna adferentem, Davidem Döringium Tomo I. Bibliotheca Iureconsultor. in verb. accrescendi jur. fol. 130 & seqq.

§. Si cui fundus. 9.

Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat: rectè eum agere, & fundum petere, Iulianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu, jubeat æstimationem præstari.

SUMMARIA.

1 Si legatarius partim ex lucrativâ, partim ex non lucrativâ causa, rem alienam sibi legatam sit nactus, quid juris.
2 Casus sive species hujus §.
3 Ususfructus quemodo in jure consideretur.
4 Nemini res sua servit.
5 Æquitas strictæ juris rationi præferenda.

Pertinet hic locus propriè ad §. si res aliena. 6 supr. hoc tit. ubi dictum est, extingui rei alienæ legatũ, si eam totam nactus sit legatarius ex causa lucrativâ: non exingui, si ex causa non lucrativâ sive onerosa. Quid ergo, si legatarius partim ex lucrativâ, partim ex non lucrativâ causa, rem sibi legatam alienam sit adeptus? Et eâ de re, cujus servitutem aut partem legatarius acquisivit, hîc agitur. Facti autem species 1

hæc

2 hæc esse potest: Titius testator fundum Tusculanum alienum, quem sciebat esse Mævii, legavit Sempronio. Eundem Sempronius postea emit à Mævio vero domino, sed detracto usufructu, id est, nudam fundi emit proprietatem, usufructu remanente penes Mævium. Pòst, Mævio venditore deportato, ususfructus jure consolidationis sive confusionis ad Sempronium emptorem recidit, sed sine onere & precio, sicque ex causa lucrativâ. Mortuo tandem testatore Titio, ab ejus herede totum fundum Sempronius, ut sibi legatum, actione ex testamento petit. Quæritur: nunquid isthæc petitio juri sit consentanea? Et videbatur dicendum: Sempronium legatarium proprietatem tantùm sine usufructu petere debere: ne fiat contra juris regulam, quæ vetat, duas lucrativas causas concurrere, hoc est, vetat in proposito casu, usumfructum semel legatario acquisitum rursus peti ex legato. Sed contrarium *hîc ex mente Iuliani* respondet Iustinianus: nimirum Sempronium totum fundum petere posse, hac ratione: *quia ususfructus in pe-*
3 *titione servitutis locum obtinet*. Quæ ratio paulò obscurior, hoc innuit: quòd ususfructus in jure nostro considerari soleat, ut jus quoddam separatum, id est, servitutis locum obtinens, non ut pars rei sive domini. *l. Mævius. 66. § fundo. 6. ff. de legat. 2. l. si à reo. 70. § si reo 2. ff. de fidejussor. l. rectè dicimus. 25. ff. de verborum signification.* nisi in quibusdam casibus. *l. ususfructus 4. ff. de usufruct. præclarè Cujacius in l. si unus. 27. § item si pactus. 8. ff. de pact.* Itaque ususfructus in proposito casu, quia servitus est, licét Sempronio legatario jam antè acquisitus per consolidationem, non censetur acquisitus: quoniam nemini res sua servit, *l. uti frui. 5. circa princ. ff. si ususfruct. petetur. l. in re*
4 *communi 26. ff. de servitut. prædior. urbanor. l. cùm essent. 33. in fine. ff. de servit. præd. rustic.* proindeque legatarius usumfructum nondum habere videtur: ac consequenter rectè adhuc eum petere potest. Sed & própríetatem petere potest: quia quamvis eam habeat, ex causa tamen onerosâ habet. Quamobrem rectè *hîc ex Iuliano* ostenditur: totum fundum peti posse
5 ipso jure. Verùm æquitas contra hanc strictam & subtilem juris rationem efflagitat: ut heres non condemnetur ampliùs, quam quanti valeat sola proprietas, hoc est, judex nudam fundi proprietatem æstimabit: & hanc duntaxat æstimationem heres legatario præstabit: pretium autem usufructûs non præstabit, *hoc §. nostro. ibiq. Giphan. & l. non quocunq. modo. 82. §. fundus. 2. ff. de legat. 1.* Pari ratione si res alicui legata sit & is partem emerit à vero domino, altera verò pars ei sit donata, vel quocunque alio titulo lucrativo acquisita: actione ex testamento tantùm ad pretium partis emptæ agere poterit. *dict. l. non quocunq. 82. §. Marcellus. 3. ff. dict. tit. Vide Timæum Fabrum disput. 20. ad Institut. Imperial. th. 11. & Iustum Mejerum decad. 1. ἰσδόξων Iustinianeorum. cap. 2.*

§. Sed si rem legatarii. 10.

Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsi us, ampliùs ejus fieri non potest: & licèt alienaverit eam, non debetur, nec ipsa res, nec æstimatio ejus.

SVMMARIA.

1 *Legatario res sua legari non potest.*
2 *Quod proprium alicujus est, ampliùs ejus fieri nequit.*
3 *Quamvis rem propriam sibi legatam quis alienaverit: tamen nihilominùs legatum inutile putatur.*
4 *Quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit.*
5 *Legatum rei propriæ sub conditione relictum sustinetur.*
6 *Regula Catoniana tantùm in legatis puris locum habet.*
7 *Testator jus aliquod in re legatarii habens, eam simpliciter legando, jus illud remisisse videtur.*

HVjus §. initium respondet toti de re alienâ tra- 1
ctationi, hunc in modum: Res aliena quidem legari potest, & vel res ipsa, vel ejus æstimatio præstabitur: sed res legatarii, legari ipsi non potest: nec ei res, nec æstimatio debebitur. Idem decisum extat *in leg. proprias 13. C. hoc tit. l. cùm servus. 39. § si Titius. 2. l. cætera 41. §. tractari 2. ff. de legat. 1. l. Mævius. 66. §. non idem respondetur. 3. ff. de legat. 2.* Cujus de- 2
cisionis ratio hîc adjecta est: quia quod proprium alicujus est, ampliùs ejus fieri nequit: nec potest etiam dominium, nisi ex unâ causa, contingere. *§. sic itaq. discretis. 14. infr. de action. l. 3. §. ex plurimis. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. & an eadem. 14. §. actiones. 2. in fin. ff. de except. rei jud. l. non ut ex pluribus. 159. ff. de regul. jur.* nec, nisi apud unum tantùm, illud in solidum subsistit. *l. si, ut certo loco. 5. § si duobus. 15. ff. commodati.* At quid, si legatarius rem suam, sibi le- 3
gato relictam, post testamentum factum alienaverit, sicque res ipsius esse desierit? Et nihilominus legatum omninò inutile esse, expressum est, *hîc in fine, & dict. l. cætera. 41. §. tractari. 2. ff. de legat. 1.* Estque ra- 4
tio: quia legatum, quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit. *l. 1. ff. de reg. Caton. l. quod initio. 29. l. omnia, quæ 201. l. quæ ab initio. 210. ff. de reg. jur. c. nō firmatur. 18. eod. in 6. dict. § tractari, &c.* Nisi 5
ita rei propriæ legatum sit relictum; si vivo testatore eam legatarius alienaverit. *dict. l. 1. in fine. ff. de regul. Catonianâ.* Cū enim tale legatū conditionale sit: regula Catoniana locum in eo non habet. *l. 3. ff. de regul. Caton.* siquidem ea in legatis tantùm puris locum 6
obtineat, *præallegatâ l. cætera. 41. §. tractari. 2. in fine. ff. de legat. 1.* Atque hoc pacto Vlpianum *in dict. §. tractari.* cum Celso *in dict. leg. 1. §. fin. ff. de regul. Caton.* probè conciliari posse, *post Ioannem veterem Interpretem, Accursium & Bartolum ibidem*, haud obscurè censent hoc loco Balduinus, Wesenbecius, Marcilius, Mynsingerus, & Hegius, nec non Franciscus Duarenus *ad sæpè allegatum §. tractari. &c.* Donell. *lib. 8. Commentar. de jur. civ. c. 13. pag. 252.* Arumæus *Exercitat. Iustin. 9. th. 5. & iisdem verbis disp. 18. ad pand. th. 8. pag. 287.* itemque Olemannus *ad lib. 2. Antinomiar. jur. civil. Giphanii. Disput. 19. n. 52.* Quanquam Cujacius, Hotomanus, Boteholt, Antonius Matthæus, D. Collega Bocer. *in hoc tit. n. 157. pag. 525.* & nonnulli sese ita expediunt, ut Celsum

sum ab Vlpiano manifestè dissensisse autument. Ve-
rùm isthanc docendi juris rationem facilem quidem
esse & expeditam: sed Grammaticum trivialem dece-
re magis, quam Iureconsultum, scitè tradit Duarenus
7 *loco jam citato.* Vide quoque Hunnium *in resolut. ad
Treutler. vol. poster. disp. 13. th. 5. quæst. 25 pag. 102. &
seq. nec non Reisenbergium disput. jur. civil. renovata.
1. th. 47. pag. 30.* Planè si testator, vel alius, jus aliquod
in re legatarii habeat: testator rem simpliciter legan-
do, jus illud legasse videtur, *præd. l. cùm servus. 39. §.
si Titius. l. si domus 71. in fin. l. si tibi homo. 86. in princ.
ff. de legat. 1.* Quâ de re, *post Doctores hic,* latè *Vasq.
in tract. de success. progress. lib. 3. §. 27.*

§. *Si quis rem suam.* 11.

Si quis rem suam quasi alienam legaverit: valet legatum, Nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.

SVMMARIA.

1 *Legatum rei suæ pro alienâ habita valet.*
2 *Plus veritati, quam opinioni tribuendum.*
3 *Quod tamen non semper & absolute verum est.*
4 *Quibus casibus veritas opinioni præferatur, exemplis demonstratur.*
5 *Fur quis dicatur.*
6 *Domino servum suum, quasi alienum, manumittente, valet manumissio.*
7 *Si putanti, se à non domino emisse, res à vero domino tradatur, dominus efficitur.*
8 *Error juris nocet: error facti non item.*

1 HIc quoque Paragraphus ad superiorem de re ali-
enâ tractatum pertinet. Nam *in §. non solùm. 4.
§. hoc 1.* testator legat rem alienam quasi suam i.e. cre-
dens suam: hîc contra legat suam quasi alienam, i. e.
putans esse alienam. Et hoc casu legatum valet: illo
non item. Ratio hujus differentiæ est: quia magis in
legādis suis rebus, quam in alienis comparandis, faci-
liores sunt voluntates; ut ait Papinian. *in l. unum. 67.
§. si rem. 8. ff de legat. 2.* sive, quod eòdem recidit,
quia hæc opinio seu error in casu præsentis §. legato
2 nocere non debet. cùm plus valeat, quod in veritate
est, quam quod in opinione: adeòque constet de vo-
luntate testatoris, qui legatum velit præstari: quæ vo-
luntas faciliùs, quam ipse testator putarat, exitum ha-
bere potest. At priori in casu dubitari potest de te-
statoris voluntate, cùm existimat, rem esse suam, quasi
non esset legaturus, si scivisset alienam. Etsi porrò
3 Imperator hîc asserat veritatem opinioni prævalere
sive præferri: id tamen perpetuum non est. Quan-
doque enim opinio in jure veritati præfertur. Et sanè
(*secundum D Giphanium hic & Rittershusium pag.
296.*) tunc præfertur opinio, cùm res pendet ab opi-
nione, sive solo animo, & voluntate hominis: ut fit
in aditione hereditatis, in quâ solus adeuntis animus
dominatur & inspicitur *§ ult. supr. de hered. qual &
differ. l. pro herede. 20. ff. de acquir. vel. omitt. heredit.*
Quare hereditatem repudiare non potest, qui putat se
necessarium, cùm sit voluntarius heres *d. l. 15. qui putat.
15. ff. dict. tit.* Veritas autem opinioni præfertur in il- 4
lis casibus, in quibus non animus hominis; sed fa-
ctum & res ipsa consideratur: ut si injuria tibi fiat à
Titio, cùm Titius te putaret esse alium: habes nihilo-
minùs injuriarum actionem contra Titium: cùm re-
verà tibi injuria illata sit. *l. eum, qui 18. § si injuria. ff.
de injuriis.* Sic in furto: non est fur, qui rem alienam 5
contrectat, nisi invito domino, & reverâ invito, non
opinione. *l. inter omnes. 46 § penult. ff. de furt. & hac
de re explicatibus ad §. 1. infr. de obligat. quæ ex del.
nasc. numer. 6. & seq.* Sic & in manumissione: si do- 6
minus servum suum manumittat, quem existimat
alienum esse, valet manumissio. *l. si pater. 4 § 1. ff. de
manumiss. vindictâ.* Simili ratione, si ei, qui opina 7
batur, se à non domino emisse, res à vero domino
emptionis nomine tradatur, dominus efficitur. *l. pe-
nult. §. qui ignoravit ff. de jur. & fact. ignor.* Alii pau-
lò aliter hanc rem declarant: ut, *post Angel. Cantiun-
cul. Mynsing. Hotam. Marcilium. Bachovium, Hunni-
um, Borcholten, & alios hic,* videre est *ex Francisco
Mantica in tract. de conjectur ult. volunt. libr. 3. tit.
30. & Claudi. Prattae regul. jur. lib. 3. tit. 5 cap. 2. Ole-
manno ad lib. 2. Antinomiar. jur. civ Giphan. disp. 19
num. 54 Theodoro Strattmanno in suis antinomiis leg.
civil. contrarietate 23. & Nicolao Genoa in conciliat.
legum in jure civili contrariar. pag. 233.* Quibus ad- 8
datur Dn Collega Boecrus *in hoc tit. num. 187 pag.*
529. ubi tradit, huic regulæ, quâ dicitur, plus valere,
quod in veritate est, quam quod in opinione, locum
esse, cùm quis in facto errat. contrariæ verò regulæ,
quâ astruitur, plus valere, quod est in opinione, quàm
quod est in veritate, esse locum, quando quis errat in
jure: errorem quippe facti non nocere: juris autem er-
rorem nocere *l. regula. 9. ff. de jur. & facti ignorant.*

§. *Si rem suam.* 12.

Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit: Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominùs deberi: idemq; divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt; eum, qui post testamentum factum, prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: & ideò legatarium cum herede ejus agere posse, ut prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienaverit: pars, quæ non est alienata, omninò debetur. Pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

SVMMARIA.

1 *Si testator rem suam legatam alienaverit, adimendi animo, legatum infirmatur.*
2 *Iste adimendi animus quando præsumatur, distinctione declaratur.*
3 *Idem jus est partis, quod est totius.*

4 *Si testator rem legatam pignori obligavit: non videtur revocasse legatum.*
5 *Sola pignoris possessio ad creditorem transit, dominio manente penes debitorem.*
6 *Ob quam necessitatem, legatum alienatum non censeatur revocatum.*
7 *Si pater filiam dotare cogatur, legatum ademptum non creditur.*
8 *Utrùm testator, rem legatam remunerandi gratiâ alteri donans, legatum revocasse videatur.*
9 *Remuneratio qualem qualem obligationem præsupponit.*
10 *Num legatum piæ causæ relictum, alienatione voluntariâ intelligatur ademptum.*
11 *Testator legatum filiæ relictum, per alienationem voluntariam revocasse reputatur.*
12 *Servus, cui libertas legata est, per testatorem alienatus, libertatis legatum amittit.*
13 *Libertas omnibus rebus favorabilior est.*
14 *Causa libertatis inter pias causas numeratur.*
15 *Iura generaliter scripta, ad res & personas privilegiatas non pertinent.*

1 EXplicatum est hactenus de legato rei suæ, & alienæ: & de re suâ, ejus legatum sine dubio valere.
Nunc exponitur casus, quo id rei suæ legatum initiò
validum infirmatur: nempe si testator rem suam
postea alienaverit adimendi animo. Hoc namque
casu, quo scilicet testator legatum vel alienârit, vel deminuerit, & postea legatarius idem petat, obstabit ei
exceptio doli: propterea quòd contra voluntatem defuncti legatum petere censeatur. *l. scribit. Quintus.*
34. §. idem scribit. ibi, tunc mutata voluntas, &c. ff.
de aur. & argent. legat. Quòd si testator legatum alienaverit non adimendi animo: totum nihilominus debebitur legatario; velut ex Celso (*cujus tamen responsum non extat, ut neque rescriptum Imperatorum in*
2 *vers. idemq; Divi, &c.*) hîc Justinianus docet. Iste
autem animus quia est incertus, hac distinctione commodè potest cognosci: utrùm nimirum necessitate
rei familiaris ductus testator, an suâ sponte, sive merâ
& nudâ voluntate rem legatam alienârit. Hoc etenim
casu animus adimendi præsumitur, nisi probetur contrarium: illo non æquè. *l. fideicommissa. 11. §. si rem*
suam 12. ff de legat. 3. dict. l. scribit. 34. §. item scribit. 1.
ff. de aur. & argent. leg. l. cùm servus. 15 l. rem legatam.
3 *18. ff. de adimend. vel transfer. legat.* Et ut in alienatione totius legati; ita & in partis alienatione distinctio
illa adhibenda est: quoniam idem jus esse solet partis,
quod est totius. *l. quæ de tota. 76. ubi gloss. & Bartolus.*
ff. de rei vind. Cæterùm pars, quæ alienata non est,
distinctione isthac opus non habet. Ea enim omnimodò legatario debetur, *hoc § nost. in fin. l. Stichum. 6.*
4 *in fin. l. si ex toto. 8. in princ. ff. de leg. 1.* Unde si rem
legatam testator pignori dederit: haud dubiè non videtur ademisse aut revocasse legatum, *hoc §. & l. qui*
post testamentum. 3. C. hoc t. cùm necessitas pignus ex-
5 igat: & sola ejus possessio, vel jus tantùm aliquod ad
creditorem transferatur. *l. cùm & sortis. 35 § 1. ff. de*
pignerat. act. l. servi. 16. ff. de usurpat. & usucap. (quod
luitione pignoris, per heredem factâ, redimitur. *dict.*
leg. 3. C. hoc tit l 1. C. de luitione pignor.) dominio manente penes debitorem. *§. contra autem. 1. supr. quibus*
alien. licet. vel non. l fœnerator. 6 ff. de usur fœn. l. rescriptum. 12. in princ. ff. de distract. pignor. l. quid sit 12.
§. pignori. 11. ff de ædil. edict. dict. l. cùm & sortis. 35. in
fine. ff. de pignor. act. l. pignus. 9. C. eod. Bachovius
hic pag. 559. & seq.

Porrò necessitatem, ob quam legatum revocatum 6
non creditur, accipere debemus, non tantùm rei familiaris: sed & eam, quæ à lege alicui imposita est: ut,
post Ripam in leg. Lucius. 45. num. 27. ff. de vulg. &
pup. subst. scriptum reliquit *Franciscus Mantica in*
tract. de conjectur. ult. volunt. lib. 12. tit. 6. n. 18. &
Petrus Heigius hic n. 4. Hinc si mulier legaverit fun- 7
dum, & postea omnia bona dederit in dotem: aut si
pater filiam dotare coactus fuerit, *ex l. qui liberos. 19.*
ff. de rit. nuptiar. & l. ult. vers neq; enim leges C. de dotis promiss. legatum ademptum non videbitur. *Ita tenent Iason in dict. leg. 3. C. hoc tit. Alexand. consil. 31. n.*
8. & 9. vol. 3. Cravett. consil. 234. n. 1. in fin. Mantica
loco allegato, num. 19. Menochius de præsumptionibus.
lib. 4. præsumpt. 167. n. 34. & seqq. ubi plures citat.
Si tamen pater ipsi filiæ, quantitatem dotis testamento assignatam, vivus exolverit: compensandi animo
solutio isthæc facta censebitur. *l. Lucius. 22. ubi Bald.*
& Angel. ff. de legat. 2. l. filia legatorum. 11. ibiq; Iason. C. hoc tit. Dec. consil. 81. n. 6. Paris. consil. 61 num.
38. libr. 2. Cephal. consil. 84 Scarez in thesaur. recept.
sent. lit. D. n. 321. & seq. ubi veram omninò, & communem hanc sententiam esse, asserit.

Elegans hoc loco moveri potest quæstio: utrùm 8
testator, qui rem legatam remunerandi gratiâ alteri
dono dedit, suâ sponte recessisse à priori voluntate,
atque ita legatum revocasse videatur? Et licèt Menochius *dict. lib. 4. præsumpt. 167. num. 31. & seq. sequutus Bartolum in dict. leg. rem legatam. 18. num. 2. & 3.*
ff. de aliment. legat. & Rubeum in consil. 95 num. 14 &
15. negativè respondeat: conclusionem tamen ego
contrariam probabiliorem esse, opinor. Tum quia 9
etsi remuneratio qualem qualem obligationem præsupponit. *arg. l. sed & si lege. 25 §. consuluit. 11. ff. de*
petit. heredit. l. cùm plures. 12. §. cùm tutor. 3 ff. de
administrat. & peric. tutor. l. 1. § sed si munus. 5. ff. de
tutel. & rat. distrahend. attamen illa ad remunerandum necessitate non adstringit. *l. 3. §. sed si servus. 7.*
in fin ff. de condict. caus. data, caus. non sec. Tum quia
testator potuit rem aliam, quàm ipsam legatam, causa remunerationis præstare: ideoque dando eam,
quam alteri legaverat, voluntatem priorem mutare
voluisse intelligitur. Atque sic sentit Mantica *dict.*
tract. de conject. ult. volunt. lib. 12 tit. 6. numer. 17.
Tametsi rationes istas infringere, sed irrito conatu, nitatur Menoch. *loco superius notato.*

Est & illa quæstio non minùs pulchra, quàm con- 10
troversa: Num quod generaliter traditur, legatum
revocari per alienationem voluntariam, post testamentum conditum, etiam procedat in legato Ecclesiæ, vel piæ causæ relicto? Id quod negat Tiraquellus
in tractat. de privileg. piæ causæ. privileg. 41. allegans
Bartolum in consil. 26. lib. 1. Iasonem in dict leg. qui
post testamentum. 3. num 3 in fin. C. hoc nostro tit. &
Castellian. Cottam in memoral. in verb. Ecclesia. versic. 5. Verùm quòd legatum ad pias causas relictum,
alienatione voluntariâ censeatur ademptum atque revocatum, evidenter probari potest *per textum notabilem,*

lem, & à nemine considcratum, in l. legatum sub conditione 24. §. 1. ff. de adimend. vel transfer. legat. ubi testator legatum filiæ relictum, per alienationem vo-
11 luntatiam revocasse intelligitur. Quod utique magno argumento est, in legato ad pias causas relicto idem statuendum esse. Si enim paternæ pietatis affectio, quâ parentes in liberos exardescunt, ademptī legati, mutatæque voluntatis præsumptionem non impedit: multò minùs affectio testatoris erga piam causam (quæ certè longè minor est, quàm naturalis stimulus, amorq; erga liberos) tantum operabitur: ut, alienatione rei legatæ interpositâ, testator in priori voluntate perseverasse videatur. Deinde huic suffragatur sententiæ *l. verum est 38. ff. de manumiss. testa-*
12 *ment.* Exquâ apparet: si servus, cui directa libertas testamento legata est, per testatorē alienatus fuerit, legatū libertatis extingui: eò quòd testator, propter alienationē ultrò interpositam, mutasse voluntatem præsumatur. Cùm igitur alienatio spontanea conjecturam adversus legatum libertatis inducat: multò magis præsumptio ista mutatæ voluntatis, adversus piam causam militabit: si testator voluntariè, nullâque necessitate compulsus rem legatam alienaverit. Nam
13 hoc legatum piæ causæ relictum, non est favorabilius libertate, quæ omnium rerum in jure nostro favorabilissima judicatur. *l. quoties. 20. l. libertas inæstimabilis. 106. l. libertas omnibus. 122. l. non est singulis.*
14 *176 in fine ff. de regul. juris.* Imò causa libertatis, inter pias causas numeratur. *l. in testamento. 38 §. de fideicommiss. libertat. l. 1. §. penult. ubi Baldus & Gothofred. C. de communi servo manumisso.*
15 Nec quicquam obstat; quòd jura generaliter scripta, ad res & personas privilegiatas non pertineant: nisi nominatim de his quoque personis sit cautum. *arg l. quod verè contra. 14. & seqq. ff. de legib. l. 2. & 3. C. eodem.* Satis enim superque non solùm generalibus legibus, sed juribus etiam in specie loquentibus modò demonstratum est: idem omninò in legato Ecclesiæ, vel ad pias causas relicto, quod in cæteris legatis, observari: & ideò leges generales ad hoc quoque legati genus pertinere. Præterea hanc doctrinam suis calculis confirmant. *Socinus Iun. cons. 162. num. 11 li. 2. Natta. cons. 623. num. 3. vers. non obstat aliud. Vasq. in tract. de success. progress. lib. 3 tit. de legatis §. 28. num. 10. Mantica. d. lib. 12. conject. t. 6 & Menoch. d. lib. 4. præsumpt. 167. num. 17. & seq. & cons. 429. lib. 5. Qui & alias conjecturas, per quas rei legatæ alienatione, ademptio facta creditur, diligenter recensent.*

§. Si quis debitori. 13.

Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere: neque ab alio, qui heredis loco sit. Sed & potest à debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ne heres petat.

SVMMARIA.

1 *Creditor debitori suo liberationem debiti legare potest.*
2 *Effectus ejus legati duplex.*
3 *Liberationis legatum cui prosit, distinctione componitur.*
4 *Debitum legato remitti potest, & in perpetuum & ad tempus.*
5 *Ob moram infliguntur usuræ.*
6 *Rescriptum moratorium in annos aliquot, à principe consecutus, ab usuris interim non vacat.*
7 *Legatum liberationis purum tantum debitum continet, non in diem aut conditionem collatum: nisi aliud expressum sit.*
8 *Generali liberatione, tutoribus cæterisq; alienarum rerum administratoribus legatâ, non comprehenduntur ea, quæ actione tutelæ vindicari possunt.*
9 *Hujus rei ætiologia.*
10 *Cui reddendarum rationum liberatio legata est, ei non remissa judicatur reliquorum solutio, & multò minùs id, quod dolo neglectum probatur.*

Dixit Imperator *in §. sed si rem. 10. supr. hoc tit.* item legatarii propriam, ipsi legari non posse: cum amplius ejus fieri nequeat. Vnde & illud vide- 1
batur dicendum: creditorem non posse utiliter id debitori legare, quod sibi ab eo debetur: cùm debitor ejus, quod debet, adhuc sit dominus. *l. 1. in princip. ff. de liberat. legat. l. scribit. 34. circa princip ff. de aur. & argent. legat.* Sed contrarium hic deciditur: quoniam debitori legatur non tam res ipsa, quàm jus sive obligatio, quæ est creditoris: quâ ut liberetur debitor, ipsi perutile est: ac proinde hoc legatum, proprio nomine dici solet legatum liberationis, *de quo est dictus t. ff. de liberatione legat.* Effectus autem hu- 2
jus legati duplex est; exceptio, & actio seu petitio. Nam si heres creditoris à debitore petat debitum: exceptione doli, propter legatum, repellitur. Rursus etiamsi heres non petat: nihilo tamen minùs potest debitor ultro convenire heredem, ut ipsum liberet, aut pacto, velut si heres debitori faciat pactum de non petendo; aut acceptilatione, id est, imaginaria solutione, hunc in modum: *Quod promisi defuncto, tu heres habesnè acceptum? §. 1. inf. quib. mod. toll. oblig. d. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. & seqq. l. non solùm autem. 7. §. 1. l. quod mihi. 22. & passim. ff. de lib. leg. Gith. hic* Porrò hoc liberta- 3
tionis legatum prodest non tantùm ipsi debitori; sed etiam heredibus ejus, & aliis, qui locum heredum obtinent, cujusmodi sunt bonorum possessor, & fideicommissarius universalis, *hoc § & l. si quis in testamento 15 ff. dict. titul.* ubi tamen accuratè distinguendum: an testator dixerit: *Heres meus ne petito à Titio, quod mihi debet*: an ita scripserit: *Heres meus ne petito à solo Titio, vel à Titio, quamdiu vivet, peti nolo.* Etenim illo casu, cùm verba liberationis in rem videantur collata, etiam Titii heres liber censetur. *dict. l. si quis in testamento. 15. ff. eod.* Hoc casu Titius quidem debitor, non verò heres ejus liberatur: quia personale hoc est legatum, liberationis, adeòque ad heredem non transit *l. non solùm nostrum. 8 § tale 3 & l. Aurelio. 20. in princip. ff. dict. tit. Balduinus, Borcheldt. Rittershusius, Mynsingerus & Schneidevvin. hic num. 5. Vandius libr. 5. variar. quæstion. q. 18.*

Saxè debitum legato remitti potest, non tantùm in 4
perpetuum, sed etiam ad tempus: ut, quod Titius mihi debet, nolo peti intra biennium, vel quinquennium, &c. *hoc §. in fin. d. l. non solùm nostrum. 8 § 1. ff. de li-*

de liberat. leg Quo casu Titius debitor non liberationem omnimodam, sed solvendi dilationem consequitur; & ad usuras medii illius temporis non tenetur.
5 Moram siquidem (ob quam infliguntur usuræ. *l cùm quidam.17.§. si pupillo in fin. l. mora. 32.§ in bonæ fidei. ff. de usur.*) facere non intelligitur, à quo pecunia propter dilationem exigi petíve nequit. *l. lecta. 40. vers. non enim in morâ. ff de rebus. credit. l si pupillus.127. ff. de verborum obligat. l. nulla. 88. ff. de regul. juris.*
6 Quanquam ille, qui rescriptum moratorium in annos aliquot à Principe impetrasset, ab usuris interim non similiter vacaret: *uti tradunt Molinæus in tractat. commercior. & usurar. num. 624. & Cagnol. in l. 2. num. 544. & seq. C. de pactu int. empt. & vendit. composit. hosq; referent Heigius hic num. 6.*
7 Præterea hoc loco notandum: legatum liberationis, quo debitori à creditore obligatio remittitur, in dubio ad purum duntaxat debitum, non in diem aut conditionem collatum, pertinere: cùm hoc debitum, per simplicem liberationem legatum, non censeatur remissum esse, nisi specialiter id sit expressum. *l. si scripsisset. 46 ff. de legat 2. l. si ita esset legatum. 7. ff. de aur. & argent. legat. l. Paula. 27. §. 1, ad fin. ff. de legat. 3. Gomez. tom. 1. var. resol. c. ult. de legat. n. 82. vers. item adde, quòd facta remissione, &c.*
8 Sed & illud observandum: generali liberatione, tutoribus, curatoribus, cæterisque alienarum rerum administratoribus legatâ, non intelligi comprehensa ea, quæ actione reali vindicari possunt. *l. Aurelius. 28. §. Mævia. 4. ubi gloss. Bartol. Alberic. & Dd. communiter. ff. de liberat. leg. Michaël Graff lib. 1. recept. sentent. §. legatum. quæst. 40. n. 3. Treutler. volum. 2. Disputat. 13. th. 4. lit. K ibiq; videatur Bachovius in suis not. pag. 800. cum seqq & Hunnius in suis resolut. quæst. 21. pag. 85.* Ratio hujus non obscura est: quoniam ille, qui liberatur, ab obligatione liberari re-
9 putatur. At cùm actione in rem quis convenitur; non ut obligatus, sed ut possessor in judicium vocatur. *l. officium. 9. ff. de rei vindicat. l. unic. C. de alienat. judic. mut. caus. factâ.*
10 Denique & hoc addendum: eo casu, quo quis à reddendis rationibus liberatur, non videri reliquorum solutionem remissam esse: multò minùs id, quod dolo consumptum & neglectum esse, probari potest. *l. si quis rationes. 9 l. Lucius 12. d. l. Aurelius. 28. §. Titius. ff. de liberat. legat. l. tres fratres. 35. ff. de pact. Graff. d. §. legatum. quæst. 40. num. 5. Alciat. de præsumpt. reg. 1. c. 6. Latè Covarr. lib. 2. var. resol. c. 14. num. 1. & seqq. Gomez. d. tom. 1. var. resol. c ult. num. 83. Schneid. hic num. 2. & Heigius num 9.*

§. *Ex contrario, 14.*

Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet, legaverit: inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quàm in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quòd si in diem, vel sub conditione debitum ei purè legaverit: utile est legatum propter repræsentationem. Quòd si vivo testatore dies venerit, vel conditio exciterit: Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum: quia semel constitit, quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium: extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à quâ incipere non potest.

SUMMARIA.

1 *Debiti legatum creditori à debitore factum, est inutile, si non plus sit in legato, quàm debito.*
2 *Legatum est donatio & merè lucrativa causa.*
3 *Quibus casibus legatum debiti valeat.*
4 *Utilius est, actionem civilem habere, quàm prætoriam.*
5 *Legatum, quo debitor creditori suo legat, quod in diem vel sub conditione debet, omnimodo subsistit.*
6 *Nullum in pandectis contrarium.*
7 *Enodatio l. debitor. 82. ff. de legat. 2. ejusdemq; conciliatio cum præsenti §. & l. verbis. 5. ff. ad Leg. Falcid.*
8 *Sensus & intellectus hujus §.*

SUperiore casu creditor debitori; hoc verò casu 1
debitor creditori legat nomen sive debitum. De quo hæc regula tenenda est: id legatum esse inutile, si nullum in eo commodum versetur, ut hîc in verbis: *Si nihil plus est in legato, &c. l. si debitor. 11. l. legavi. 25. §. contrà. ff. de liberat. legat. l. 1 §. si quis creditori. 10. ff. ad leg. Falcid.* Cujus regulæ ratio evidens est: 2
quia legatum est donatio, & merè lucrativa causa: *ut in definitione legati audivimus. in §. 1. supr. hoc titul.* Debitor autem legans creditori id, quod debet, nihil ei donat. Quare ubi nihil donatur, ubi nullum est commodum, aut lucrum: ibi propriè legatum dici non potest. *l. verbis legati. 5. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. cùm enim non aliter. C. communia de legat. & hic per Giphanium.* Enimverò sunt nonnulli casus, quibus hoc 3
legatum utilitatem sive commodum continet; proindeque valet: ut, si legetur à debitore, qui tutus erat exceptione aliquâ perpetuâ. Hanc enim creditori remisisse videtur. *l. si creditor. 13. ff. de liberat. leg.* Item si debitum est in diem, vel conditionale, & legatum est purum. *Verbi gratiâ*: si debeatur intra annum, & legetur statim. Hæc repræsentatio, id est, præsens seu prior solutio, & dies anterior utilis existimatur, *hoc §. nostro. vers. quòd si in diem, &c. l. sin autem. 29. ff. de legat. 1. l. Mævius. 66 in pr. ff de leg. 2.* Plus quippe est, statim aliquid dare: minus est, post tempus sive tardiùs dare. *§. fidejussores. 5. infr. de fidejussorib. l. si cui. 12. in fine. ff. de verborum signific. §. si quis agens. 33. vers. tempore, &c. infr. de actionib.* Item si debitor, quod jure Prætorio debet, creditori leget. Legatum etenim est civile. Ast utilius est, actionem civi- 4
lem habere, quàm Prætoriam: cùm illa sit perpetua: hæc verò temporalis. *l. si creditori 28. ff. de legat. 1.* Plures casus, quibus hoc legatum sustinetur, collegit Gomezius *tomo 1. variar. resolution. cap. ult. de legat. num 26.*

Legatum porrò, quo debitor creditori suo legat, 5
quod in diem vel sub conditione debet, adeò firmum est: ut, licèt vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, sicque in eum casum legatum reciderit, à

quo

quo incipere non potest; nihilominus tamen adhuc jure subsistat. *dict. l. verbis. 5. ff. ad leg. Falcid.* ubi Papinianus (*quem Iustinianus hic refert & sequitur*) inter cætera scribit: *Quòd si dies aut conditio legatum fecerit: quamvis vivo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta; non tamen fiet irritum, quod semel competit.* Cui Papiniani sententiæ è diametro adversari videtur Paulus *in l. debitor. 82. ff. de leg. 2.* in cujus principio apertè ita pronunciat; *Quòd si vivo testatore annus superveniat: dicendum erit, inutile effici legatum: quanquam constiterit ab initio.* Et hanc quidē antinomiam plerique recentiores Interpretes censent esse inexplicabilem, *Donell. libr. 8. Commentar. de jure civil. cap. 11. fol 248 Fornerius lib. 4. select. c. 16. Petrus Faber. in l. quod initio. 29. ff. de reg. jur. Anton. Faber. lib. 4. conject cap. 12. Gevean. lib. 2. var. lect. c. 27. Hotomanus, Borcholt: Antonius Matthæus. & alii in hoc §. Francisc. Balduinus in Iustiniano suo. pag. 442. eumque referens D. Collega Bocerus in hoc*
6 *tit. numer. 181. pag 528.* Sed cùm Justinianus ipse disertè testetur: nihil in Pandectarum voluminibus extare contrarii. *l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucleand.* videndum erit, quâ ratione isthæc primo intuitu pugnantia Jureconsultorum responsa possint con-
7 ciliari. Hoc autem non incommodè, meo judicio, dici poterit: quòd Paulus *in dict. l. debitor. 82. ff. de legat. 2.* non astruat aut sentiat; legatum esse nullum: sed nullam utilitatem afferre. Nam hanc in sententiam verba ista (*inutile effici legatum*) accipi debent. Quasi dicere voluisset; existente conditione vel die, ad quem pecunia debetur, nullam esse illius legati utilitatem: cùm ex eventu appareat, legatarium ex obligatione priori æquè utiliter agere posse. At verò Papinianus *in dict. leg. 5. ff. ad legem Falcid.* (*ut & Imperator in §. nostro*) hoc tantùm vult: legatum ipso jure valere & consistere: id quod Paulus *in citatâ. l. 82.* minimè negat.

8 Nec hanc interpretationem infringit: quòd *in hoc §.* dicatur, utile esse legatum: cùm contrà disertis verbis scriptum sit *in dict. leg. 82.* inutile effici vel esse legatum. *Hac namq;* si rectè accipiantur, nullam contrarietatem aut pugnantiam præ se ferunt. Quod enim hoc loci dicitur; utile esse legatum: id ad substantiam obligationis refertur, quam subsistere ostendit Justin. Imperator, cùm dixit, utile legatum esse, id est, ipso jure valere. Hocq; evincitur ex hujus §. contextu, in quo Papiniano (qui legatum istud utile, sive non irritum esse dixit) Imperator opposuit sententiam existimantium, illud extinctum esse: quod profectò ad substantiam, non ad effectum pertinet. Quare ut & Papiniani sententia eandem obligationis substantiam respiciat, necesse est. Paulus autem *in prealleg. l. 82.* idcirco (*ut paulò antè expositum*) inutile esse dixit legatum: non quòd ipso jure non valeret: sed quòd nullam utilitatem aut commodum legatario adferret. Atque ab hac conciliatione non abhorruit Accursius *in multoties allegatâ l. debitor. 82. in verb. inutile. ff. de legat. 2. Straitman. in suis antinom. leg. civil. contrarietate. 21. Ioan. Bellon contrarietate suâ 26. & Giphanius hic in vers. quòd si vivo, &c.* Tametsi me non fugiat, alios aliam, sed minùs commodam, conciliandi rationem tenere, *Iulium Pac. cent. 6 cuarλιοφ. q 18. Hilligerum in Donello enucleato. d. lib. 8. c. 11. lit. R. Hunnium lib. 2. var. resolut. jur. civ tract. 8. q. 11. in fin. Nicolaum de passerib. à Genoa in conciliat. leg. in jure civ. contrariarum. pag. 312. & Treutler. vol. 2. Disp 13. thes. 4 sub lit. I. ibiq. Bachovium in suis not. pag. 800. cum seqq & in hoc § nostro pag 562. nec non Reisenbergium disput. 1. juris civil. renovata. th. 48. pag. 30. & seq.*

§. *Sed si uxori.* 15.

Sed si, uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quàm de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit: Divi Severus & Antonin' rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si verò certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in relegando demonstrata sunt, valere legatum.

SVMMARIA.

1 *Maritus uxori sua dotem acceptam utiliter legat.*
2 *Formula istius legati qua.*
3 *In quibus legatum dotis sit plenius, quam actio de dote.*
4 *Actio ex testamento, & actio dotis ad quid competant.*
5 *Utrùm maritus dotem, quam non accepit, legare possit.*
6 *Falsa debiti confessio, ex tacitâ defuncti me. te, in fideicommissum resolvitur.*
7 *Nisi ex illâ liberis in legitimâ præjudicium aliquod pareretur.*

REctè hic § priori adjungitur. Nam in eo dictum est, si debitor creditori leget, quod ipsi debet, legatum non valere, si nullum commodum contineat: 1
hic contra asseritur, legatum valere, si maritus, velut debitor uxoris, dotem ei debitam præleget. Formula huius legati est hæc: *Titia uxori mea, quanta pecunia* 2
dotis nomine ad me venit, tantundem pro eâ dote heres meus dato: vel ista; *Quod uxor mihi dedit, ei do, lego. l. cùm scriptum. 6. & l. ult ff. de dote præleg.* Videbatur tamen legatum hoc non valere: quia uxori legatur; quod est suum, id est, dos, quæ est uxoris. *l. in rebus. 30. C. de jure dot.* Sed dicendum: hoc legatum ideò utile, firmumq; esse: quia plenius est, quàm actio de dote, *auctore hic Imperatore Iustiniano.* Et quidem 3
plenius est duplici de causa: primùm in tempore. Etenim legatum statim peti potest, ut quod die præsenti debeatur: dos autem ex suâ naturâ, olim annuâ, bimâ, trimâ die, hoc est, tribus pensionibus annuis, seu trium annorum; hodie ex constitutione Justiniani, si quidem in immobilibus consistat, illicò: si in mobilib. intra annum restituitur. *l. 1. §. 2. ff. de dote praleg. l. unic. §. cùm autem. 7. C. de rei uxor. act.* Deinde in re & quantitate. Nam legatum, sive actio legati vel ex testa- 4
mento, solidum persequitur: ast actio dotis non in solidum competit, sed in quantū maritus facere potest. *§ item si de dote. 37. infr. de actionib. l. maritum 12. cum ll. seqq. ff. solut. matrimonio. l. non tantùm. 20. ff. de re jud.*

Atque hæc ita se habent, si maritus dotem verè ac- 5
ceperit. Cæterùm si maritus, quam non accepit, dotem uxori legaverit; distinguitur, utrùm simpliciter, id est,

id est, non expresso certo corpore aut summâ; (hoc videlicet modo: *dotem, quam ab uxore accepi, ei do, lego*) an certâ quantitate expressâ, aut demonstratione adjecta, (hoc modo: *centum, quæ dotis nomine accepi, uxori do, lego:* item *fundum Tusculanum*, vel *centum instrumento dotali comprehensa, uxori do, lego*) illam reliquerit. Illo casu legatum inutile, nullumque putatur: quia est sine se, & perinde est, atque si legata res esset, quæ non est in rerum natura. Hoc casu valet legatum: quia res certa legata est: & dotis mentio, tanquam falsa causa adjecta, legato obesse non solet, *hoc §. nostro l. legavi, 25 ff. de liberat. legat. l. 1. § sed & si dotem. 7. dict. l. cùm scriptum. 6 ff. de dote praleg. l. si sic legatum. 75. §. 1. ff. de legat. 1. l. 3 C. de falsa causa adjecta legato. §. longè magis. 31. infr. h. t. Ti-*
6 *mam Faber disput. 20. ad Instit Imperial tit. 13.* Imò falsa debiti confessio, ex tacitâ mente defuncti in legatum & fideicommissum resolvitur. *l. Lucius. 88. §.*
7 *quisquis. 10. ibiq; Dd. communiter ff. de leg. 2.* Nisi ex illâ liberis præjudicium aliquod in legitimâ crearetur: veluti si in fraudem liberorum primi matrimonii confiteretur pater, se immodicam summam dotis nomine, ab uxore postremâ, vel precium ab emptoribus rerum suarum recepisse, de quo aliundè constare non posset. *l. qui testamentum. 27. ff. de probationib. Bartol in l. cùm quis decedens. 37. §. codicillis. ff. de legat. 3. Iason in l. si tibi decem. 17. §. si pactus. num. 7 ff. de pact. & in auth. unde si parens. C. de inoffic. testament. Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 12. de legat. n. 81 quos citat & sequitur Heigius hic num. 5.*

§. *Si res legata. 16.*

Si res legata sine facto heredis perierit: legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit: non tenetur heres. Si verò heredis servus legatus sit, & ipse cum manumiserit: teneri ipsum Iulianus scripsit. Nec interest, sciverit, an ignoraverit, à se legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, eum manumiserit: tenetur heres, quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.

SUMMARIA.

1 *Res legata sine facto heredis perempta, legatario decedit.*
2 *Res suo domino perit.*
3 *Debitor interitu rei debita liberatur.*
4 *Secus est in legato quantitatis, & generis.*
5 *Genus perire non potest.*
6 *Si res legata ob heredis moram pereat, ipse tenetur.*
7 *Mora unicuique sua nocet, & obligationem perpetuat.*
8 *Quando in morâ esse heres intelligatur.*
9 *An heres post moram commissam, etiam de naturali & fortuito interitu teneatur.*
10 *Mens & sententia l. si plures. 14. §. fin. ff. depositi.*
11 *Sensus l. item si cùm exceptione. 14. §. quod si homo. 11. ff. quod met. causa.*
12 *Is rem habere videtur, qui pretio fruitur, & contra.*
13 *Quibus casibus fatalis rei interitus ad alterum pertineat.*

Eximius iste atque insignis est §. de rei legatæ interitu. De eo autem hæc observanda est regula: 1
rem legatam, quæ sine facto aut culpâ heredis perierit, legatario perire, hoc est, pertinere ad ejus damnũ, & heredem à legati præstatione liberari. *l. non amplius. 26 §. 1. l. cùm res. 47. l. si servus. 108. § si. servus. 9. l. si quis inquilinos. 112. §. 1. ff. de legat. 1. l. omnia. 32. § species. 5. ff. de legat. 2. l. si ex legati. 23. ff. de verborum*
obligat. Ratio hujus regulæ est: tùm quia res perit 2
domino. *l. pignus. 9. C. de pignoratit. act.* ut est legatarius, *l. legatum 80 ff. de legat. 2 l. à Titio. 64 ff. de furt.*
tum quia debitor, veluti est heres, liberatur interitu 3
rei debitæ. *l. Titia. 36 §. ult. ff. de legat. 1. dict. l. si ex legati. 23 l. si Stichus. 33. & l. si servum. 91. ff. de verb. obligat.* Rectè autem hic ait Imperator; *Si res*, id est, certa species, ut certus fundus, equus, domus, servus,
ut Stichus, perierit. Aliud enim est in quantitate, ut 4
pecuniâ, frumento, &c. *l. si pecunia. 12. ff. de legat. 2.* Ratio hujus exceptionis est: quia quantitas perire non potest. Cur ita? quia non spectatur in eâ ipsum corpus, sed æstimatio potiùs: adeò, ut non ipsa specie, sed aliâ ejusdem bonitatis satisfieri possit: ut fit & in mutuo. *infr initio tit. Quib. mod. re contrah. obligat. l. 2 ff. de reb. credit.* Si tamen sit quantitas legata, veluti certi nummi, qui sint in arcâ: hoc casu, quia quantitas habetur loco certi corporis, idem erit juris, quod in regulâ, ut talis quantitas pereat legatario *l. sed si certos 51. ff. de legat. 1.* Aliud quoque est in genere: ut si fundus legetur, & non adjiciatur, *Cornelianus.*
Hujus exceptionis ratio est: quia & genus perire non 5
potest, ut vulgò dicitur. *l. incendium. 11. C. si certum pet. l. in ratione 30 § incerta. 5. ff. ad leg. Falcid. l. quod te. 5. ubi Bartol. Castrens Iason & Costalius. ff. de reb.*
credit. si cert. pet. Sed & aliud dicendum est, si he- 6
res in morâ fuerit præstandi legatum, suòve facto caus-
sam peremptioni dederit, *hoc §. nostro.* Est enim ex- 7
pediti certique juris: moram unicuique suam nocere, & obligationem perpetuare. *d. l. quod te. 5. ff dict. tit. l. illud. 17 ff. de peric. & commod. rei vend l. nemo. 82. §. 1. dict. l. si servum. 91. §. sequitur. ff. de verborum obligation. l. factum. 155. & l. in condemnatione. 173. §.*
unicuiq. 2. ff. de reg. jur Heigius hic n. 6. In mora au- 8
tem heres esse intelligitur, quando opportuno loco & tempore interpellatus, legatum solvere sine justa causa recusat. *l. mora. 32. ff de usur. dict. l. nemo. 82. in fin ff. de verborum obligation. cum similibus.* Nam qui justam causam recusandi, vel differendi solutionem habet: is quamvis maximè, & cum instantia interpellatus, moram non facit, nihiloque magis tenetur, quam si interpellatus non esset. *l. sciendum. 21. l. si quis solutioni. 24 ff. de usuris. Donell. ad dict leg. si ex legati. 23. ff. de verborum obligation. num. 8. & 9. ubi quatuor justas differenda solutionis causas enumerat.*

Cæterùm hoc loco quæri potest: Num heres post 9
moram in solutione commissam, etiam de naturali & fortuito interitu teneatur? Quid enim, si servus legatus vel senio, vel aliter ex morbo decesserit? aut fundus legatus chasmate perierit? vel incendium in heredis ædibus, in quibus res legatæ tum fortè erant, contigerit? Et licèt hanc quæstionem Interpretes mul-

multis ambagibus & distinctionibus (*quas diligenter annotavit Gœddaeus ad leg ut si cui.* 12. §. 1 *numer. 9. ff. de verb. signific.*) involvant: veriùs tamen, & commodiùs diei poterit, si post moram, casus istiusmodi in re legatâ acciderit, periculum heredis esse, eumque ad pretium sive æstimationem rei extinctæ condemnandum. Id quod evidentissimè ostendit Vlpianus nô tantùm *in prædictâ leg. cùm res.* 47 *§. ult. ff. de legat* 1. ubi scriptum est, etsi fundus chasmate perierit: si tamen post moram factam id evenerit, nihilominus æstimationem deberi: sed & *in leg. item si verberatum.* 15. *§. ult. ff. de rei vindicat.* ex qua patet, homine aut animali post moram debitoris mortuo; periculum ad ipsum debitorem spectare.

10 Non huic contradicit Cajus *in l si plures.* 14. *§ si. ff. depositi.* ubi expressum est: si homo sua natura sit mortuus, quamvis post moram debitoris, tamen naturalem interitum ad actorem, non ad reum pertinere. *Nam* illic non absolutè hoc dicitur: sed temperamentum, quod priorem sententiam minuit, in fine additur. his verbis: *utiq; cùm interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.* Quæ verba nequaquam rationem sive confirmationem præcedentis sententiæ, sed potiùs conditionem, & (ut jam dixi) temperamentum continent: ut hæc sit illius legis sententia: si res fatali casu perempta fuerit, periculum illud actoris esse: si modò res similiter apud ipsum peritura fuisset. Non igitur hoc vult lex ista: naturalem interitum post moram contingentem generaliter pertinere ad actorem; sed tunc demum, quando eodem modo apud ipsum interitura fuisset. *Nec movet,* si dicatur, semper id præsumi, quòd res, quæ naturali fato extincta est, æquè apud actorem peritura fuisset: eò quòd naturalis rei interitus perpetuò rem comitetur, ad quemcunque possessorem transeat. *Facilè* namque accidere potuit: ut res, quæ naturaliter interiit apud reum, non eodem modo penes actorem peritura fuisset. Quid enim, si actor rem acceptam distraxisset? certè post distractionem, apud alium, non apud actorem interiisset. *Neque* urget, si ulteriùs objiciatur, incertum esse, ut cùm legatarius sive actor rem distracturus fuisset: & consequenter, utrùm æquè apud ipsum periisset, nec ne. *Quoniam* respondetur; sufficere, si rem receptam vendere, & pretium ex eâ redigere potuit. Nam si potuit, res ei peritura fuisse non videtur, *per text. apert. in d. l. cum res.* 47. *§. ult. ff de legat.* 1.

11 Nihil præterea adversatur *l. item si cum exceptione.* 14 *§. quid si homo.* 11. *vers. sed & si non culpa, &c. ff. Quod met. causa.* ubi à contrario colligitur, si res eodem modo peritura fuerit apud actorem, reum non tenere. *Etenim* jam ostensum est: quòd res, cùm legatarius sive actor eam sibi datam distrahere, pretiumque lucrari potuerit, non intelligatur eodem mo-
12 do apud ipsum interitura fuisse: siquidem is rem habere censetur, qui pretio fruitur. *l. quia qui pretio.* 39. *ff de usufruct. & quemadm. quis utat. fruat.* & contra res ei abesse videtur, cui pretium abest. *l. Labeo*
13 *& Sabinus.* 14. *ff de verborum significat.* Neque verò hac interpretatione efficitur, ut naturalis interitus nunquam ad actorem pertineat: quippe qui rem semper vendere queat. Multis enim modis accidere potest, ne petitor sive actor rem sibi restitutam vendat: vel quia nolit, vel quia non possit. Finge; pupillum esse, qui prædium, qui ædes suas repetat. Non possunt hæ res, etsi restituantur, à pupillo sine decreto alienari. Neque porrò ex decreto alienatio permittitur, si aliunde habeat, unde se sustentet, & creditoribus satisfaciat. *l. 1. ff. de rebus eor. qui sub tutel. vel curat. sunt, &c.* Finge; ædes, quas actor petit, ibi esse ædificatas, ubi ex publico decreto destrui jubeantur, atque interim incendio consumptas. Videturnè quisquam eas empturus fuisse, etiamsi restitutæ fuissent? Nemo, opinor, dixerit unquam. Rursus finge: rem tam vilem & abjectam tempore interpellationis existere, ut nullum prorsus emptorem possit reperire, etsi maximè actor vendere cupiat. Istis & similibus casibus si res pereat, actori potiùs, quam reo perire debet: quia nihil jam ostendi potest, quod actor habiturus fuisset, si rem statim debitor tradidisset: cùm res fato & naturali interitu æquè periisset restituta: nec antequam periret, distrahi potuisset, ut aliquid pretii actor accepisset. *Atq; ita propositam quæstionem, licèt enucleatiùs, explicant Cujacius, Giphanius & Donellus in supr. allegatâ leg si ex legati.* 23 *num.* 11. *& seq. ff. de verborum obligation. & idem in Commentar. de mora. c.* 7. *Arumæus in Commentar. de mora. cap.* 8. *num.* 2. *Borcholt. in Comment. de verb oblig. c.* 7. *&* 8. *n.* 73. *Pacius cent.* 3. *q.* 63 *hosq; laudans Hunnius in tract. de æstimat. rer. quæst.* 4. *& seq. pag. mihi.* 21. *cum seqq.* De eâdem quæstione etiam videantur aliter atque aliter sentientes, *Gœddaeus ad dict. leg ut si cui.* 12. *§.* 1. *num. 9. ff. de verborum signific. & in Commentar. de contrahend. & commit. stipulat. cap.* 11. *n.* 79. *Bronchorst. cent.* 1. *ἐναντιοφανῶν assert.* 48. *edit.* 1. *Rober. Disput. Inst.* 12 *th.* 6. *Robert. lib.* 1. *sent. cap.* 23. *Bartel. n.* 10. *Zasius n.* 28. *& Philippus Matthæus in l. quod te mihi* 5. *ff. de reb. credit. Menoch. præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 138. *n.* 2 *Ioan. Saperta in tract. de mora. cap.* 3 *n.* 100. *cum seq. Duarenus in d. l. si ex legati.* 23. *ff. de verb. obligat. & Antonius Faber. lib.* 18. *error. pragmat. err.* 10. *& lib.* 16 *conjectur. c.* 19.

§. *Si quis ancillas.* 17.

Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, & si ordinarii servi, cum vicariis legati fuerint: quia licèt mortui sint ordinarii: tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus: mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit. Nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.

SVMMARIA.

1 *Accessiones legati recensentur.*
2 *Si ancilla cum suis natis legetur, mortuâ ancillâ, partus legato cedunt.*

3 *Ratio dubitandi.*
4 *Ratio decidendi.*
5 *Homo in fructu aut accessione esse nequit.*
6 *Si servi ordinarii cum vicariis legentur, ordinariis mortuis, vicarii debentur.*
7 *Servo cum peculio legato, si is extinctus, vel mortuus fuerit, peculii quoque legatum extinguitur.*
8 *Idem est in penu legatâ cum vasis.*
9 *Et in fundo cum instrumento legato.*
10 *Quid sit instrumentum fundi.*
11 *Differentia inter hæc duo legata: fundum instructum; & fundum cum instrumento, do, lego.*

1 IN præcedente §. de rei legatæ interitu dictum est:
hic de rei legatæ & augmento, ejusque accessionibus, & de deminutione: qui tractatus non minùs latè
patet, quàm prior de interitu, *monente hîc Giphanio.*
Hûc enim pertinent partus, fœtus pecorum, instrumentum, supellex, alluvio, fructus, usuræ, &c. *de quibus in l. si quis bonorum. 23. & l. cùm servus. 39 §. fructus autem. 1 ff. de legat. 1.* Initiò autem hîc dicitur:
2 Si testator ancillas cum suis natis legaverit; etiamsi
ancillæ mortuæ fuerint: tamen partus legato cedere.
Idem habetur in leg si ancilla. 62. cum l. seq ff. de le-
3 *gat. 1.* Videri tamen primâ facie poterat, ex hoc legato partus non deberi: eâ ratione, quia partus accessionis loco legati sunt. *l si ancillas. 63. ff. dict. tit.* Itaque
extincto principali, ut ancillis, etiam accessio extincta
intelligitur. *l. 2. ff. de pecul. legat. l. nihil. dolo. 129. §. 1.*
4 *& l. cùm principalis. 178 ff. de reg. jur.* Sed ratio decidendi hæc est: quia duo hîc sunt legata separata: ancillarum unum, alterum partuum: tot quippe sunt le-
5 gata, quot res. *l. 3. ff de pecul. legat.* Nec obstat, quod
de accessione allarum est: quandoquidem partus
propriè non est accessio: cùm ea sit dignitas hominis,
ut neque in accessione, neque in fructu esse possit. *l. justissime. 44. ff. de ædilit. edict.* Absurdum siquidem
est; hominis fructum, esse hominem: cùm omnes fructus, natura hominis gratiâ comparaverit. *§. in pecudum. 37. supr. de rer. divis. l. in pecudum. 28 ff. de usur. l.*
6 *vetus. 68 ff. de usufruct.* Idem omninò dicendum
est: si servi ordinarii, cum vicariis (id est, servis in peculio ordinariorum contentis, & eorundem vices gerentibus) legati fuerint: quia ordinariis mortuis, nihilominus vicarii debentur, *hoc § nostro. & l. sed & si 4. ff. de pecul legat.* Cujus rei est eadem, quæ de ancillis, ratio; nimirum quia vicarii non sunt ordinariorum accessio, propter hominis dignitatem; sed duæ
res distinctæ, *Balduinus, Marcilius & Hotomanus*
7 *hîc enunciat. 2.* Cæterùm aliter judicandum est: si
servus fuerit cum peculio legatus. Nam servo extincto, peculii quoque legatum extinguitur, *hoc §. nostro. vers. sed si servus. & l. 1. ff. de pecul. legat.* Ratio est:
quia peculium est accessio servi; *ut indicat Cajus in*
8 *dict. leg. 2. ff. eod.* Sic & in penu legatâ cum vasis: penu
consumpta, vasa non debentur: quia vasa sunt
accessio legatæ penûs. *l. 2. & l. nam quod 4. in*
9 *princ. ff. de penu legat.* Eâdem ratione fundo in-
10 structo, vel cum instrumento (Est autem instrumentum, fundi apparatus, rerum diutiùs mansurarum, sine quibus exerceri possessio nequit. *l. quæsitum. 12. in pr. ff. de instruct. vel instr. leg.* quæ aut quærendi fructus, aut cogendi, aut conservandi gratiâ parantur. *l. in instrumento. 8. in princ. ff eod.*) legato & alienato, ne quidem instrumentum debetur. Etsi enim duo hîc legata videntur. *l. 1. in princ. ff de instructo, vel instrum. leg.* sententia tamen defuncti hæc esse intelligitur: ut alienato & perempto fundo, tanquam principali; etiam legatum instrumenti, tanquam accessorii, ad nihilum redigatur, *per hunc text. nostrum, in fine & d. l. 1. in fin ff. d. t.*

Huic vehementer repugnat. *l. si cui fundum 5. ff.* 11
eod. ubi inter hæc duo legata: *fundum instructum; &, fundum cum instrumento do, lego:* ponitur differentia: quòd ex hoc nihil debeatur, alienato fundo, ut & hîc asseritur: ex illo possit, fundo alienato, deberi instrumentum; quod hîc negatur. *Sed dicendum est:* generaliter neutro casu deberi instrumentum, fundo alienato: nisi alia sit voluntas testatoris: ut faciliùs in illo, quàm in hoc esse putatur. Quid ita? quia illud, id est, legatum fundi instructi est uberius seu plenius, quàm hoc, id est, legatum fundi cum instrumento. Nam hoc tantùm ipsius agri instrumentum: illud etiam ipsius patrisfamilias proprium instrumentum continet. *dict. l quæsitum 12. § sed si fundus. 27. ff. de instruct. vel instr. leg. l. 1. & 2. C. de verb. signif. Ruterthusius & Giphanius hoc loco, Anton. Augustin. lib. 2. emendat. c. 4.* Videantur quoque *Balduinus hîc, Hotomanus, Wesenbecius num. 6. Mynsing. n. 9. & 10. Heigius num. 5. Schneidewvin. num. 11. & 12. Olemannus ad lib. 2. Antinomiar. jur. civil. Giphanius Disp. 20. numer. 40. Straitmannus in suis antinom. leg. civil. contrarietate 19. Reifenbergius disput. juris civil. renovatâ 1. th. 49. & Nicolaus de Passerib. à Genoa conciliat. legum in jure civ contrariar. pag. mihi. 247. & seq. ubi plures variè sentientes citat.*

§. *Si grex legatus. 18. & §. Ædibus. 19.*

Si grex legatus fuerit: & postea ad unam ovem pervenerit: quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adiiciuntur, legato cedere, Iulianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est, ex cohærentibus lapidibus.

§. 19. Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.

SVMMARIA.

1 *Grege legato, si una tantùm ovis supersit, peti poterit.*
2 *Causa dubitandi.*
3 *Quot oves sive capita gregem constituant.*
4 *Causa decidendi.*
5 *Gregis usufructu legato, quid sit juris.*
6 *Faciliùs amittitur ususfructus, quam proprietas.*
7 *Contrariorum eadem disciplina & dispositio.*
8 *Ideoq; quæ de legati gregis deminutione dicuntur, etiam de ejusdem augmento intelligi debent.*
9 *Similium eadem ratio.*
10 *Et propterea quod de grege legato dici traditur, ad ædes quoque legatas, &c. transfertur.*
11 *Peculium, ad instar hominis, nascitur, crescit, & interit.*
12 *Genuinus intellectus l. mortuo bove. 49. ff. de legat. 2.*

13 *Muta-*

13 *Mutatâ formâ, & substantia rei concidit*
14 *Nativus sensus l. si chorus. 79. §. area. ff. de legat. 3.*
15 *Si testator fundum Cornelianum, cujus dominium habebat, alicui legaverit, & post testamentum factum, alium fundum, quem emit, ei adjecerit, uterque debebitur.*
16 *Hujus conclusionis ampliatio.*
17 *Sententia l. si ita esset. 7. & l. fin. ff. de auro & argen. legato.*

1 HOc jam loco, *usq; ad §. tam autem corporales.*
propriè de legati augmento & deminutione agi-
tur: & ostenditur, gregis legatum valere, & vindicari
posse, etiamsi ad unam ovem grex pervenerit. *l. grege*
legato. 21. & l. si grege. 22. ff. de leg. 1. Rationem du-
2 bitandi præbere poterat, quod constitutum est, lega-
tum extingui interitu rei legatæ *l. non ampliùs. 26. §.*
2. l. Titia 36. §. ult. l. cum res. 47. l. hujusmodi. 84 § si
cui. ff. de legat. 2. cum jurib. similibus suprà allegatis in
3 *§. si res legata. 16 hoc tit.* In proposito autem casu,
cùm grex ad unum caput, sive unam ovem redactus
sit, res legata extincta videtur: propterea quòd grex
est legatus, qui non paucioribus, quàm decem capi-
tib. constituitur. *l. ult. in princip. ff. de abigeis. arg. l. 1.*
4 *§. ult. & l. 2. & 3. ff. de rei vindicat.* Sed decidendi
causa ex voluntate testatoris desumitur: quoniam
verosimile est, cum legando totum gregem, non tam
universitatem ovium, quàm singula capita sive partes
& membra legare voluisse. *d. l. si grege. 22. ff. de legat.*
5 *1.* Diversum obtinet in usufructu gregis legato. Si
enim gregis ususfructus legatus sit; & usque eò nu-
merus gregis pervenerit, ut grex non intelligatur: u-
susfructus perit. *l. fin. ff. quibus modis ususfruct. amitt.*
6 Hujus ratio hæc esse videtur: quia facilius amittitur
ususfructus, quàm proprietas: & quia re extincta,
perit ususfructus, etsi pars aliqua super est. *§ finitur. 3.*
supr. de usufruct. l. repeti. 5. §. 2 & l. quid tamen. 10 §.
ult. ff quibus modis ususfruct. amitt. l. servitutes. 20. §.
si sublatum. 2 ff de servit. præd. urb. Martilius & Ac-
7 *cursius hic in verb. vindicari, &c.* Quia porrò con-
trariorum eadem est disciplina & dispositio. *arg. l.*
obligationum 44. §. 1. vers. placet. ff. de oblig. & act. l.
8 *nihil tam naturale. 35 ff. de regul. jur.* ideò quæ de le-
gato gregis imminuto dicuntur, etiam procedere
consentaneum est, si legato postea aliquid accesserit.
hoc §. & dict. l. grege. 21. & l. seq. ff. de legat. 1. Nam ut
interitus; ita generaliter accessio & decessio fit legata
9 rio. *l. cùm servus. 39. §. 1. ff dicto titulo.* Sed & simi-
lium eandem rationem esse constat. *l. illud quæsitum.*
32 ff. ad leg. Aquil. l. à Titio. 108 ff. de verborum obli-
10 *gat.* atque ob id, quod de gregis legato traditur, non
inscitè ad ædes quoque legatas, item ad equitium, &
armentum boum transfertur, *hic & dict. l. si grege.*
22. l. cætera. 41. §. penult. l. servum. 44. §. si area. 4. ff. de
legat. 1. l. equus. 8 ff. de usur. Hæc namque vocabula:
grex, armentum, equitium, domus, navis, chorus, fa-
milia, armarium, peculium, &c. sunt universitates
quædam, sive corpora, ex pluribus partibus constan-
11 tia; quæ & augmentum & deminutionem recipiunt:
quemadmodum de peculio eleganter dicitur, id in-
star hominis nasci, crescere, decrescere, mori & inter-
ire. *l. peculium nascitur. 40. ff. de peculio. & notat*
hic Giphanius.

Cæterùm, quod hoc loco statuitur; legatario, cui
grex domusvè relicta est, quicquid vel superfuerit, vel
adjectum fuerit, deberi: huic non resistit. *l. mortuo*
bove. 49. in princ. ff. de legat. 2. ubi mortuo bove, qui 12
legatus fuerat, ita penitus extinguitur legatum, ut ne
corium quidem, aut caro debeatur. *Nam* illic res
ipsa animata, quæ legata erat, vivo testatore perem-
pta est: quæ longè differt in substantiâ ab illâ, quæ
remansit. Siquidem non eadem est forma mortui
pecoris, quæ viventis, nec materia vel caro eadem.
Mutatâ autem formâ, & substantia rei concidit, *l. Iu-* 13
lianus 9. §. sed si quis rem. in fin. ff. ad exhibend. Secus
tamen est, si bos pereat post mortem testatoris: quia
tunc jam ipsius legatarii est effectus: ac proinde,
quod superest, ei debetur, tanquam pars rei propriæ.
arg. l. solum. 49. §. 1. ff. de rei vindicat. & l. si servus.
14. §. bove. ff. de condict. furtivâ.

Præterea nō refragatur *l. si chorus. 79. §. area. 2. ff. de* 14
legat. 3. ex quâ liquet, impositum areæ legatæ ædifi-
cium, post mortem testatoris legatario non deberi.
Ibi enim non principaliter hoc deciditur, quòd ædifi-
cium areæ impositum legatario non debeatur: sed,
quòd area peti possit eo etiam casu, ubi propter ædi-
ficium impositum, videbatur legatum esse extinctum
respectu ipsius ædificii. Quando autem ædificium
debeatur, vel non debeatur: in istâ lege non est ex-
pressum. Ex hoc verò loco, *& dict. leg. servum. 44 §.*
si area. 4 ff de legat. 1. manifestum evadit, regulariter
areâ legatâ ædificium areæ impositum deberi: nisi
de contrariâ testatoris voluntate apertè constet. Qua-
re *allegata l. si chorus.* de eâ specie debet accipi; ubi
testatorem aream, ædificio imposito, peti noluisse,
certum est. Verùm de his, & aliis pluribus, quæ cum
textûs nostri decisione pugnare videntur, consulendi
sunt *Duaren. ad leg. si ex toto. 8. & d. l. si grege. 22. ff. de*
legat. 1. Cujacius ad African. tractat. 5. in l. 36. §. con-
trà autem. ff. de usufr. Gomez tom. 1. var. resol. c. 12. de
leg. numer. 41. Broncherst. centur. 2. ivarl. assert 46.
edit. 1. & Nicolaus de passerib. à Genoa in conciliat.
leg. in jure civ. contrariarum. pag. 142. & seq. edit. 1.

Porrò ex prædictis non malè infertur, & concludi- 15
tur: si testator fundum Cornelianū, cujus dominium
habebat, alicui legaverit, & post testamentum factum,
alium fundum, quem emit, huic adjecerit & univerit,
utrumque deberi. *per textum in l. cùm fundus. 10. ff.*
de legat. 2. & in l. quod in rerum. 24. §. si quis ff. de le-
gat. 1. Hæcque conclusio non eo solùm casu proce- 16
dit, quo testator simpliciter fundum Cornelianum le-
gavit: sed eo etiam, quo pronomen (*meum*) apposu-
it, dicendo: *Fundum Cornelianum meum Titio lego.*
Et ratio est: quia pronomen hoc, *meum*, non limitati-
onis seu restrictionis, sed potiùs demonstrationis cau-
sâ, rei legatæ adjectum censetur, *secundùm Paulum*
Castrens. in dict. leg si ex toto. 8. ff de legat. 1.

Neque huic obest *l. si ita esset. 7. & l. fin. in princ.* 17
ff. de aur. & arg. leg. ubi dicitur, in hoc legato: *ve-*
stem meam, argentum meum lego. id legatum videri,
quod testamenti tempore fuisset. *Loquuntur* ete-
nim in legato generali rerum, & dicunt, quòd res su-
pervenientes, per se & æquè principaliter subsistentes,

 lega-

legato non cedant. Secus, si accederent accessoriè ad res tempore testamenti existentes, & unum ac idem cum illis fierent: quia tunc cederent rebus legatis, & per consequens in legato includerentur. *l. cùm aurum.* 19. (*aliàs l. etsi non sunt.*) §. *ult. l. si quando.* 29. *ff. eod. t. de aur. & arg. leg.* Atque ita, *post Alber. Brun. in tract. de augmento & diminut. conclus.* 15. illud declarat *Carolus Molin. in consuetud. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num.* 18. *& latiùs Didacus Covarruv. in libro practicar. quæst. cap.* 2. *num.* 2.

§. *Si peculium.* 20.

Si peculium legatum fuerit: sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quòd si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid servus acquisierit: Julianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit: omne, quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab aditâ hereditate cedit. Sed si extraneo peculium legatum fuerit: non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur: & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cùm rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.

SUMMARIA.

1 *Peculium unde dicatur, & quid sit.*
2 *Peculio legato, quicquid ei accedit, vel decedit, vivo testatore, legatario lucro aut damno est.*
3 *Ejusque ratio.*
4 *Si quid peculio legato post mortem testatoris accedat, distinguitur.*
5 *Ratio hujus distinctionis.*
6 *Quando dies legatorum cedere dicatur.*
7 *Tria tempora in testamentis spectantur: testamenti, mortis & aditionis.*
8 *Peculium quibus ex rebus augeatur.*
9 *An peculium sequatur servum manumissum, distinctione expeditur.*
10 *Ratio hujus distinctionis sive discriminis.*
11 *Legato peculii non continetur id, quod dominus servo debet.*
12 *Cur servus, cui peculium legatum est, non possit repetere ab herede domini, quod in ejusdem res impendit.*
13 *Servo, qui rationibus reliquisq; redditis liber esse jussus est, peculium legatum præsumitur.*
14 *Hujus præsumptionis ratio.*

De peculio duo præcipuè capita hic adferuntur. Prius est, de peculio legato, ejusque augmento & decremento, sive diminutione; alterum est, de peculio, an servum manumissum sequatur, *de quo in*
vers. peculium autem, &c. Est autem peculium à pu- 1
sillâ pecuniâ, vel pusillo patrimonio appellatum: &
significat modicum illud, quod servi frugalitate &
parsimoniâ suâ sibi paraverant, vel donari sibi meruerant,
permissuque domini separatum à dominicis rationibus
habebant. *l. depositi.* 5. §. *penult. & ult. l. peculium & ex eo.* 39. *ff. de peculio.* Cæterùm de priore 2
capite ait Imperator: si peculium fuerit legatum, quicquid
ei accedit, vel decedit, vivo testatore, id sine dubio,
id est, sine ullâ distinctione, spectare ad legatarium.
Ratio hujus est facilis: quia peculium est simi- 3
le homini, & perindè nascitur, crescit, decrescit, & moritur.
l. peculium nascitur. 40. *ff. dict. tit. de pecul.*
Quare ut hominis servi incrementum & decrementũ
pertinet ad legatarium; ita & peculii *l. deniq.* 8. §. *ult.*
ff. de pecul. legat. Quòd si post mortem testatoris, 4
ante aditam hereditatem peculium fuerit auctum, ut
quia servus aliquid acquisierit: distinctio adhibetur.
Nam vel legatur peculium ipsi servo cum libertate:
vel legatur extraneo. Et illo quidem casu augmentum
ad legatarium; hoc verò casu ad heredem defuncti pertinet.
Quæ distinctio est Juliani, ab Vlpiano 5
allata *in dict. leg. deniq.* 8. §. *ult. ff. eod.* & à Justiniano
hic repetita. Ratio hujus distinctionis sive differentiæ
est voluntas testatoris, quam conjicimus talem esse,
ut priore casu augmentum ad legatarium; posteriore
ad heredem pertinere voluisse videatur. Quid
ita? quia priore casu, id est, peculium ipsi servo legans,
videtur id tanquam patrimoniũ ei relinquere, ut quàm
plenissimum ad eundem perveniat. *dict. l.* 8. §. *ult. ad finem.*
Addit quidem & Imperator hic rationem istius
differentiæ, in verbis: *quia hujus legati dies, &c.* Sed 6
hæc ratio à cessione diei, non est satis propria: ut illa à
conjectura voluntatis sumpta. Cedere autem dies legati
dicitur, cùm ad heredem transferri potest. *l.* 3. *ff.*
quando dies legator. vel fideicomm. ced. Et sanè tria 7
tempora sunt, quæ in testamentis & legatis spectari
solent: testamenti, mortis, & aditionis. §. *in extraneis.*
4. *supr. de hered. qualit. & different.* Jam in hac quæstione,
quando dies legatorum cedat, spectatur tempus
mortis: exceptis legatis libertatis, usus, ususfructûs,
& habitationis: quorum dies cedit à tempore
aditæ hæreditatis, *l.* 2. *& l. nam cùm libertas.* 8. *ff.*
quand. dies legator. &c. Et hoc est, quod hic ait Imperator:
quia hujus legati, id est, legati libertatis cum
peculio, dies ab hereditate cedit. Quasi dicat: aliorum
legatorum dies, non ab adita hereditate cedit, sed à
morte testatoris. *l. unic.* §. 1. *&* §. *in novissimo. cum* §.
seq. C. de caduc. tollend. pulchrè hîc Iohan. Bercholt.
Giphanius, Schilbock. Vultejus & Mynsingerus num.
5 Idque procedit in legatis purè, vel in certum diem
relictis. Nam conditionalia, vel in diem incertum relicta
legata, non cedunt, sive deberi incipiunt, adeoq;
ad heredes transmitti nequeunt: nisi conditione, vel
die adveniente. *l. si dies.* at *l. cùm illud.* 25. *ff. quand.*
dies legat. ced. dict. l. unic. §. *sin autem.* 7. *C. de caduc.*
tollend. Angel. hîc num. 2. *Schneidevvin. num.* 7. *&*
Heig. num. 7. *& seq.*

Porrò de peculio notandum est: id augeri vel ex 8

ipsis

ipsis rebus peculiaribus, id est, quæ sunt in peculio, puta ex partu ancillarum, fœtuve pecorum: vel augeri ex iis rebus, quæ non sunt in peculio, ut ex operis servi, ex quæstu ejus, ex donationibus & legatis. Atque in hoc duplici augmento differentia indicatur: quòd prius augmentum cedat legatario, etiam extraneo: posterius non item, sed ad heredem pertineat, *hoc §. nostro. vers. nisi ex rebus peculiaribus, &c. dict. l. deniq. 8. § fin. vers. sic tamen, &c. ff. de pecul. leg.* Differentiæ hujus ratio evidens est: quia quod ex ipso peculio venit, & proficiscitur, æquum est, ut ei detur, cui legatum est peculium, *arg. §. item ea, quæ ex animalib. 19. f. de rerum divis. §. 1. & §. de iis autem servis. 4 supr. per quas pers. cuique acquirit. l. 3. §. 2. ff. de rei vindicat.* Et hæc de primo hujus §. capite, nempe de peculii legati augmento & diminutione.

9 Alterum caput quod attinet, nimirum utrùm peculium sequatur servum manumissum. de eo hic *in vers. peculium autem, &c.* distinguit Justinianus Imperator inter manumissionem, quæ fit testamento, & quæ fit inter vivos: & ostendit, hoc casu tacitè peculium sequi manumissum; illo non item. *l. unic. C. de pecul. ejus, qui libertat. mer. l. 1. §. sed ne circa. C. de communi servo manumiss. l. si Sticho. 53. ff. de pe-*

10 *culio.* Ratio hujus discriminis hæc vulgò assignatur: quòd vivi manumissoris major esse videatur erga servum affectio, utpote cui ultrò tribuit summum libertatis beneficium, cùm ejus operis uti diutius possit. Quare non temerè intelligitur summam suam liberalitatem velle deformare ademptione peculii. Quod si adimere voluisset, vel verbo indicare potuisset. At non eadem est manumittentis testatoris erga servum gratia: & in ipso propter imminentem mortem oblivio præsumitur: sæpissimeque contingit, ut post testamentum factum quis nec velle, nec nolle possit. Rectè ergò hoc casu tacita peculii concessio argui nequit. *Accurs. in dict. leg. unic. C. de pecul. ejus, qui libert. mer. Balduinus, Hotomanus, Mynsingerus, Schneidewvinus, Heigius, & alii hic in d. vers. peculium autem, &c.* Aliam differentiæ rationem inter manumissos testamento, & inter vivos, reddit Jacobus Cujacius *in paratit. ad d. leg. unic. Cod. de pecul. ejus, qui libert. meruit. in fine*: quia scilicet inter vivos manumittens, neque alii dat peculium, neque sibi retinet: in testamento manumittens, peculium cum universo jure heredi dedisse videtur. *Cujacium refert & sequitur Rittershusius hic pag. 303.*

11 Subjicit præterea hic Imperator, *in vers. iidem rescripserunt, peculio, &c.* servo alicui peculio legato, non id relictum intelligi, ut is petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit, hoc est, legato peculii non videri contineri id, quod do-

12 minus servo manumisso debet. Ratio hujus conjecturæ est: tum quia non creditur testator id à se repeti voluisse: ideòque nec ab herede: tum quia servus à domino accipiens maximum beneficium libertatis unà cum peculio, non debet in dominum aut ejus heredem tam esse malignus, impudens & illiberalis, ut etiam ea, quæ in res domini impenderit, repetat. *l. si peculium. 6. §. sicut autem 4. ff. de pecul. legato.* Hujus tamen exceptio quædam extat *in l. dominus. 23. §. 1. ff. eod.* nimirum si non servus, sed ipse dominus aliquid de suo hoc nomine erogare sit solitus. Hoc etenim casu servus legatarius id ab herede repetere poterit, notante Rittershusio *hic pag. 303. sub fine.*

Tandemque & hoc additur, *in fine hujus §.* servo, 13 qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est, legatum peculium videri. Hujus præsumptionis seu conjecturæ ratio est: partim, quia servus reliqua solvere non potest, nisi ex ipso peculio, cùm nihil præterea habeat: partim, quia cùm dominus jubet reliqua ex peculio inferre, videtur tacitè quædam tantùm ex peculio petere, & cætera servo permittere ac donare. *argument. dict. l. denique. 8. §. interdum. 7. ff. de pecul. leg. & l. quæsitum. 12. §. idem respondit. 43 vers. nam qui hac. ff. de instructo vel instrum. legat. Griphanius & Wesenbec. hic num. 2.*

§. Tam autem corporales. 21.

Tam autem corporales res legari possunt, quàm incorporales. Et ideò quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet: nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet: *damnas esto heres meus domum illius reficere:* vel *illum ære alieno liberare.*

SVMMARIA.

1 *Res tam corporales, quàm incorporales legari possunt.*
2 *Cur hereditas legari nequeat.*
3 *Portio hereditatis rectè legatur.*
4 *Nomen aut debitum, quod testatori debetur, legatum legatarius exigere potest, actionibus sibi ab herede præstitis.*
5 *Quare heres actiones legatario præstare vel cedere teneatur.*
6 *An & quatenus legatum extinguatur, si testator ipse debitum, quod legavit, exigat.*
7 *Legatis bonis mobilibus omnibus, quæ in domo continentur, nullo excepto: nomina tamen debitorum eo legato non comprehenduntur: nisi testator aliud sensisse probetur.*
8 *Quatenus ususfructus omnium bonorum legari possit.*
9 *Testator pro parte testatus, pro parte intestatus decedere nequit.*
10 *Testatoris dispositio quomodo in dubio sit interpretanda.*
11 *Ususfructu omnium bonorum legato, an & quatenus ususfructus quoque nominum debitorum legatus intelligatur.*
12 *Calendarium quid sit.*
13 *Nomina & jura tertiam quandam bonorum speciem, à mobilibus & immobilib. diversam, constituunt.*
14 *An ususfructu bonorum simpliciter legato, rerum etiam venalium ususfructus relictus censeatur.*
15 *Quando testator bona vel res suas legat: ejusmodi legato res venales non continentur.*
16 *Pinelli opinio refutatur.*
17 *Ususfructu bonorum legato omnia comprehenduntur, quæ sunt in substantiâ testatoris.*
18 *Venalia non continentur, si testator usumfructum rerum omnium, quas in domo habet, legaverit.*
19 *Argumentum à contrario sensu quando non valeat.*
20 *Si testator leget alicui usumfructum pro indigentiâ seu necessitate suâ: his verbis non ususfructus, sed solus usus relictus præsumitur.*
21 *Limitata causa limitatum producit effectum.*

22 *Solus usus relictus censetur, si testator usumfructum domûs, causâ habitandi, legavit.*
23 *Vtrum ususfructus omnium bonorum uxori relictus, liberis heredibus institutis, ad alimenta tantummodo sit restringendus.*
24 *Sententia Novell. 18. cap. 3.*
25 *Explicatur l. uxori. 37. ff. de usu & usufruct. leg.*
26 *Nullus affectus paternum vincit.*
27 *In claris non locus est conjecturis.*
28 *A proprietate sermonis quando recedendum. & n. 39.*
29 *Testator relinquens legatario usumfructum, & gravans heredem annuis legatis, solum usum legatario concedere videtur.*
30 *Num testator, qui usumfructum alicui legavit, & eidem custodiendi facultatem ademit, solum usum, an verò usumfructum reliquisse censeatur.*
31 *Voluntas testatoris ita intelligi debet, ut verba sonant.*
32 *Cum verba testatoris sunt clara, non est nodus in scirpo quærendus.*
33 *Dominii effectus quis.*
34 *Si testator alicui legat usumfructum domûs suæ, eâ conditione, ut in illâ domo heredi sui virtutem altiùs non tollendi constituat: hisce verbis plenam proprietatem reliquisse existimatur.*
35 *Examinatur l. Proculus. 19. ff. de usufr. & sub n. 42.*
36 *Res sua nemini servit.*
37 *Verbum Insula quid comprehendat.*
38 *An eo casu, quo testator legat alicui usumfructum rei suæ, adjecto onere, ne legatarius alienandi potestatem habeat, plena proprietas legata intelligatur.*
39 *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est, aliter sensisse testatorem.*
40 *Testator nimis heredem gravare voluisse, non præsumitur. & num. 48.*
41 *Non necessaria verborum multiplicatio, substantiam rerum non mutat.*
42 *Verba testatoris non debent esse superflua, & sine effectu.*
43 *Si testator leget alicui usumfructum fundi, concessâ simul potestate alienandi; num usumfructum duntaxat, an verò proprietatem quoque relinquere præsumatur.*
44 *Alienandi facultas usufructuario non competit.*
45 *Pactum, deposito adjectum, substantiam depositi non tollit.*
46 *Quatenus is, qui dominus rei non est, facultatem alienandi habeat.*
47 *Ecquid testator, qui usumfructum legavit prædii, quod voluit ab ipso legatario post mortem suam alteri restitui, plenam proprietatem, an usumfructum saltem legasse putetur.*
48 *In dubio interpretatio pro herede facienda.*
49 *Favore alicujus receptum, in odium ejusdem non retorquendum.*
50 *Discutitur l. ult. ff. de usufruct. ear. rer. &c.*
51 *Qui vult unum, censetur simul omnia velle, sine quibus ad id pervenire nequit.*
52 *Testator, quando usumfructum bonorum suorum alicui reliquit, datâ simul facultate instituendi heredem post mortem suam in bonis illis, plenam proprietatem relinquere voluisse creditur.*
53 *Nemo potest transferre dominium, quod non habet.*
54 *Omnis dispositio in dubio sic interpretanda est, ut valeat potiùs, quàm pereat.*
55 *Alteri in rebus suis heredem facere nemo potest.*
56 *Testator legans alicui fundum ad utendum & fruendum, ipsam proprietatem relinquere præsumitur.*
57 *Conditio in favorem legatarii adjecta, legatum restringere non debet.*
58 *Intellectus l. si habitatio. 10. §. 2. ff. de usu & habit.*
59 *Legatum ita relictum: lego prædium Titio ad utendum & fruendum: an mortuo Titio, ad heredes ejus transmittatur.*
60 *Ad tempus permissum, censetur post illud tempus prohibitum.*
61 *Quando testator fundum alicui legat hac conditione, ut legatarius cautionem præstet de bene utendo: hoc casu testator usumfructum solummodo fundi legasse existimatur.*
62 *Omnis dispositio sic debet accipi, ut absurdum evitetur.*
63 *Absurditatis fugiendæ gratiâ, à verborum proprietate receditur.*
64 *Quilibet rei suæ moderator & arbiter.*
65 *Si testator fundum leget personæ, quæ proprietatis non est capax; tantùm usumfructum relinquere præsumitur.*
66 *Legatum intelligitur factum secundùm conditionem personæ, cui relictum est.*
67 *Testator in dubio actum ita gerere censetur, prout de jure valere potest: an item, & quatenus testator in bonis liberorum patri usumfructum adimere valeat, &c. remissivè.*
68 *Facta validè legari queunt.*
69 *Non solùm res, sed & facta in obligationem veniunt.*
70 *An heres, si unus duntaxat sit, præcisè ad factum cogi possit, nec interesse præstando liberetur.*
71 *Reipublicæ interest, testamenta suum sortiri exitum.*
72 *Vt dispositiones legales præcisæ sunt, ita & testamentariæ, quæ iis comparantur.*
73 *Pluribus heredibus existentibus, quilibet in solidum ad factum tenetur, &c.*

DOcet in hoc §. Justinianus: non solùm res cor- 1
porales, sed etiam incorporales legari posse. Idem
ait Vlpianus *in l. cætera. 41. in princ. ff. de legat. 1.* le-
gari scilicet posse corpora, & jura, & servitutes: quæ
sunt res incorporales, ut & obligationes sive nomina,
vulgò debita. §. *incorporales. 2. I. de rebus corporal. &*
incorporal. Idem quoque tradit Julius Paulus. *lib. 3.*
recept. sentent. tit. 6. §. finendi modo, &c. Eoque perti-
nent tituli Pand. *De usu, & usufructu, & habitat. leg.*
& de servitute legatâ. Hereditas tamen legari non 2
potest: propterea quòd in legato tantùm lucri ha-
beatur ratio, nulla damni: in hereditate, utriusque.
l. si hereditatem. 32. ff. mandati. & dictum in §. 1.
sup. hoc tit. Tametsi portionem hereditatis legari pos- 3
se, non obscuri sit juris. *l. cùm ex filio. 39. in princ. ff. de*
vulg. & pup. substit. l. mulier. 22. §. ult. ff. ad Senatus-
consultum Trebellian. Vlpian. in fragment. tit. 24. de
legat. § sicut singula, &c. Planè, cui testator, quod 4
sibi ab altero debebatur, legavit (fortè his aut simili-
bus verbis: *Centum, quæ mihi Titius debet, heres*
meus Sempronio dato) ei heres actionem mandare,
præstare sive cedere debebit. *l. si sic legatum. 75. §. 2. in*
fin. l. non quocunque. 82. §. qui Cajum. 5. leg. legatum.
105. ff. de legat. 1. l. qui duos. 13. ff. de legat. 2. & hic in
verb. ut actiones suas heres legatario præstet. Ex qui-
bus locis patescit; quòd heres huic legatario non rem
sive quantitatem ipsam, quæ debetur, præstare coga-
tur: sed cedendo tantùm actiones, liberetur. Ratio 5
autem, cur legatarius ipse non habeat actiones, sed he-
res eas ipsi præstare vel cedere cogatur actione ex te-
stamento, hæc est: quia actionum jura omnia heredi,
& in heredem competunt & transferuntur. §. *restitu-*
ta. 3. cum §. seq. infr. de fideicommissar. hereditatib.
Consequitur porro legatarius ex isthac cessione actio-
nes directas: siquidem sine cessione utiles tantùm
habet. *l. ex legato. 18. C. hoc tit.* Est enim hoc gene-
rale & perpetuum in jure, ut ex cessione competant
alicui actiones directæ, sine cessione utiles. *l. 1. & l. 2.*
C. de obligat. & actionib. l. emptor. 5. C. de here-
ditate vel act. vendit. & notat Rittershusius hic
pag 304.
Enimverò si post testamentum factum testator ipse 6
nomen, vel debitum, quod legaverat, exigat: lega-
tum

tum extinguitur *hoc §. nostre. verf. nisi exegerit dict. l. si sic legatum. 75. §. 2. verf. & si vivus. ff. de legat. 1. l. fideicommissa. 11. §. ergò. 13. ff. de leg. 3.* Ejusque ratio est: quia exactâ & solutâ pecuniâ, nullum amplius est debitum. At hoc legatum esse non potest, nisi debitor sit, qui debeat. *dict. l. 75. §. 1. & 2. ff. de legat. 1.* Quod tamen non obtinet, si alia mens testatoris appareat: veluti si exactam pecuniam pro deposito habuerit, maximè à debitore ultrò oblatam, *dict. l. fideicommissa. 11. §. ergò. 13. ff. de legat 3.* item si condemnari quidem debitorem siverit, non verò pecuniam exegerit: aut si bona testatori in solutum data sint, non tamen ab eodem alienata. His, & similibus casibus legatum firmum permanet. *l. nepoti. 6. circa finem. ff. de instructo, vel instr. leg. Baldus in l. qui post testamentum. 3. numer. 8 & 12. C. de legat. Roman. consil. 229 nu. 3 Mantica in tractat. de conjectur. ultimar. voluntat. libr. 12. tit. 2. num. 19. & seqq.*

7 Porrò circa hoc nominis legatum notandum est: si quis alicui bona sua mobilia, & omnia ea, quæ in domo continentur, nullo inde excepto, legaverit; nomina tamen debitorum eo legato non comprehendi: nisi aliud sensisse testatorem, legatarius probet. *l. Cajus. 86. in princ. ff. de legat. 2. l. quæsitum. 78. §. 1. ff. de legat. 3. & l quæsitum. 12. §. Papinianus quoque. 45. ff. de instructo, vel instr. leg. Peck. in tractat. de testament. conjug. lib 6. cap. 27. numer. 2. Iacob. Thomin. quæst. illust. decis. 22. Hartman. Pistor. lib. 1. quæstionum jur. q. 26. Arius Pinel. ad Rubric. C. de bon. mat. part. 1. num. 10 & seqq.*

8 Sed & de ususfructûs, utpote rei incorporalis, legato nonnulla hic explicare & cognoscere operæpretiũ est. Et sanè testatorem alicui non modò rerum particularium, sed omnium etiam bonorum usumfructum, instituto simul quodam purè herede, validè legare posse, minimè ambigitur. *l. omnium bonorum. 29. ff. de usufr. & quemadm. quis utat. Vlpianus in fragment. dict. tit. 24. §. usumfructum. &c.* Verùm si testator Titio omnium bonorum suorum usumfructum leget, & Sempronium non purè, sed post mortem demum Titii usufructuarii heredem instituat, valdè controversum est: an hoc legatum valeat, jureque subsistat? Etenim non subsistere, censuerunt *Dinus consil. 3. Ioannes Andrea in specul. tit. de pignoribus. §. ult. Alexander in leg. extraneum. 9. column. ult. C. de heredibus instituendu. & in leg. filius à patre. 28. ff. de liber. & posth &c.* Contrarium autem, quòd nimirum legatum ejusmodi valeat, alii communiter defenderunt, *Bald. Paulus Castrens. & Iason in dict. leg. filius à patre. Ludovicus Romanus consil. 71. Socin. Iun. consil. 183. n 45. vol. 2. Parif. consil. 95. numer. 43 vol. 2. Paulus à Monte Pico in leg. Titia. 34. §. Titia cum nuberet. 7 ff. de legat. 2. quæst. 26. & 59. Covarruvias libr. 2. variarum resolution. cap. 2. num. 5.* Cui sententiæ (quam & ego, utpote veriorem, amplector) plurimùm suffragatur textus. *in l. hereditas. 34. ff. de heredibus instituend. & in §. heres & purè. 9. in fin. supr. dict tit.* ex quibus locis constat; heredem, qui ex die heres institutus est, pro purè instituto haberi: ita ut statim à morte testatoris, hereditatem adire possit; idque propterea, ne testator pro temporis parte testatus, pro parte intestatus decedat. *l. jus nostrum. 7. ff. de regul. jur.* Quocirca in propositâ specie Sempronius, etsi post obitum demum usufructuarii, & sic ex die heres institutus sit: statim tamen à morte testatoris, non expectatâ morte usufructuarii, per aditionem heres efficitur: eaque aditione ususfructus legatus confirmatur. Præterea tempus mortis non censetur à testatore adjectum institutioni, ad infringendam institutionem, vel ne heres statim meto jure succedat: sed quo minùs legatarius in usufructu turbari queat. In dubio namque testatoris dispositio ita interpretanda est: ne ipse viam elegisse ad impugnandum voluntatem suam videatur, *arg l. quærebatur. 19. ff. de testamento milit. l in conditionib. 19. ff. de condit. & demon. Covar. loco supr. notato. Gail libr. 2. observ. 143. num. 4.*

Quoniam verò sub usufructu omnium bonorum, per ultimam voluntatem constituto, omnes res, etiam quæ usu consumuntur, item fructus, reditus, & proventus à testatore relicti comprehenduntur. *arg. l. usufructu legato. 7. l. defuncta. 58. ff. de usufruct. l. 1. ff. de usu & usufruct. legat. l. usufructu bonorum. 69 ff. ad l. Falcid. Aucharr., consil. 3. num. 1.* perspicuum sit, ejusecmodi usufructu omnium bonorum legato, usumfructum quoque nominum debitorum legatum intelligi, *l uxori meæ. 27. ff. de usu & usufruct. leg.* ubi legato usufructu bonorum, reputatur etiam relictum Calendarium; quod est liber rationum, in quo nomina debitorum continentur. *l. qui filium. 64. in princ. ubi Bartolus. ff. de legat. 3. Idem Bartolus in l. ult. num. 5. ff. de usufruct. leg. Corn consil. 187. num. 11. vol. 2. Natta consil. 297. num. 4.* Quod quidem verissimum est, quando simpliciter bonorum ususfructus est relictus. Aliter autem se res habet, quando testator legaverit hisce verbis: *Titio bonorum meorum* (vel etiam additâ dictione universali, *omnium*) *mobilium, & immobilium usumfructum lego.* Hoc enim casu ususfructus nominum debitorum legatus non existimatur. Ratio manifesta est: quia nomina & jura sive actiones tertiam quandam bonorum speciem, à mobilibus & immobilibus diversam, constituunt. *l. à Divo Pio. 15. §. in venditione. ibiq. Iason ff de re jud. l. quam Tuberonis. 7. §. in peculio. ff. de pecul. l. ult. in princ. ff. de donationibus l. 1. C. de prætorio pignore. Bartolus consil. 50. Parif. consil. 96. numer. 14. Cravet. consil. 300. in fin. Socin. Iun. consil. 115 num 1. & 2. vol. 1. & consil. 79. num. 11. vol. 2. quos refert & probat Mantica in dict. tract. de conject. ult. vol. lib. 9. tit. 6. numer. 4.*

De rebus venalibus, quas testator tanquam mercator habet expositas, mirificè controvertitur: an usufructu bonorum vel rerum simpliciter & indefinitè legato, illarum quoque ususfructus relictus censeatur? Sed eorum ego opinioni, qui sub simplici legato ususfructûs bonorum vel rerum, non comprehendi usumfructum venalium concludunt, ceu veriori & receptiori, subscribendum esse arbitror, *per textum notabilem in l. suos autem servos. 73. §. cum, qui. ... ff. de*

ff. de legat. 3. ubi Vlpianus in hæc verba respondit:
*Eum, qui venaliciariam vitam exercebat, puto suo-
rum numero non facilè contineri velle ejusmodi man-
cipia: nisi videns voluntas fuit etiam de his sentien-
tis. Nam quos quis ideò comparavit, ut illico distra-
heret: mercis magis loco, quàm suorum habuisse cre-
dendus est.* Quibus verbis clarissimè significatur: te-
statorem, qui mancipia sua legavit, non comprehen-
disse hoc legato mancipia, quæ venalia habet: siqui-
dem hæc suorum numero haberi non debrant, utpo-
te quæ statim distracturus est. Hùc quoque multùm
facit. *l pediculis.32.§.idem; cùm quæreretur.ff.de aur.
& argent.leg* ubi testator argentum omne legavit:
nec tamen eo legato argentum, quod negotiandi cau-
15 sâ venale proponi solet, comprehendisse videtur. Ex
quibus legibus hæc conclusio colligitur: quando te-
stator bona vel res suas legat, ejusmodi legato res ve-
nales non contineri: & consequenter ususfructu bo-
norum legato, rerum venalium usumfructum non de-
beri. Ita sentiunt *Philippus Decius in l. 1.n.18. & 24.
ff.de regul.jur & consil.381.n.5.Bellon.consil. 9. num.
7. Carol.Ruin.consil.155.num 9.lib.3. Bald. in Rubric.
n.4. & Iason in l.1 num.1.C.de verborum significat. D.
Collega Halbritterus in Disput. de usufruct. de anno
1593.thes.8 & seq. Hunnius lib. 2. var. resolut. jur.
civ.tract.8 quæst.13. Gomez. in.§ item Serviana 7.
n.19.infr.de actionib. & plures alii congesti à Pinelo
in Rubric. C. de bon. mater. part. 1. num.38.* Quan-
quam ipse, conclusionem contrariam veriorem esse,
contendat *Quod ipsum etiam affirmat Didacus Co-
varruvias lib.2.variar.resolut.cap. 5. numer. 3. vers.
ego contrarium, &c. Molineus in addit. ad Decium in
dict. leg.1.num. 18.ff de reg. jur. & Menochius libr. 4.
de præsumptionibus, præsumpt.137.num.6.*
16 Cæterùm non obstat, quod Pinelus *in dict.Ru-
bric. num. 40. & seq.* astruit: in juribus pro nostrâ
sententiâ modò adductis, testatorem non generaliter
bona vel res suas legasse, sed potius certam speciem
bonorum expressisse: nec mirum esse, si plùs compre-
hendat legatum genrrale, quam legatum certæ bo-
norum speciei, &c. *Nam* facilè refutatur *ex l. omnia.
32. (aliàs l.cùm ita) §. in fideicommisso.ff. de legat.* 2.
ubi regula habetur: Quòd specialis expressio certa-
rum rerum respectu individuorum, sub eâ specie
comprehensorum, plus operrtur, quam generalis ex-
pressio, respectu specierum, sub eo genere comprehen-
sarum. Quare cùm in legato certarum specierum
non comprehendantur res venales, subjectæ huic spe-
ciei: manifestum est, sub legato generali bonorum
res venalrs, à testatore expositas, etiam non contineri.
17 Neque refragatur *l quotiens.34.§. ult. ff.de usufru-
ctu.* ubi Julianus ait: usufructu bonorum legato o-
mnia contineri, quæ sunt in substantiâ testatoris. *Et-
enim* res venales non intelligi in substantiâ testatoris
esse, propterea quòd testator hoc animo venalrs ex-
posuerit, ut illico distraherer, demonstratum est supra
*ex allegatâ l.suos autem servos. 73.§. eum, qui. ff. de
legat.* 3
18 Similiter non adversatur *l.generali.31.§.uxori.ff.de
usu & usufructu.leg.* ibi cùm tradatur, venalia non
comprehendi, si testator usumfructum rerum omni-
um, quas in domo habet, legaverit: inde colligi posse
videtur, si testator simpliciter, sine relatione ad cer-
tum locum leget bona vel res suas; huic legato vena-
lia inesse. *Breviter* enim respondetur: argumentum
istud esse à contrario sensu desumptum: ac proinde
conclusionem nostram, expressis legibus fundatam,
non infirmare. Hoc siquidem argumentum nullius 19
valoris aut momenti esse palam est, ubicunque ei a-
perta lex repugnat: *uti annotatum est ab Everhar-
do à Midelburg. in locis legal. loc. à contrario sensu. n.
4. & seq.*
Persæpè autem usuvenire solet: ut, licèt testator
verbis relinquat alicui usumfructum: à proprietate ta-
men hujus verbi recedendum, & ex præsumptâ testa-
toris mente aliud quippiam, quàm usumfructum le-
gatum fuisse, judicandum sit: veluti, si testator alicui
usumfructum leget pro indigentiâ seu necessitate suâ.
Hoc enim casu non ususfructus, sed solus usus, reli- 20
ctus præsumitur. *Ita consuluit Castrens. consil. 371.
viso puncto suprascripto.col. 1.vers.secunda ratio. vo-
lum.1. Cravett. consil 25. num. 27. Bergnin. Caval-
can.in tractat. de usufruct. mulieri relicto. n. 21. &
Hieron. Gabriel.consil.108.n.29.48. & 49. lib. 2* Ra- 21
tio hujus præsumptionis est perspicua: quia limitata
causa, limitatum producit effectum. *l in agris. 16. ff.
de acquir.rer.dom.* Quare cùm testator legato usus-
fructùs hanc causam, eamque limitatam adjecerit,
quòd pro indigentiâ saltem & necessitate illum relin-
quat, eaque causa usui conveniat: conjicimus inde, te-
statorem non usumfructum, sed usum tantummodò
relinquere voluisse. Hinc & illud est: si testator le- 22
gavit usumfructum domùs, causâ habitandi: quòd
solus usus, & non ususfructus, quo ad mentem testa-
toris, relictus censeatur, *arg.l.si habitatio. 10 §. 1. ff.
de usu & habitat. Gabriel. dict.consil. 108.n.37.lib.2.
quem sequitur Menochius in tract. de præsumpt. lib.
4. præsump. 135. numer. 8.*
Celebris hìc & ardua occurrit disceptatio, quæ ver- 23
satur circa usumfructum omnium bonorum uxori
relictum, liberis heredibus institutis; utrùm is ad ali-
menta tantùm restringatur? Et quamvis communis
(à qua non facilè in judicando recedi debet) sit Do-
ctorum opinio: testatorem, si libros heredes insti-
tuit, & uxori suæ usumfructum omnium bonorum
legavit, non præsumi usumfructum, sed alimenta tan-
tùm ex bonis suis uxori reliquisse; *ut copiosè & infi-
nitis ferè auctoritatibus confirmat Antonius Gabrie-
lius libr. 5. commun. conclus. tit. de usufr. conclus. 2.
Mantica in prædicto tractatu de conjectur.ult.vol.lib.
9.tit.7. Simon de Prat.de interpretat. ultimar. volunt.
lib.4.dubitat. 10. n. 45 & seqq. Menoch. dict. lib. 4.
præsumpt.139.num.8. Langlois decis.4.quæst.3 num.21
fol. 49. & Gail. lib. 2. observat. 144. numer. 2. cum
seqq.* eorum tamen sententiam, qui in propositâ spe-
cie usumfructum bonorum uxori deberi, nec ad ali-
menta duntaxat legatum isthoc restringendum esse
existimat, veritati juris magis esse consentaneam reor.
Nam præterquam quòd id satis evincitur ex ipsâ na-
turâ & significatione verbi, *ususfructus*; qui, ut ad
alimen-

alimenta tantùm referri debeat, nullibi expressū aut
24 traditum reperitur:idem etiam diluciđè perspicitur *ex Nov. 18.cap.3.*ubi Imperator Justinianus eos patres graviter reprehendit,qui uxori rerū suarum usumfructū relinquunt, sicque filiis suis alimenta auferunt: & prohibet deinceps relinqui: quia vult, legitimæ portionis proprietatem simul,&usumfructū ad filios pertinere. Quâ sanè reprehensione & querelâ minimè erat opus, si non ususfructus, sed tantùm alimenta
25 uxori debeantur. His accedit textus, à nemine consideratus, *in l uxori meæ.37.ff.de usu&usufruct.leg.* ubi nō solùm filia heres instituta,sed etiā uxori ususfructus omnium bonorum legatus fuit: & respondetur; uxori,quam testator, filiâ herede institutâ, usufructu omnium bonorum honoraverit, omnium rerum particularium usumfructum deberi. Proinde ex hac l. plusquam manifestum evadit: quòd ad uxorem,cui ususfructus omnium bonorum legatus est,liberis heredibus institutis,non alimenta tantùm,sed omnium rerum ususfructus jure pertineat. Ideò autem diximus,in specie illius legis filiam heredem fuisse institutam: quia non proponitur,ipsam exheredatam fuisse: & abundè colligitur,eam testatori fuisse charissimam, utpote qui in ejusdem l. specie disposuit: ut post annos octodecim impletos, ususfructus ab uxore ad eam reverteretur. Sed neque præteritam fuisse, ex eo constat: quòd testamentum firmum remansit. Etenim si præterita fuisset: testamentū ipso jure statim corruisset,ut nihil ex eo deberi potuerit, *per princ.t.f. de exhered.liber.l.si filius.7 l.inter cætera.30. ff. de liberis & posth.l. 1. ff de injust. rupt.irrit. facto testam. l.si quis.16.in fine.ff.de vulg.& pup substit. l.omnimodo.30.§ 1.C.de inoff.testam.l.ult.circa finem. C. de liber.præterit.* Præterea nostræ sententiæ haud obscuri nominis Auctores astipulantur, *Odofredus, Baldus, & Salicetus in auth.hoc locum.C.si secundo nupf.mulier. Specul.in tit. Qui filii sint legitimi.§.1.verſ. quid si quis ita dicit.Riminald.jun.conſ. 456.num.11. lib. 3. Ruin.consil.39.num 1.libr.2.& Fachin.lib.5. controverſ.jur.cap.47.*

26 Nec quicquam huic ita firmatæ assertioni decerpit,quod ex adverso dicitur: patrem præsumi liberis potiùs consulere voluisse, quàm uxori: cùm nullus affectus paternum vincat. *l.ult.in pr. C. de curat. furioſ.* & ex naturali ratione,communique voto parentum,liberis successio debeatur. *l.scripto.7.in fin.ff. unde liberi.l.nam etsi. 15.ff.de inoffic.testam.l.cùm ratio.*
27 *7.ff.de bonis damnator.* Etenim in claris non locus est ullis conjecturis. *l.ille aut ille.25.in fine.ff.de legat. 3. l. continuus. 137.§. cùm ita stipulatus. in fin. & l. eum,qui.138. in fine. ff. de verborum obligat. Angel. consil.395.n.3. Roman.præd. conſ. 71.n.6.* Ast in præsenti themate clarissimum est; testatorem voluisse uxori suæ legare usumfructum. Non ergo conjecturâ illa paterni affectûs sive amoris quispiam Induci & commoveri debet,ut contra manifestissimam testatoris voluntatem respondeat, usumfructum liberis heredibus institutis,& non uxori deberi: præsertim cùm præsumptio isthæc paterni amoris, quatenus ad hanc speciem accommodatur, non sit legis, sed hominis. Nulla etenim lege expressum est; quòd testator, qui liberos heredes instituit, relicto uxori suæ bonorum usufructu,ob vim paterni amoris,contra evidentissima verba testamenti,alimenta tantùm uxori dare censeatur. Hoc verò legibus disertè cautum est: non aliter à significatione verborum,& proprietate sermonis 28
recedi oportere, quàm cùm manifestissimè probatur, aliud sensisse testatorem. *l.non aliter.69. ff. de leg 3. l. Titia.34 §.Cujus.in fin ff.de legat.2.l. generali.32.§. duas.in fin.ff.de usu,& usufruct.leg.l.ult.in princ.ff.de dote præleg.cum similibus.* Neque etiam movet,quod de inopia liberorum, à dissentientibus affertur. Nec enim in eo versamur casu, ubi liberi heredes instituti sunt. Vnde intelligitur, proprietatem omnium bonorum hereditariorum, usufructu detracto, ad illos pertinere; quam pro suo arbitrio alienare, suæq; inopiæ consulere poterunt. Adhæc, licèt pater omnium bonorum usumfructum uxori reliquerit: non tamen liberos in sua legitima, cujus & proprietas & ususfructus ad eos spectat, gravare potuit. *l. quoniam.32.& l. scimus.36.C.de inoffic. testamento.*

Superioribus conjecturis,ex quibus apparet, testatorem,qui verbotenus usumfructum legavit,tantummodò usum concedere sive relinquere voluisse, & 29
hæc addenda est: quando videlicet testator reliquit legatario usumfructum,& jam gravavit heredem annuis legatis. Hoc sanè casu conjicimus: testatorem voluisse isti legatario relinquere solum usum. *Ita tenet Hieronymus Gabriel.præallegato consil. 108. n.25. lib.2.eumq; secutus Menochius dict. lib. 4. præsumpt. 135.n.6.* Hæc autem testatoris voluntas ex eo colligitur; quòd annua legata ab herede præstari nequeant, fructibus rerum hereditariarum eidem ablatis. Quare cùm testator singulis annis certam ab herede quantitatem præstari jusserit: non videtur in legato subsequenti usumfructum, sed usum tantummodò relinquere voluisse. Alias enim dispositio prior de annuis legatis,ab herede præstandis, illusoria redderetur, *cōtra leg.si quando.109.in princ.ff.de legat.1.* ubi notatur, eam in ultimis voluntatibus recipiendam esse interpretationem,quâ testatoris ordinatio non redditur elusoria. *Ita respondit Cravett.consil 25.n.7.consil.131.n.25.& consil.175.n 3.*

Insuper & illa species à Doctoribus proponitur, in 30
qua testator verbis usumfructum rei legando, censetur usum duntaxat contra verbi significationem reliquisse: quando nimirum testator uni usumfructum reliquit: deinde illius rei custodiam alteri committit. *Ita tradiderunt Paulus Castrenſ. consil. 416. lib. 2. Cravett.dict consil.25. n. 28. Petrus Peckius in dict. tract. de testament.conjug. libr.5.cap.9.num.1.& Cavalcan.in dict tractat. de usufruct. mulieri relicto. n. 20.verſ.tertiò amplia,&c. quos omnes commemorat & sequitur Menochius prædict.à præsumption.135.n.2.* Sed etsi traditio isthæc recepta sit: verosimilius tamen esse crediderim; testatorem, qui usumfructum alicui legavit,quamvis eidem custodiendi facultatem ademerit,non solum usum,sed verum usumfructū reliquisse. Verba siquidem testatoris, satis manifesta & clara, ostendunt; in proposita specie non usum duntaxat,

taxat, sed usumfructum esse relictum. Et certè vo-
luntas testatoris ita debet intelligi, ut verba sonant, al-
31 legatâ leg. ille aut ille. 15. in fin. ff. de legat. 3. cum con-
cordantibus superiùs allegatis. Bartolus in dict. Auth.
hoc locum. num 10. C. si secundo nupser. mulier. Corn.
consil. 48. num. 4 vol. 3. & cùm verba testatoris sunt
clara, non est nodus quærendus in scirpo, inquit Al-
32 ciatus consil. 8. num. 6. lib. 1. eumq; citans Mantica in
dict. tractat. de conjectur. ultimar. volunt. lib. 3. num.
4. ubi hac de re plura cumulat. Nec movet in con-
trarium: quòd ei, cui usumfructum legavit, custodi-
endi facultatem testator detraxerit, & alii demanda
verit. Custodia enim saltem effectus est ususfructùs.
l. 1. in fine. cum l. seq. ff. usufructuar. quemadmodum
caveat. nec illâ remora, contra apertissima testatoris
verba conjicere possumus: usumfructum non esse
concessum. Nam & proprietatis sive dominii effe-
ctus est, ut possit alienari. arg. l. in re mandata. at. C.
mandati. & tamen si testator rem mihi legat, prohi-
33 bita alienandi facultate, nihilominus adhuc veram
proprietatem mihi legasse putatur. l. cum pater. 77.
§. libertis. 27. ff. de legat 2. l. pater filium. 38. §. fundum.
3. ff. de legat. 3.

Explicati hactenus sunt aliquot casus, quibus à ver-
bis testatoris usumfructum legantis, ob contrariam
ejus voluntatem, receditur: ut usus tantùm vel ali-
menta relicta esse judicentur: sicque minùs, quàm
verborum importat proprietas, legatum esse censea-
tur. Nunc ex adverso casus sunt memorandi, quibus
testator, qui verbotenus usumfructum legavit, con-
tra verbi significationem plus legasse, & non solùm
usumfructum, sed plenum dominium reliquisse præ-
sumitur: veluti si alicui legat usumfructum domûs
suæ, eâ conditione, ut in illa domo heredi servitutem
34 altiùs non tollendi constituat. Hoc sanè casu testa-
tor, qui usumfructum domûs se legare dixit, plenam
ejus proprietatem reliquisse existimatur, per textum
in l. Proculus. 19. ff. de usufruct. & quemad. quis utat.
ubi non obscurè traditur: testatorem, qui legavit u-
sumfructum insulæ ea conditione, ut huic servitus al-
tiùs non tollendi, in gratiam heredis vicinas ædes he-
reditarias habentis, imponatur, plenam proprietatem
35 reliquisse videri. Ratio autem, cur in specie istius le-
gis proprietas insulæ sive ædium, contra verbi signi-
ficationem relicta intelligatur, in promptu est: quia
testator voluit, ut in insula vel ædibus, quarum usum-
fructum se legare dixit, servitus altius non tollendi à
legatario constitueretur heredi, vicinas ædes heredi-
tarias habenti. Ex quo abundè innotescit; eundem
testatorem noluisse heredem ædium istarum, in qui-
bus ipsi servitus constituenda erat, dominum esse.
36 Rem enim suā nemini servire, exploratū est l. usufruct.
5. in princip. ff. si ususfruct. petet. l. in re communi. 26.
ff. de servitut. præd. urbanor. l. cùm essent. 33. in fine. ff.
de servit. prædior. rusticorum. Cùm itaque proprie-
tas ædium ad heredem non spectet: ex tacita volun-
tate testatoris colligitur, illam pertinere ad eum, cui
ipse ususfructus est legatus. Hic namque si dominus
istarum ædium non esset, sed usumfructum solum-
modò earum haberet, servitutem eis imponere non
posset, arg. l. si cujus rei. 13. §. fructuarius. 4. cum §§.
& ll. seqq. l. usufructuarius. 44. & l. usufructuarius.
61 ff. de usufruct. Atque ita docent Bartolus, Baldus,
Alberic. Fulg. Angelus, & reliqui Doctores communi-
ter in dict. leg. Proculus. 19. ff. sed Gallianla in leg. cen-
turio 15. n. 465 ff. de vulg & pup. substit. Mantica lib.
9. de conjectur. ultimar. volunt. tit. 5. n. 8. Gail. lib. 2.
observat. 143 num. 7. Ruinus consil. 35. num. 5. lib. 2.
Curtius Iunior consil. 72. n. 9. Connanus lib. 4. Com-
mentar. jur. c. 3. in fin. & quidam alii relati à Meno-
chio lib 4. de præsumpt. in tom. 2. præsumpt. 133. n. 2.

Verùm ab hac receptissimâ sententiâ dissentit
Arius Pinelus (quem novè sequitur Fachineus lib. 5.
controvers. jur. c. 43 & D. Bocerus class. 4. Disp. 8. th.
24 ed. 1.) ad leg. 1. part. 3 n. 42. C. de bonis mater. ex-
istimans, nullo verbo significari, in specie dicta legis,
Proculus. proprietatem legatam fuisse. Sed isthæc
Pineli opinio erronea videtur. Apertè enim Pompo-
nius ex Proculi mente scripsit, insulam legari, quan-
do ejus ususfructus hac conditione vel hoc modo le-
gatur: ut usufructuarius in eâ servitutem altiùs non
tollendi heredi, vicinam insulam sive domum haben-
ti, constituat. Verbum autem insula, non nudum & 37
solum usumfructum, sed ipsam insuper proprietatem
sub se comprehendere, verius est. l. si alii fundum. 19.
ff. de usu & usufruct. leg. ubi habetur, quòd is, qui
fundum legavit, proprietatem & usumfructum simul
legasse intelligatur. Vide Ioannem Gars. in tract. de
expens. & melior. c. 10. n. 21. cum seq. & Antonium
Merendam lib. 2. controversiar jur. c. 34. n. 4 pag. 126

Præcedenti casui haud absimilis censetur ille, quan- 38
do testator legat alicui usumfructum rei suæ, adjectâ
conditione seu onere, ne legatarius alienandi potesta-
tem habeat. Etenim hoc quoque casu plenam pro-
prietatem sive dominium legatum præsumi, plerique
tradiderunt, Baldus in præcitatà lege, Proculus 19. ff.
de usufructu Raph Cuman. consil. 121. num 3. Raph.
Fulgos. consil. 13. n. 5. Barbat. consil. 64. colum ult. circa
princip. volum. 2 Socin Sen. consil. 131. num. 15. lib. 1.
Picus in leg. Titia. 34 §. Titia. n. 171. ff. de legat 2. Affli-
ctus in prælud. feuder. num. 128. Alexander in leg. si
constante. 24. in princ. num. 2 ff. solut. matrim. Philip-
pus Corneus consil. 64. n. 2. libr. 4. Franciscus de Cre-
ma. in suis singul. singulari. 26. incip. maritus legavit
usumfructum, &c. Claudius Mermerius in lege, na-
turaliter. 12. §. nihil commune. n. 48 ff. de acquir. vel
amitt. possess. Albert. Brunus in tractat. de diminut.
concl. 6. n. 15. Fernandus Vasq. in tractat. success. creat.
libr. 3. §. 21. tit. de tacità substitut. num. 52. Gratus con-
sil 29. n. 13 lib. 2. Bellonus consil. 6 num. 8. & 11. Ce-
phalus consil. 94. num. 11. lib. 1. Thomas Ferratius in
tractat. cautelar. cautel. 2. n. 1. Alciatus in leg. rectè di-
cimus. 25. n. 5. ff. de verborum significat. & si qui sint
alii, ab iis designati. At licèt traditio hæc tot gravissi-
morum Auctorum suffragiis approbata sit: rectiùs
tamen illi sentiunt, qui in specie propositâ non ple-
nam proprietatem, sed usumfructum duntaxat lega-
tum intelligi, concludunt: Romanus in leg. donatio-
nes. 31. §. species. ff. de donationibus. Cravetta consil.
25. num. 30, vers. ex præmissis, &c. Molinæus in addi-
tion.

tion.ad consilia Alexandri,consil.150.colum.1.lib.7. Cavalcanus in tractat.de usufruct. mulieri relicto. num.77.vers contrarium autem,&c. Pinelus ad dict. leg.1 parte.3.num 43.C de bon.mater. Connanus dict. lib.4. Commentar. cap.3. Mantica praalleg. lib. 9. de conjectur.ultimar.volunt.tit.5.n.9.& 10. Grassus lib. 1.recept.sent.§.legatum. q. 36. num 3 Fachineus dict. lib.5.controversiar jur.cap.44. Forsterus in hoc §.nostro. Disput.14 thes.12. Hœnonius in quest.illustr. Disputat.10.thes. 28. Anton. Merenda. *d.lib.2.contro-*
39 *vers.jur.cap.34.num.4.& aliquot seqq.pag.126* Ratio hujus conclusionis est; tum quia non aliter à significatione verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est, aliter sensisse testatorem, *vulgat à leg. non.*
40 *aliter.69.in princ.ff de legat.3.* Tum quia prohibitio alienationis à testatore ex abundanti fuit adjecta favore heredis; quem ille nimis gravare voluisse non præsumitur, *l.si ita sit adscriptum.14.in fin l.cùm servus.39.§ scio.6.ff.de legat.1.l nummis.75.ff.de legat.3.*
41 Tum etiam, quia non mutat substantiam rerum, non necessaria verborum multiplicatio, *ut disertè Paulus respondit in l.pediculis.32.§. Labeo.ff. de auro & argent, leg.*

42 Non igitur obstat, quod objici solet: verba testatoris non supervacua aut superflua esse debere, & sine effectu. *l. si quando.109.ff.de legat 1. l. fundum instructum.3.ibiq; Bartolus.ff de instructo.vel instrum. leg.* Etenim verba testatoris non censentur esse omninò superfloa, aut nihil operari; si id, quod tacitè inerat, ad omnem dubitationem tollendam exprimant, *arg.l.3 ff.de legat.1. l. qua dubitationis. 81. ff. de regul.jur.l.testamentum. 17.C.de testament. Rolandus à Valle, consil.56. num. 29. volum 3. Cravetta dict.cons.25.num 31.*

Neque obloquitur multoties citata *l.Proculus.19. ff.de usufruct.* Quandoquidem in eâ legatarius, cui ædium ususfructus fuerat legatus, ex probabili voluntatis conjectura proprietatem consequitur, ea ratione: quia si apud heredem proprietas remaneret; conditio ab ipso testatore adjecta, non posset verificari, qua voluit ædibus legatis servitutem imponere, ut altiùs tolli non possent. Nam si proprietas ædium foret ipsius heredis: illa servitus non posset constitui: quoniam res sua nemini servit. *l.in re communi. 26. ff. de servitutibus urbanorum prædior. cum similibus suprà notatis.numer.36.* Proinde ut isthæc servitus, secundùm voluntatem testatoris, constituatur: necessum est, ut proprietas ipsarum ædium in legatarium transferatur. Tunc enim rectè servitus constituitur. *l.& qui duas.34. ff. de servit.urban.prædior. l. duorum.3.& l.si quis duas.6.ff.communia prædior.&c.* At verò hæc ratio non militat, cùm prohibitio alienationis ei facta est, cui ususfructus fundi est legatus: quia (*ut superiùs expositum*) ex hac prohibitione necessariò non sequitur, ut proprietas legata intelligatur; cùm ipsi usufructuario conveniat: quanquam supervacua videatur propterea; quòd, illa etiam non adjecta, futurum erat, ut usufructuarius alienare non posset: quemadmodum in simili proposito dicitur *in l.Cornelius.69 ff.de heredibus instituend.* Atque ita, *post Romanum,* respondet Mantica *loco proximè allegato*

Quid autem dicendum, si testator leget alicui usum 43
fructum fundi, concessa simul alienandi potestate: nunquid usumfructum solummodò, an verò proprietatem quoque, propter adjectam alienandi facultatem, relinquere voluisse censebitur? In hac quæstione etsi communiter Doctores opinantur, plenam proprietatem censeri à testatore relictam; ut longo stylo docuit Menochius *lib. 4. de presumpt in 2. part. prasumpt.133.num. 4.* & Mantica *in dict. tractat. de conjectur.ultimar. volunt. lib 9. tit. 5. num.* 14. ego tamen Socini Senioris sententiam probabiliter contra omnes defendi posse crediderim, qui in hac quoque specie usumfructum tantùm relictum intelligi re-
spondit, *in consil. 131. num. 15. lib.1.* Quamvis enim 44
alienandi facultas usufructuario non competat, nec de natura ususfructûs sit: non tamen substantiæ ejusdem repugnat: rectèque asseritur, alienandi potestatem & usumfructum se invicem compati; adeòque testatorem, qui usumfructum legavit, per concessionem alienationis subsequentem non destruxisse legatum ususfructûs, nec in proprietatem convertisse, *arg.l Lucius.24.l.Publia.26.§.1.& l.si sacculum.29.ff.*
depositi. ubi pactum, quod deposito adjectum est, 45
non tollit substantiam depositi: tametsi notissimos illius limites sive terminos egrediatur & excedat. *Nec movet,* quod à plerisq; objicitur, facultatem alienandi proprietario congruere, & ideò tributâ alienandi facultate usufructuario, proprietatem etiam, tanquam necessarium antecedens, eidem datam intelli-
gi. *Nam respondetur:* proprietatem non esse neces- 46
sarium antecedens alienationis: siquidem & is, qui dominus rei non est, alienandi facultatem habet, si hæc ei à domino permittatur. *§.s.supr.quibus alienare licet, vel non l.non est novum. 46. ff.de acquirend. rer.dom.* ubi eleganter Vlpianus ait: *Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium prabeat. Nam & creditor, pignus vendendo, causam dominii prastat, quam ipse non habuit.* Id quod in proposito contingit. Testator etenim, qui dominus rei est, usufructuario alienandi facultatem concessit: unde fit, ut licèt ipse dominus non sit, alienandi tamen potestatem habeat. Consule omninò Antonium Merendam. *d.lib.2.controvers.jur.cap.34.n.10.cum seqq. ubi utramq; in partem plures citat.*

Hoc loco & illa examinanda venit controversia: 47
utrum testator, qui usumfructum prædii legavit, quod voluit ab ipso legatario post mortem suam alteri restitui, plenam proprietatem, an usumfructum saltem legasse intelligatur? Et quòd testator hoc casu proprietatem unâ cum usufructu legasse videatur, existimavit, *Romanus consil 206.n.3. Alciatus consil.562. n.1.vers.idem si cui legatum,&c. Mantica pracitato libro.9.tit.5.n.12. & novissimè Fachineus dict.lib.5. controversiar. jur.cap.46.* Sed contrarium frequenter placuisse, ajunt *Paulus de monte Pico in leg. Titia. 34.§.Titia cùm nuberet.q. 26.n. 79. ff de leg.2. Carol. Ruinus consil.51.n.15.& consil.54.n.16.& 17.& consil. 206.n 21.lib.2. Boërius consil.13.n.2.in fine. Emanuel*

Suarez in thesaur. recept. sent. in verb. uxor. num. 114. Cavalcanus in tractat. de usufruct. mulieri relicto. n. 76. in fine. Menochius dict. lib. 4. de praesumpt. part. 2. praesumpt. 133. n. 7. ad finem. Bertaz. consil. civil. 51. nu. 10. cum seqq. & Merenda d. lib. 2. cap. 34. num. 13. & subseqq. Et horum quidem sententia veritati magis
48 amica esse videtur. Etenim in dubio illa semper facienda est interpretatio, ut testator praesumatur minùs voluisse gravare heredem, quàm fieri possit, dict. l. Titia. 34. §. qui, invita filia. vers. non est enim verisimile. l. unum ex familia. 67. § si rem tuam. ff. de legat. 2. l. qui concubinam. 29. §. 1. l. nummis. 75. ff de legat. 3. l. Sticho. 36. in fine. ff. de usu & usufructu leg. Quare restitutio illa, quam testator legatario injunxit, ad possessionem duntaxat sive detentationem referenda est, quam usufructuarius durante usufructu habet, sed eo finito, heredi, tanquam proprietario, restituere debet. Proinde ex illo gravamine, de praedio post extinctum usumfructum heredi restituendo, colligi non potest, proprietatem legatario, contra verborum significa-
49 tionem, relictam fuisse. Gravamen namque illud in favorem heredis adjectum, in odium ejus interpretandum aut retorquendum non est. l. nulla. 25. ff. de legibus. l. quod favore. 6. C. eod. c. quod ob gratiam 61. de regul. jur. in 6. Quod certè fieret, si non usumfructum tantùm, sed proprietatem quoque, propter onus restituendi legatario impositum, relictam fuisse diceremus.
50 Hanc sententiam non debilitat l. ult. ff. de usufructu earum rerum, quae usu consumunt. quâ potissimùm Romanus, & ipsius asseclae nituntur. Quoniam in ea non ususfructus pecuniae, sed pecunia à testatore legata est; quod verbum proprietatem sive dominium importare, non dubitatur, arg. l si alii. 19. & l. filios. 39. ff de usu & usufruct. leg. Itaque in specie istius legis ultimae, non propterea, quòd testator restitutionem legatario injunxit, sed propter apertam verborum significationem, proprietas legata censetur. Nos autem in aliis versamur terminis, in quibus videlicet testator non praedium, sed usumfructum praedii, adjecto restitutionis onere, legavit. Verùm enimverò si legatarius, cui ususfructus praedii relictus est, praedium non heredi, sed extraneo, ad quem proprietas illius non pertinet, restituere jussus sit: hac utique specie cum Romano & Alciato, contra Picum & alios superius memoratos, statuendum putaverim: non solummodò usumfructum, sed proprietatem simul à testa-
51 tore relictam videri. Quam in sententiam me vocat qualitas oneris, à testatore relicti: quod cùm à legatario, nisi proprietatem habeat, expediri non possit: haec ipsa quoque ei relicta intelligitur, per textum in supra citata leg. Proculus. 19. ff de usufruct. Qui enim vult unum, censetur simul omnia velle, sine quibus ad id perveniri nequit. l. 2 ff. de juris dict. l. ad rem mobilem. 56. l. ad legatum. 62. ff. de procuratoribus. l. illud. 7. ff. de acquir. vel omit. hered. Testator autem eo ipso, quòd mandavit legatario, ut praedium (cujus usumfructum ei legavit) extraneo, non heredi, restitueret; nec heredem, sed legatarium hoc onere gravavit: haud obscurè voluit, proprietatem à legatario in extraneum esse transferendam: quod facere non potest legatarius, nisi & ipse dominus sit factus. l. nemo plus. 54. ff. de regul. jur. cap. nemo potest. 70. eod. tit. in 6.

Hinc quoque rectè respondit Alciatus praeallegato 52 consilio 562. n. 2. & 3. Comensis consil. 120. col. 2. hoc referent Menochius sepè citato libro. 4. praesumpt. 133. num. 8. cum seqq. testatorem, quando usumfructum bonorum suorum alicui reliquit, datâ simul facultate instituendi sive nominandi heredem post mortem suam, in bonis sive rebus illis, quarum ususfructus ei relictus est, censeri plenam proprietatem relinquere voluisse. Etenim facere aliquem heredem, est constituere eum dominum. §. ult. supr. de hered. qualit. & different. Quod cùm legatarius facere nequeat, 53 nisi & ipse sit dominus, propter tritam juris regulam: quòd nemo possit dominium transferre, quod non habet. l. traditio. 20 ff. de acquir. rer. dom. dict. l. nemo plus. 54. & 120. ff. de regul. jur. planum & manifestum evadit; legatarium in proposito themate proprietatem plenam consequi. Atque hanc interpre- 54 tationem hic accipiendam esse, suadet & illa ratio: quòd omnis actus, & quaelibet dispositio in dubio sic interpretanda sit; ut valeat potiùs, quàm pereat. leg. quotiens. 12. & l. ubi est. 21. ff. de reb. dub. l. si stipulatus. 4 ff. de usur. l. pater. 38. in princip. ff. de legat. 3. l. quotiens. 80. ff. de verborum obligation. cap. Abbate sancti. 25. §. hic autem sensus. de verborum significat. cum similibus. Jam verò si diceretur; eum (cui à testatore ususfructus sub hac conditione relictus est, ut possit post mortem suam, heredem in rebus usufructuariis instituere) nudum usum fructum absque proprietate habere: inutilis prorsus & vana esset adjectio illa, de herede post mortem in rebus usufructuariis instituendo. Quandoquidem si alterius esset proprie- 55 tas: usufructuarius haud posset de rebus istis testari. l. quod in rerum. 24. §. 1. ff. de legat. 1. l. uxor. 20 ibiq; Gothofredus. C. hoc tit. cùm alteri in rebus suis heredem facere nemo valeat. argum. l. si quis Sempronii. 68. l. captatorias. 70. & l. illa autem institutiones. 71. ff. de heredib. instit. l. nonnunquam. 52. ff. de condit. & demonstrat. Eidem sententiae suffragatur Antonius Merenda d. lib. 2. controvers. jur. cap. 34 num. 19 & seq. pag. 127.

Sed & eo casu, quo testator legavit alicui fundum 56 ad usum & usumfructum, vel ad utendum & fruendum, ipsa proprietas relicta praesumitur. arg. l. ult. ff. de usufruct. earum rerum, quae usu consum. l. donationes. 31. §. 1. ff. de donationibus. & l. species. 15. ff. de aur. & argent. legat. Ex quibus textibus evincitur, quando legatur sive conceditur alicui res ad utendum & fruendum, per ejusmodi adjectionem, legatum proprietatis, quod per verbum res designatum est, non restringi; sed plenam proprietatem legatario deberi. His accedit textus in l. liberis. 4. ff. de aliment. vel cibar. legat. ubi, cùm praedium pluribus legatum fuisset, ut ex eo alimenta perciperent, respondetur; proprietatem ejus praedii omnibus legatam intelligi. Nec 57 enim conditio in favorem legatarii adjecta, legatum restringere debet. arg. l. epistolam. 75. in princ. ff ad Senatusconsultum Trebellianum. Et hanc sententiam pro-

probant. *Bartol. in d.l.donationes.31. §.1. ff. de dona-
tion. & in d.l.4.ff.de alim. vel cibar.legat. Fulgos.con-
sil. 13.colum ult. Alexand.cons.223.ad fin.lib.2.& con-
sil.158.num.1.lib.7. Capicius decis.188. Fran. de Mar-
chis, quaest. 870. num. 2. part.1. Ruin. cons. 21. num.
6. lib.1. Zasius in l. centurio.15.n.57. ff. de vulg. & pu-
pil.substit. Coepoll. in tr. de servit. urban. praed. cap.4.
de usufr.n.4. Schrader. in tractat. feud. part. 6.c.6.n.
117. Cavalcanus in tract. de usufructu mul. relicto.
n. 78. pluresq́, alii relati à Monochio d. praesumpt.133.
lib. 4. num.11. & consil 352. num. 17 lib. 4.*

58 Nec resistit *l. si habitatio 10.§. 2. ff. de usu & habi-
tat.* ex quâ intelligitur, legatum ususfructus domûs,
per adjectionem illam, *habitandi causâ*, ita restringi,
ut non ususfructus, sed habitatio tantùm debeatur.
Nam dicendum est; in legibus paulò ante pro nostrâ
opinione (quae communem applausum meruit) ad-
ductis, testatorem legasse rem ususfructûs causa, & sic
plenam proprietatem. *l. si alii.19. & l. filiae.39 ff. de us.
& usufr. legat.* ubi fundo simpliciter legato, intelligi-
tur legata proprietas. Quod rei legatum plenius est,
& propensiorem testatoris voluntatem erga legata-
rium ostendit, quàm legatum ususfructùs, *de quo agi-
tur in dict. leg. si habitatio. 10. §. 2. ff. de usu & habit.*
Atque hinc etiam fit, quòd illud legatum ob adjectio-
nem subsequentem difficiliùs, hoc autem faciliùs re-
stringatur. Etenim quò amplius pleniusque est lega-
tum, eò minùs restringi convenit, *arg. l. 1. §. genera-
liter. ff. de legatis praestandis.*

59 Cùm ergo ex praedictis appareat: testatorem, qui
praedium ad utendum & fruendum Titio legavit, pro-
prietatem reliquisse praesumi: inde efficitur, hoc le-
gatum, mortuo Titio, non extingui, sed ad heredes
ejus transmitti. *dict. l. libertis. 4. ff. de aliment. vel ci-
bar. legat.* Quod tamen neutiquam procedit, quando
testator ita dixit: *Lego praedium Titio ad utendum &
fruendum, donec vixerit*; vel, *tempore vitae suae.* Hoc
namque casu legatum ad heredes Titii non transibit:
sed post mortem ejus ad heredem universalem, à testa-
tore institutum, revertetur. *l. Titia, cùm testamento.
34 §. Titia, cùm nuberet. 4 ff de leg. 2. l. pater filium.*
60 *38. § fundum.3. ff. de leg.3.* Et ratio manifesta est: quia
ad tempus permissum, censetur post illud tempus
prohibitum & sublatum. *arg. l. statuliberum. 32. §.
1. ff. de legat. 2. l. si unus.27. §. 1. l epistola.32. §. ult. ff.
de pactis. l. quaesitum.12 §. idem respondit.43. ff. de in-
struct. & instrum. leg. l. 1. §. si mulier. 7. ff. de agnos-
cend. & alend. liber. Tiraqu. de retraict. lignagier. § 1.
gloss.10. num. 19. & de retraict. convention. §. 1. gloss. 2.
num. 46. ubi. hanc regulam pluribus confirmat.* Atque
ita apertè (*contra Castrensem consil.26. nu.23. lib.3. &
Curtium Iunior. consil. 38. num. 5*) senserunt *Bald. in
leg. 1. colum. 1. vers. & quando aliquid. C. de fructib.
& lit. expens Socinus Sen. consil. 102. n.10. lib.3. Bel-
lon. consil. 6. num. 4. Rubeus consil. 23. nu. 6. Decius
cons. 278. nu. 4. in fin. Cephal. consil. 158. nu.5. lib. 2. &
alii, quos sequitur & commemorat Monochius praeci-
tatâ praesumpt. 133. lib. 4. num. 12.*

Adhuc dictum est de casibus sive conjecturis, ex
quibus perspicitur; testatorem, etsi usumfructum ver-
borum figurâ consideratâ reliquit, ex mente tamen
tacitâ proprietatem concessisse. Nunc è contrario di-
spiciendum; quando testator legando fundum, & sic
proprietatem, intelligatur usumfructum tantùm reli-
quisse. Illud autem tunc maximè fieri dicitur, quan- 61
do testator fundum alicui legat hac conditione: ut le-
gatarius cautionem praestet de bene utendo. Hoc sa-
nè casu etsi testator fundum, sicque proprietatē, juxta
verborum figuram, legavit: ex probabili tamen & ta-
citâ mente usumfructum duntaxat fundi legasse cre-
ditur. Cujus rei evidens est ratio: quia omnis dispo- 62
sitio, imprimis verò ultima testatoris voluntas sic in-
terpretari & accipi debet, ut absurdum evitetur & ces-
set. *l. heredes mei.57. § 1. ff. de bonis libertor.* Siquidem 63
quod absurdum est, irrationabile etiam dicitur. *l ult.
§. sed quia ibi, quia satis absurdum. C. communia de
legatis.* & absurditatis fugiendae gratiâ, à verborum
proprietate receditur. *l. scire oportet. 13. §. aliud. vers.
sed etsi maximè. ff. de excusationib. tutor. Raphael. Ful-
gos. consil.17 num. 2. vers. in contrarium, &c. Cravet.
cons. 62. numer. 8. & consil. 130. num. 8. Francis. Man-
tica in tractat. de conject. ultimar. volunt. lib. 3. tit. 7.
per totum.* Porrò si in propositâ specie diceremus:
testatorem proprietatem relinquere voluisse: magnū
inde absurdum sequeretur: quòd videlicet ipse volue- 64
rit astringere dominum rei ad cautionem de bene u-
tendo praestandam: cùm tamen quilibet rei suae mo-
derator sit & arbiter: nec intersit cujusquam, quo-
modo dominus re suâ utatur vel abutatur. *l. in re
mandata. 21. C. mandati.* Proinde absurdi istius evi-
tandi gratia, praesenti in casu à proprietate verborum
meritò recedimus: & non proprietatem fundi, ut ver-
ba sonant, sed usumfructum solummodò relictum
concludimus: *quemadmodum rectè consuit Socinus
Senior consilio.131 num.16. libro 1. Menochius dict lib.
4 praesumpt. 134. num. 16.*

Est & alia conjectura, juxta quam testator, qui fun- 65
dum legavit, praesumitur contra verbi proprietatem
tantummodo usumfructū relinquere voluisse: quan-
do nimirum fundum legat personae, quae proprieta-
tis non capax est, prohibente statuto vel consuetudi-
ne proprietatem relinqui. Hujusque praesumptio- 66
nis ratio est satis clara: tum quia legatum intelligitur
factum secundùm conditionem & qualitatem perso-
nae, cui relictum est. *arg. l. plenum. 12. §. equitii. ff. de
usu & habitat.* Tum quia testator in dubio actum ita 67
gerere censetur, prout de jure valere potest *l. quotiens.
12. ff. de reb. dub. cum concordantibus suprà allegatis.
num 54* Et ita docuère *Angelus & Iason in leg. cùm
hi. 8. § si uni ff. de transactionibus. Quos citat & se-
quitur Menochius dict. praesumpt. 134. n. 2 libr. 4. ubi
complures ejusmodi conjecturas diligenter recenset.*
Porrò an & quatenus testator in bonis liberorum pa-
tri usumfructum adimere possit: & ex quibus conje-
cturis tacitè ususfructus praesumatur patri ademptus:
an itē in legitimâ liberorū patri ususfruct⁹ adimi que-
at: an denique & quatenus testator in bonis liberorū, in
quibus patri usumfructum ademit, liberis tutores vel
curatores constituere valeat: de his & similibus quae-
stionibus, *post alios, quos fideliter allegat*, plenissimè

dissertat Matthias Berlichius *decis. aur. 135. & 6. pro-*
ximè subseqq. pag. 501. & multis sequentibus. Adde
Petrum Franciscum Linglois *decis. 6. quæst. 1. cum*
seqq. fol. 62. & seqq.

68 Cæterùm, ut vel tandem ad textum paragraphi hu-
jus, undè parumper digressi sumus, revertamur: in eo
subjungit Imperator Justinianus: facta quoque (pu-
tà ut heres domum alicujus reficiat, eumvè ære alie-
69 no liberet) validè legari posse. Idem & Paulus ait *libr.*
3. sentent. tit. 6 §. damnari, &c. l. si cui 49. §. ult ff. de
legat. 1. & l. mortuo bovo. 49. §. ult. ff. de leg. 2. Cujus
ratio est, quoniam & hoc legatum utilitatem continet:
& non tantùm res, verùm etiam facta in obligationem
70 veniunt. §. *fin. infr. de verborum obligationibus.* Enim-
verò hic quæri potest: utrùm heres, si unus tantùm
sit, præcisè ad factum possit compelli, nec id, quod in-
terest (exemplo aliarum facti obligationum. *l. si quis*
ab alio. 13. ff. de re jud. l. in stipulationibus. 54. §. 1. l. sti-
pulationes non dividuntur. 72. l. cùm stipulatus sim.
133. in fin. ff. de verborum obligation. latissimè Gæd-
daeus in Commentar. de contrah. & commit. stipulat.
cap. 9 conclus. 4. n. 30. & multis seqq.) præstando li-
beretur? Et communiter receptum est: heredem fa-
cere cogendum esse. *l. fideicommissa. 11. §. ult. ff. de le-*
71 *gat. 3.* Tum quia Reipublicæ interest, ut testamenta
eo modo, quo testator expressè disposuit, exitum suũ
sortiantur. *l. vel negare. 5 ff quemadm. testament. ape-*
riant. l. qui heredi. 44. in princip. ff de condit. & de-
monstr. Loriot. in leg. quatenus. 24 ff. de regul. jur.
72 Tum quia ut dispositiones legales sunt præcisæ *l. item*
si cùm exceptione. 14. §. sed & si quis. ff. quod metus
causa. l. 1. ff de administr. & peric. tutor. l. stipulatio.
21. §. sive autem. ff. de operis novi nunciat. ita & testa-
mentariæ, quæ illis comparantur. *l. si ita fuerit. 13. §.*
fin. ff. de manumiss. testament. Novell 22. cap. 2. vers.
disponat itaq; &c. latè Everhard. à Midelburg. in lo-
cis legalib. loco, à lege ad testatorem per totum. Atq;
hanc sententiam amplectuntur *Bartol. Imol. Roman.*
Alex. & Iason in d. l. stipulationes non dividuntur. 72.
ff. de verb. oblig. Vincent. in l. in executione. 85. n. 165.
ff. eod. t. Gomez. tom. 2. resolut. cap. 10. de individuis. n.
22. vers. tertius casus. &c. ubi ita in judicando & con-
73 *sulendo tenendum. affirmat.* Pluribus autem præsenti
in casu heredibus existentibus, quilibet in solidum ad
factum tenetur: & conventus à coherede sumptum,
pro parte eum concernente, repetere non prohibetur.
d. l. fideicommissa. 11 § si in opere. 23. ff. de legat. 3. Mo-
lin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 2. gl. 4. n. 40. cum seq. Do-
nell. in d. l. stipulationes non dividuntur. 72. num. 55. ff.
de verb. oblig. Quibus assentitur novissimè Petrus Hei-
gius hic num. 10.

§. *Si generaliter. 22.*

Si generaliter servus vel res legetur: ele-
ctio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

SVMMARIA.

1 *Genus varias significationes recipit.*
2 *Genus propriè quid sit.*
3 *Genus aliud generalissimum, aliud subalternum, aliud infimum.*
4 *Genus infimum idem est, quod species apud Dialecticos: & species, quod individuum.*
5 *Genus generalissimum & subalternum inutiliter legantur.*
6 *Hic §. de genere infimo conceptus est.*
7 *Genere infimo legato, cujus sit electio; heredis, vel legatarii. & num. 12.*
8 *Legatum generaliter relictum valet.*
9 *Sensus l. cùm post divortium 69. §. gener. ff. de jur. dot.*
10 *Differentia inter hominem & fundum generaliter legatum.*
11 *Glebula una fundus, & vilissima quæque materia domus dici potest.*
12 *Re aliqua generaliter legatâ, ad quem, heredem ne, vel legatarium electio spectet.*
13 *Vindicatio semper datur legatario; & consequenter etiam electio, nisi testator aliud dixerit.*
14 *Mens & sententia l. si quis a filio. 82. §. 1. l. legato. 37. §. 1. & l. cùm servus. 39. §. scio ff. de legat. 1.*
15 *Discussa l. si domus. 71. ff. de legat. 1. item magna Pandectarum Florentinarum auctoritas.*
16 *In ambiguâ voce legis, ea accipienda significatio, quæ vitio caret.*
17 *Explicata l. hujusmodi. 84. §. si cui homo. ff. de leg. 1.*
18 *Examinata l. cum certum. 4. ff. de trit. vin. vel ol. leg.*
19 *Regula, in generali seu alternativâ promissione electionem esse debitoris, quando obtineat.*
20 *Is, cui electio competit, æquitatem observare debet, ut nec optimum eligat, nec pessimum alter accipiat.*
21 *Intellectus quarundam legum, quæ volunt, semper minimum eligendum esse.*
22 *Sententia l. si ita relictum. 43. §. ult. ff. de legat. 2. & similium.*
23 *Consideratio l. Titia. 38. §. ult. ff. de auro & arg. legat.*
24 *Consideratio l. nuptura. 57. ff. de jure dot.*
25 *Interpretatio l. in testamentis. 12. ff. de reg. jur.*

VT hic de legato generis locus, qui & obscurus est 1
& difficilis, planiùs intelligatur: diligenter anim-
advertendum est: quòd licet genus in jure nostro
(quas in aliis disciplinis recipiat significationes, ex-
ponit Porphyrius *in Isagog. cap. 1.* ibique *in suis quæ-*
stionib. Vitus Müllerus) vária significata habeat. *de*
quibus copiosè & exactè disserit Dn. Zasius lib. 1. sin-
gularium responsor. cap. 1. & Guilielmus Onciacus in
suis quæstionibus Iuris philosophicis. quæst. 17. Verè ta- 2
men propriè que id dicatur, quod sui naturâ pluribus
sese speciebus communicat, & quod nomine quidem
incertum ac confusum est; sed per species contentas
fieri certius potest. *arg. l. Mævius. 66. §. non idem re-*
spondetur. 3. ibi, hominis legatum, orationis compen-
dio singulos homines continet. ff. de legat. 2 Zasius dict.
cap. 1 num. 26. Mynsingerus & Heigius hic num. 1. Et 3
circa hoc genus, certos gradus distinguere placet. A-
liud enim est summum seu generalissimum, quod su-
pra se aliquod prædicabile non habet; ut ens, res, sub-
stantia. Aliud est genus subalternum, quod contine-
tur quidem sub genere generalissimo: prædicatur
tamen de pluribus differentibus specie; ut corpus,
animal. Aliud denique est genus infimum, quod de
pluribus differentibus numero prædicatur; ut, ho-
mo, bos, equus, & similia. Hocque genus vulgò à 4
Dialecticis species dicitur: quemadmodum & species
Jurisconsultis est, quod individuum Dialectici vo-
cant: ut Stichus, Pamphilus, Bucephalus, fundus Tu-
sculanus, &c. *Glossa hic, Schneidevvinus, Gephanius,*
Schilbock & Mynsinger. num. 4. Borcholt. in Com-
mentar. de verborum oblig. cap. 2. num. 19. Cæterùm 5
duo priora genera, summum nimirum, & subalter-
num

num hûc nihil faciunt: tum quia propter nimis vagam sui significationem ac incertitudinem inutiliter leguntur; veluti si res, aut animal legetur: tum quia ejusmodi legatum ridiculum & derisorium futurum esset: cùm heres rem minimam, vel muscam solvendo se liberaret, *juxta glossam hic, & Paul. de Castre, reliquisq; Dd. in leg legato generaliter. 37. ff. de legat. 1 item Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 12. de le-*
6 *gat. numer.* 32. Itaque de tertio duntaxat genere, videlicet inferiore (quod, ut modò dictum, Dialecticis species est) præsens noster § loquitur, & conceptus est.

Porrò de legato in genere isto relicto, duo hîc in disquisitionem veniunt; utrùm jure valeat: & cujus, si
7 valeat, sit electio? Vtrique quæstioni Imperator hoc
8 loco satisfacit, dum electionem legatario concedit. Et sanè legatum generaliter relictum subsistere, constat etiam *ex leg. cùm incertus 13. & dict. leg. legato generaliter. 37. in princip. ff. de legat.* 1. ubi ostenditur, utile
9 esse legatum, si quis hominem legaverit. Nec hanc sententiam turbat. *Lcùm post divortium. 69 §. gener. 4. ff. de jure dotium.* ubi Papinianus ait: fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem
10 fundi. *Magna* enim est differentia inter hominem, & fundum generaliter legatum. Homine generaliter legato, licèt incertus homo legatus sit: certa tamen est demonstratio rei legatæ: cum certa sit hominis finitio. Idem est, si legetur equus, bos, scyphus, lanx, vel alia quælibet res, cujus certa finitio est. At fundo generaliter legato, certa non est rei legatæ demonstra-
11 tio: cùm quævis pars fundi sit fundus; adeòque vel glebula una fundus dici queat. *l. locus. 60 ff. de verborum significationibus. l. planè. 34. §. ult. ff. de legat. 1. l. si quis duos 6. §. 1. ff. communia prædiorum, &c.* Vnde & jocus Ciceronis in Varronem apud Fabium Quintilianum *lib. 8. oratoriar. instit. cap.* 6.

Fundum Varro vocat, quem possis mittere funda:
Ni tamen exciderit, qua cava funda patet.

Idem de domo pronunciandum: quoniam vilissima quæque materia, domus appellari potest. Siquidem nostrâ destinatione fundorum nomina & domus, non naturâ, constituuntur. *L quod in rerum. 24. §. quòd si post ff. de legatis. 1.* Et hac ratione hominis generaliter relicti legatum valet, tametsi homines nullos testator reliquerit. Valet & lancis legatum, etiamsi nullam reliquerit lancem. Fundi verò aut domûs legatum non valet, si nullum fundum, nullamve domum testator reliquerit; & magis derisorium hoc est, quàm utile legatum, *teste Vlpiano in leg. si domus. 71. in princ. ff. de legat. 1.* Atque ita docent *Cujacius ad leg. 74 ff de verborum obligationib. Duarenus ad dict. l. legato generaliter. 37. ff. de legat. 1. & ad leg. ita stipulatus sum. 115. ff. de verborum obligat. Borcholt. in hoc §. nostro. & part. 2. disp. 2. de legat. pag. 36. Hunnius libr 2. var. resol jur. civ. tract. 8. quæst. 14. Olemann. ad lib 2. antinomiar. jur. civ. Giphan. disputat. 20. num. 4. Th. Marcilius & Petrus Heigius hic n. 6. & seqq.* Eadem de re videantur *Franciscus Ripa & Denell. ad dict. l. ita stipulatus. 115. ff. de verborum obligationib. Goeddaus ad dict. leg. locus. 60. num. 8. & 9. ff. de verborum signification. Broncherst. cent. 2. consilioq. assert. 48. edit. 1. Arumæus Exercit. Instit. 9. thes. 10. Robertus disput 12. thes. 7. Berens disp. 7. ad Institut. them. 3 quæst. 1. & Hieronymus de Cavallos in specul. aureo opin commun contra commun. tom. 1. quæst.* 218. Eo ita declarato, jam ad electionem transeundum. Nullâ igitur certâ specie seu individuo, 12 puta Sticho, fundo Semproniano, &c. expresso, sed generaliter servo, fundo, &c. legato, ut non liqueat, de quo corpore testator senserit, siquidem testator multos servos, aut fundos habuerit: quæritur, contentione inter heredem & legatarium exortâ, utri tribuatur electio? Et dicendum: electionem esse illius, cui eam testator expressè, vel tacitè assignaverit. Verùm si de hac testatoris voluntate non appareat: olim quidem inter legatum vindicationis & damnationis distinguebatur: in hoc erat electio heredis; in illo legatarii. *Vlpianus in fragm tit. 24. de legat. §. optione. &c. l. si à substituto 45. § 1. ff. de legat. 1 l. si is, cui. 19. ff. de legat. 2. l. si ita relictum. 43. §. ult. ff. eod l. heredes. 25 § si incerto. 17. ff famil erciscund. cum similibus.* Sed hodie isthæc differentia & subtilitas sublata 13 est, *per leg. 1. C. communia de legat. & explicatum l. in §. 2 hoc titul.* cùmque vindicatio semper detur legatario: juris ratio postulat, ut eidem indistinctè concedatur electio: nisi testator aliud expressis verbis constituerit, hoc est, nisi electionem heredi apertè tribuerit, *hoc §. nostro. l. qui duos. 20. l. si servus. 108. §. cùm homo. 2. ff. de legat. 1 l. 2 ff. de optione vel elect. legat. l. qui hominem. 11 cum l seq. ff. de adimend. vel transfer. legat. Vide Theodorum Marcilium hic, & Antonium de Padilla in l. si illud aut illud. 27. n. 3 ff. de legat. 2. & alios, ab eo hanc in rem adductos.*

Huic decisioni non resistit *l. si quis à filio. 32. §. 1. d. l legato. 37. §. 1 & l cùm servus. 39. § fere 6 ff. de le-* 14 *gat. 1.* ubi traditum est: quòd, si quis plures servos vel fundos ejusdem nominis habens, legaverit unum fundum vel servum, nec appareat, de quo senserit, electio heredi competat. *Nam* ibi testatorem de certo Sticho, de certo fundo, sicque de certâ re seu specie sensisse, non dubium est: quo casu heredi electio meritò datur. Cùm enim constet, testatorem certam rem mente agitasse: simul quoque probabiliter colligitur, nullam eum electionem legatario concessisse, neque res omnes legato subjicere voluisse. Proinde ut maximè ob defectum probationis ejus, quod actum est, inutilis dispositio reddi videatur, *arg. l. duo sunt Titii. 30. ff. de testamentar tutel. & l. si fuerit. 10. ff de rebus dub.* quia tamen, testatorem unam rem dare voluisse, manifestum est: ejus voluntatis conservandæ gratia, in legatarii favorem eam subsistere interpretamur: sed ita, ut heredi in eo prægravato, quòd non corruat actus, tanquam debitori existenti, electio attribuatur, *arg. l. plerumque. 10 in fin. ff. de jure dot. Timæus Faber disp 20. ad Institut. Imperial th. 14.*

Similiter non obstat *præallegata l. si domus. 71. in* 15 *princ. ff. de legat. 1.* ubi in legato generis electio heredi concessa esse videtur. *Quandoquidem* variam illic esse lectionem notum est. Primò enim in quibusdam exemplaribus legitur: *cogantur heredes, quam domū velent, ex his, quas testator habebat, legatario dare.* His verbis electio heredi quidē datur: verū cùm isthæc lectio

lectio recepta non sit, & huic §. nostro, aliisque supra adductis locis adversetur, rectè eam rejiciemus. Deinde in quibusdam libris legitur: *cogentur heredes, quam vellet, domum, ex his, quas testator habebat, legatario dare.* Hanc lectionem, quia Florentina & approbata est, nihilque ambiguitatis aut obscuritatis habet, omnino sequi debemus. Ex eâ siquidem evidenter docemur: non heredis, sed legatarii electionem esse: cùm verbum, *vellet*, singularis numeri, salvis Grammaticorum regulis, ad verbum, *heredes*, referri non possit. Cogentur itaque heredes, quam vellet, scilicet legatarius, domum præstare. Ac sane Pandectarum Florentinarum magna est auctoritas, ut quæ omnium fuerint correctissimæ & castigatissimæ: & ob id etiam lectio illarum vulgaribus codicibus omnino præferri debet, attestante Hunnio *in resolut. ad Treutler. vol. poster. disp. 13. th. 1. quæst. 1 vers Pandectarum, &c. pag. 56.* Denique in quibusdam exemplaribus legitur: *cogetur heres, quam velet, domum &c.* At licèt quispiam contenderet, & obtineret, hanc lectionem, quæ singularis est, retinendam esse: haud tamen sententiam nostram infringet. Etenim in ista lectione verbum illud, *velet*, ambiguum est, ut vel ad heredem, vel ad legatarium, salvâ sermonis proprietate, salvaque Grammaticorum regulâ,
16 referri queat. In ambiguâ autem voce legis, ea accipienda est significatio, quæ vitio caret, & cum aliis legibus concordat, *l. in ambiguâ. 19. ff. de legib. Vide Bachovium hic num. 2. pag. 574*

Rursus nullum negotium nobis exhibet *l. hujusmodi. 84 §. si cui homo 3 ff. de legat. 1.* ubi cùm he-
17 tes offerendo Stichum, in morâ constituat legatarium; illum eligendi facultatem habuisse, necesse est. *Nam* ibi non principaliter quæritur: an heredis, vel legatarii sit electio: sed, quo casu heredis est, & is paratus fuit solvere certum hominem, quem legatarius accipere noluit, cujus sit periculum: num heredis, an legatarii? Recurrendum igitur ad §. nostrum, aliosq; juris textus, ex quibus discendum, quando heredi, vel legatario electio concedatur.

Præterea nihil refragatur *l. cùm certum. 4. ff. de tritico, vino, vel oleo legat.* ubi electio heredi disertè ac-
18 commodatur. *Hoc* etenim verum est, quando legatum generis in quantitate incertâ consistit, non in specie. Ratio differentiæ petenda est *ex dict. leg. si servus. 108. §. cùm homo. 2. ff de legat. 1.* ex quâ patescit, quòd in specie generaliter legatâ facultatem legatarius habeat, quacunque velit, actione experiundi, sive rei vindicatione, sive personali actione; ut meritò etiam eidem eligendi potestas competat. *Sed in legato quantitatis*, sive rei, quæ numero, pondere, mensurâ constat, istam facultatem & electionem in actionibus legatarius non habet: sed tantùm actione in personam agere & uti potest, *ut ostendit Duarenus ad dict. l. legato generaliter 37. ff. de legat. 1. Cujac. ad dict. leg. si servus. 108. §. cùm homo. ff. eod. in tractat, 5. ad African. Arumæus dict. Exercit. 5. ad thes. 10. Broncherst. d. cent. 2. assert. 44. circa fin. Pacius cent. 6. ἐναντιοφανῶν. quæst. 16 Olmannus d. disp 20. num. 6 & seqq.*
19 Tandem nihil quicquam nos movere debet, quòd pro regula traditur; in generali seu alternativa promissione electionem esse debitoris, atque adeò heredis, *prædictâ l. plerumq. 10. in fin. ff. de jure dot. §. si quis agens. 33. vers. huic autem. infrà tit. de actionib.* Ea namq; regula procedit in stipulationibus & aliis contractibus, non verò in legatis, sive testamentis. Hujusq; ratio est: quia stipulatori, cæterisque contrahentibus potest imputari, quòd verba clariùs non conceperint, & legem contractui apertiorem non dixerint: cùm id facere eis liberum fuerit. *l. Veteribus. 39. ff. de pact. l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationib. 18. & l. quidquid adstringendæ 99. in princ ff. de verbor. obligation.* At legatario nihil quicquam imputari potest, quòd testator apertiùs non fuerit locutus. *Duarenus dict. loco. Heigius hic num. 15. Hunnius d. lib 2. var. resol. tr. 8. q. 15 & totidem verbis in resolut. ad Treutler d. vol. poster. disp. 13. th 5 quæst. 23. pag 90. & seq.* Vide Bachovium *in not. & animad vers. ad Treutler. vol. 2. disp. 13. th. 5. pag. 800 & seqq.* itemq; Frantzkium *exercitat. jurid. 7. quæst. 6. pag. 204. & seq.*

Verùm enimverò ne cui paragraphi nostri decisio 20 durior videatur: prudenter legibus cautum est: cum, cui electio competit, in eligendo æquitatem observare debere: ut nec optimum eligat, nec pessimum accipere altet cogatur. *dict. l. legato generaliter. 37. in princ. ibiq. Zasius n. 13. & l. si heres. 110 ff. de legat. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. communia de legat. l. si quis argentum 35. §. 2. C. de donationib. Robert lib. 2. sentent. jur. cap. 14. Hunn. d. tr. 8. quæst. 16. & d. resolut. ad Treutler. vol. poster disp. 13 th. 5. pag. 92.*

Cui assertioni primò non obstat. *l. semper in* 21 *obscuris. 9. & l. semper in stipulationibus. 34 ff. de reg. jur. item l. cùm servus. 39. § scio 6. ff. de legat 1 & l. nummis. 75 ff de legat. 3.* ex quibus legibus evidenter apparet; in dubio & obscuro, quando non constat, quid à testatore datum fuerit, semper eligendum & præstandum esse minimum. *Tum* quia intelligendæ sunt illæ leges de ejusmodi minimo, cujus tamen aliqua futura sit utilitas. Quòd si enim minimum illud ita comparatum fuerit, ut nulla ex eo utilitas sperari possit, mediocre præstabitur. sicuti in casu *dictâ l. si quis argentum 35. §. 2. C. de donat.* ubi is, qui generatim servos donavit, neque optimos dare cogitur, neque pessimos dando liberatur: sed ad mediocrium præstationem tenetur. Ratio hæc additur: quia, *inquit ibi Iustinianus*, servos vilissimos seu pessimos non habere, magis, quàm habere, prodest. *Ita*, post Decium, *sentiunt Cagnolus num. 13 & Philippus Matthæus num. 26. in d. l. semper in obscuris. 9 ff. de reg. jur.* Tùm quia prædictæ leges loquuntur de legato specierum, ubi cùm nil appareat, ideò res tota benignæ sententiæ committitur, *arg. l. benignius. 18 ff. de legib. l. semper in dubiis. 56. & l. rapienda. 168. in princ. ff. de reg. jur.* Ast hoc loco agitur de legato generis: quod cùm certum sit, ideirco mediocre præstatur. *d. l. legato generaliter 37. in princ. ff. de legat. 1. & similib.*

Secundò non resistunt *l. si ita relictum. 43 §. fin.* 22 *ff. de legat. 2. l. si ita stipulatus. 12. & l. si ita stipulatus fuero. 109. ff. de verb. obligat.* ex quibus legibus etiam probari posse videtur: in obscuro, cùm non constat,

stat, quidnam è pluribus relinquere testator voluerit, non mediocre, sed minimum eligendum & præstandum esse. *Quoniam* in legibus istis tractatur de duobus saltem alternativè legatis: quo casu cùm legatarii sit electio, *per hunc §. nostrum*: consequens est, eum id, quod minus est, accipere non cogi: sed si minus velit & eligat, idei concedendum esse. Alioquin electio, quæ ipsi unâ manu concediur, alterâ subtraheretur, si præcisè, quod minus & vilius est, accipere compelleretur. Aliud verò dicendum quando non duo, sed plura alternativè, vel genus, quod plures, quàm duas species complectitur, illi sunt relicta. Tunc enim nec minimum, nec maximum, sed medium seu mediocre præstandum est. Deinde *in adductis legibus* sermo est eo de casu, quo electio non est penes legatarium, sed penes heredem: sicque ad hujus, non ad illius favorem atque commodum illa pertinet. Nos autem his in terminis versamur, quibus electio ad legatarium, & non ad heredem spectat. Quo casu propterea non debetur minimum: quòd aliàs in effectu (*ut paulò antè monitum*) legatario electio adimeretur: & quod in favorem ipsius introductum est, in ejus odium retorqueretur, *contra l. nulla. 25 ff. de legib. l. quod favore. 6. C. eod & cap. quod ob gratiam. 61 de reg. jur. in 6.*

23 Tertiò non obloquitur Scævola *in l. Titia 38. §. ult. ff. de auro & arg. legat.* ubi argentum Dei signum in templo poni jubet eo casu, quando testamēto quidem cautum est, ut signum ejuscemodi ab heredibus statuatur; sed dubiū existit, utrùm æreū illud, an (quod majoris est precii) argenteū esse debeat. Unde evinci posse videtur, quòd in obscuris non semper mediocre, sed optimum & preciosissimum eligi & præstari debeat. *Nam* vulgò (rejecta correctione Donelli *in l. cùm in testamento. 24 ff de reb. dub.* Decii *num. 6. &* Philippi Matthæi *num. 29. in d. l. 9. ff. de reg. jur.* qui pro vocabulo *area* legi volunt *aurea*) non insulsè respondetur: favore religionis & piarum causarum hoc specialiter inductum esse, ut in dubio semper optimum relictum esse censeatur: cum testator Deo ac pietati vilius offerre voluisse haud præsumatur. *Bald. in l. si nondum. 3. C. de furt. Barbat in c. indicante 4. ext. de testament. Lud. Gozad. consil.* [illegible] *sq. cum aliis referens Cagnol in prædictâ l. 9. n. 10. ff. de reg. jur.*

24 Quartò non contradicit Iavolenus *in l. nuptura. 57. ff. de jur. dot.* ex quà colligitur, quòd si mulier promittat causa dotis alternativè, intelligatur promisisse, quod majus est. *In obscuro* namque & ambiguo, summa major censetur in dotem promissa, propter singularem dotis favorem, quo potiùs id, quod utilissimum & maximum, quàm quod minimum est, promissum reputatur. *l. 1 ff. solut. matr. l. in ambiguis. 70. ff. de jure dot.*

25 Quintò & postremò non repugnat Paulus *in l. in testamentis. 12. ff. de reg. jur.* ubi dum voluntates testantium pleniùs interpretandas esse scribit: inde concludendum videtur, in obscura testatoris voluntate non mediocre, sed quod plenissimum, sicque maximum est, eligendum præstandumque esse. *Tametsi* enim aliàs in dubio pleniùs testatorum voluntates interpretatiū convenit: hîc tamen idcirco mediocre non verò optimum sive maximum eligendum est, ne heres nimiùm gravetur. Verisimile quippe est; testatorem, ut legatario non pessimum dari voluerit, ita voluisse non optimum ei tribui: cùm in dubio heredem suum nimiùm onerare voluisse non præsumatur. *l. si ita sit adscriptum. 14. in fin. d. l. cùm servum. 39 §. scie. 6. ff. de legat. 1. & d. l. nummis. 75. ff. de legat 3. Hunnius d. lib. 2. var. resol. jur. civ. tract. 8. quæst. 16. in fine.*

§. *Optionis legatum. 23.*

Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis, vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se olim conditionem: & ideò nisi ipse legatarius vivus optasset: ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostrâ & hoc in meliorem statum reformatum est; & data est licentia heredi legatarii optare servum: licèt vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito: & hoc in nostra constitutione additum est: sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures heredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente: ne pereat legatum (quod plerique Prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, & forte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors venerit, illius sententia in optione præcellat.

SUMMARIA.

1 *Inter legatum generis, & legatum optionis differentia multiplex.*
2 *Aliud est, quippiam verbis exprimi: aliud tacitè contineri.*
3 *Optionis legatum olim conditionale: legatum generis, purum.*
4 *Legatum generis ad heredem legatarii transit: non item legatum optionis.*
5 *Legatum optionis cedit ab aditâ hereditate: legatum generis statim à morte testatoris.*
6 *Optione servi datâ, etiam optimus eligi potest: in legato generis non (item,*
7 *Verus intellectus l. ult. §. 1. C. communia de legat.*
8 *Optionis legatum hodie purum.*
9 *Varia interpretatio l. illud aut illud 19 ff. de opt. vel elect. leg.*
10 *Optionis legatum hodie à morte testatoris cedere videtur.*
11 *Pluribus legatariis, vel heredibus unius legatarii in optione dissentientibus, per sortem lis dirimenda est.*
12 *Frequens apud veteres in casibus dubiis sortis & fortunæ judicium.*
13 *Crebra sortis observata sacris in literis mentio.*
14 *Sors divinatoria sub capitis supplicio prohibita.*
15 *A sententiâ per sortem latâ, nec appellari, nec contra eam restitutio in integrum peti potest, nisi fraus probetur.*
16 *Fortuna dux, Deus.*
17 *Divisio hereditatis sorte facta, ob inæqualitatem non retractanda.*
18 *Quid statuendum, si sortes per errorem dividentium inæqualiter sint factæ.*

Etsi generis legatum, *de quo priori §. dictum*, sæpè
1 legato optionis, *de quo hic explicandum*, comparatur.
l si optio.3.ff. qui & à quibus manumissi, liberi non fiunt.l 2.& l.cum ita legatur.9.§.1.ff.de opt. vel elect legat. Balduinus hic: attamen inter hæc duo
legatorum genera, multiplex est differentia. I. Homine generaliter legato, electio tacitè legatario relinquitur:
ast hoc modo, *hominem optato*, optio datur expressim legatario. Et aliud est, quippiam verbis ex-
2 primi: aliud, tacitè contineri. *l.si ita legatum. 65. §. 1. in fin ff.de legat.1.l. nonnunquam. 52.ff. de condit. & demonstrat.l. si quis Sempronium.68. ff. de heredibus instit.l.eum, qui certarum. 138.in fine.ff. de verborum obligationibus l. expressa nocent.195.ff. de regul. jur.*
II. Optionis legatum olim erat conditionale: lega-
3 tum generis est purum, *per hunc § nostrum.ibiq. Borcholt. & Giphanius.* III. Legatum generaliter relictum, ad heredem legatarii, qui vitâ demigravit, antequam eligeret, transmittitur. *l.nec semel.12 §.pen. ff.
4 quando dies leg.ced.* non item legatum optionis, secundum jus antiquum. *hoc §. nostro.ibi, & ideò nisi ipse legatarius,&c.* IV. Legatum optionis cedit ab aditâ hereditate: legatum generis statim à morte te-
5 statoris. *l.optione legatâ.16 ff.de opt.vel elect.leg.l. si post diem.5.§.1.ff.quando dies legat.ced.cum similibus.*
V. Optione servi datâ, etiam optimus à legatario eligi potest. *arg.l.si quis affirmavit.9 §.1.ff.de dol.mal.&
6 l.2.in pr.ff.de opt. vel elect. leg.* At legato servo generaliter: optimum eligi non posse, constat. *L. legato generaliter.37.ibiq. Cynus, Baldus & Iason.ff.de leg. 1. Portius, Cantiuncul.& Schneidewinus hic num.2. & notatum suprà, in paragrapho proximo, ad finem.*
7 Nec huic differentiæ refragatur. *l.ult. §. sed & si quis 1.C.communia de legat.* ubi in legato optionis non rem optimam, sed mediæ tantùm æstimationis, eligere licet. *Nam* ibi casus omninò singularis sive specialis est, in quo optio non ipsi legatario, sed alicui tertio data erat: qui si intra annum non elegerit, vel quia noluerit vel non potuerit, vel mortuus fuerit: ad ipsum legatarium hæc optandi sive eligendi potestas pertinere incipit: ita tamen, ut non rem optimam, sed mediæ æstimationis eligat. Specialitatem autem arguunt illa textûs verba: *Et in hac specie,&c.* Ratioq; specialitatis in fine paragraphi subjicitur, his verbis: *Ne dum legatarium satis esse fovendũ existimamus, heredis commoda defraudentur.* Hoc est: quia testator nolens legatario electionem dare, videtur optimum ei legare noluisse, sed quod tertius ille dignum legatario, sive meritis ejus respondens judicaret. *Vide Cujac.lib.23.observat.cap.14. Antonium Matthaeum, Marcilium in fine.& Heigium hic num.7.*
8 Quod porrò asseritur: optionis legatum ante Iustinianum conditionale fuisse; ita ut nisi vivus legatarius optasset, ad mortui heredes minimè transmitteretur: & hodiè demùm ex Iustiniani constitutione (quæ tamen *teste Vultejo hic num.2.* eâ de re non extat) purum effectum esse: ac proinde jus eligendi ad heredem legatarii transferri, quamvis legatarius ipse non
9 optaverit; huic non repugnat *lex. illud aut illud. 19. ff. de opt. vel elect. leg.* ubi Paulus tradit, legatum optionis transferri ad heredem, si moriatur legatarius ante electionem. Vnde dicendum videtur: hoc legatum etiam olim purum fuisse, non conditionale. Hoc *inquam*, non repugnat. Variè namque respondere solet. Quidam credunt: istam legem interpolatam & corruptam, negationemque dispunctam sive sublatam esse à Triboniano, propter prædictam Iustiniani constitutionem: aut saltem hac de re fuisse inter Paulum & cæteros Iurisconsultos controversiam, ac Pauli sententiam Justinianum esse sequutum: *Wesenb. Hotoman. & Anton. Matthaeus hic. item Balduinus in Iustiniano suo, pag.322. & Dn. Collega Bocer. in hoc tit. num.236.pag 137.* Quæ responsio cùm planè divinatoria videatur: alii putant; Paulum non de optione, sed de electione legatâ (in quâ ante Justinianum placuit, ut transmittatur) loqui & exaudiri debere: *Vultejus & Heigius hic num.2.* Rursus alii non inscitè docent: Paulum nequaquam de optionis, sed potiùs disjunctionis legato agere. Legatum siquidem fuit relictum, hoc modo: *Illud, aut illud, utrum elegeris, sumito.* Inter quæ legata ingens deprehenditur discrimen: quandoquidem optio generaliter datur. *l.his consequenter.18.in princ.ff fam. Lercisc.* ut optio servi, datur ex universa familiâ: optio scyphi, ex omnibus scyphis exhibitis. *l.scyphi.4.& l.si, cùm optio. 14.ff.de opt.vel elect. legat.* Legatum sub disjunctione specialiter relinquitur: & illa verba. *utrum elegeris,* non optionem inducunt: sed sunt explicatio & interpretatio quædam disjunctionis. Deinde legati disjunctivi dies, à morte testatoris cedit. *l si usumfructum. 14.in princip.ff quando dies legat.ced* optionis verò legatum (*ut jam suprà n.3.dictum*) cedit post aditam hereditatem. Neque enim legatarius ante hereditatem aditam optare potest. *l.Iulianus 10.ff.de legat. 1. dict.l.optione legata.16 ff de opt. vel elect. leg.* propterea quòd is, herede exhibente omnes res, ex quibus optio data est, optare debet *d. l. 4. & passim ff eod.*
Cæterùm hodie, cum optionis legatum sit purum, 10
dies ejus à morte testatoris cedere videtur. *Borcholt. in hoc §. & Olemanum ad libr.2 Antinomiar.jur. civil. Giphanii. Disputat. 20. num.11.* Eandem rem paulò aliter explicat Ant. Faber *lib.6.conject. jur. civil.c. 1. circa finem.*
Planè si vel plures legatarii, vel heredes unius lega 11
tarii in optando dissentiant, prout naturalis est hominum ad dissentiendum facilitas. *l.item si unus. 17. § principaliter.9.ff.de recept. qui arbitrium,&c.* unus sorte, qui optet sive eligat, constituitur. Cùm enim omnium nomina in urnam conjecta fuerint: tunc cujus nomen primùm educetur, is optabit; cæterique illius optionem ratam habebunt, *hoc §. & dict. l. ult.
in princ.C.communia de legat.* Et sanè frequens ad- 12
modum fuit hoc sortis & fortunæ judicium apud veteres, in dubiis & abstrusis controversiis, in dividendis hereditatibus, in magistratibus & muneribus publicis mandandis, & cæteris casibus. *l.sed cùm ambo.14. ff. de judic. l.si quæ sunt.5 ff famil.ercisc.l.generaliter. 24.§.quid ergo.17 ff.de fideicommiss.libertatib. l.2.circa princip.C.quando & quibus quarta pars debetur. Novell.162.cap.3. can.1.& 2.caus. 26.quæst. 2. Lr[illegible] & no-*

& accuratè Molineus in consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gl. 1. num 7. 8 12. & seqq. Tiraqnell. de jure primigenier. quæst. 17. opin. 1. per tot. & Bodin. lib. 6. de Republ. c. 5.

13 Quinimò & creberrima à DEO ipso præcepiæ ac observatæ sortis, in sacris literis extat mentio. Numeri cap. 26. vers. 56. cap. 33. vers. 54. cap. 34. vers. 2 & 13. & cap. 36. vers. 2. Deuteronom. cap. 1. v. 38. & cap. 31. v. 7. Iesue cap. 1. vers. 6. cap. 7. vers. 14. cap. 13. vers. 1. & 6. cap. 14 vers. 2. cap. 15. & seqq. 1. Reg. cap. 10. vers. 21. & cap. 14. vers. 42. Iona cap. 1. vers. 7. Proverbior.

14 16. vers. 33. & alibi. Atque hanc sortem, quæ licita & permissa est, divisoriam, vel judiciariam, vel politicam appellare placet, ad differentiam divinatoriæ sortis: quæ non secus, atque reliqua maleficia, detestanda est, adeòque sub extremo capitis supplicio prohibita. l. nemo. 5. C. de maleficiis & Mathematicis. can. 1. ibiq; gloss. caus. 26. quæst. 1. Schneidevvinus hic num. 6. Mynsingerus num. 6 & Heigius numer. 9. Videantur quoque, qua tum ex Patre suo, D. Luca Osiandro, tum ex D. Chytræo, eleganter annotavit D. Andreas Osiander, Præpositus hic & Cancellarius olim dignissimus, ad Numeri dict. cap. 34. v. 13. & Iesue d. c. 7. v. 14.

15 Illud hic paucis monere operæ pretium censeo: quòd à sortis sive fortunæ judicio, nec appellari, nec contra eam restitutio in integrum peti possit: nisi fraudem intervenisse quis probare velit, Marant. in specul. aur. parte 6 sub. tit. de appellat. num. 257. cum seq. & Heigius hic n. 10 & seq. Cujus hæc redditur

16 ratio: quia fortuna in hoc mundo non habet superiorem, ejusq; dux DEVS est, referente Baldo ex Seneca ad dictam legem fin. in princ. C. communia de legat. Schneidevvin. hic numer. 4. vel quia sortem temperat, facitque cadere DEVS, secundùm Salomonem Proverbior. dict. cap. 16. vers. 33. Ideoque quando inter contendentes de re aliquâ placuerit; ut ea, fortuna judice, & sorte adhibitâ, dirimatur: ab illo judicio, quod spontaneo consensu elegerût, appellare nequeunt.

17 Sed nec hereditatis divisio, per sortem à scientibus facta, ob inæqualitatem retractari aut rescindi poterit, arg. l. verùm. 11. §. item non restituetur. 4. ff. de minoribus l. si eâ pactione. 14. & l. si ea lege 17. C. de

18 usur. Si verò sortes per errorem dividentiû inæqualiter factæ sint: his, quibus ignorantibus hoc factum, etiam 25 annis majoribus, succurri æquitas postulat: quamvis læsio ad dimidium non pertingat l. majoribus. 3. C. communia utriusq; judicii, &c. Pinel. ad leg. 2. C de rescind. vendit. part. 2. cap. 1. numer. 8. Fachineus lib. 8. controversiar. jur. cap. 36. & novissimè Christophorus Besold. in suo Discursu Iuridico-Politico de appellationibus. c. 7. numer. 109. ubi etiam citat Frider. Pruckman. cons. 29. num. 8. & seqq. nec non consilia Marpurgensia volum. 2. cons. 12.

§. Legari autem. 24.

Legari autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est.

SVMMARIA.

1 Legari tantùm illis potest, cum quibus testamenti factio passiva est: & qui illi sint: & sub n. 2.
2 Iura testamentorum, huicq; cohærentia sunt juris civilis.
3 In legato alimentorum & habitationis speciale est, ut ejus etiam ille capax sit, qui aliàs ex testamento capere non potest.
4 In generali bonorum publicatione bannitorum, non veniunt ea, quæ in causam alimentorum illis sunt relicta.
5 Liberis incestuosis alimenta ex parentum hereditate rectè tribuuntur.

Hæc est quinta pars hujus tituli, de personis, quibus legata relinqui possint, vel non possint. Pro 1 generali autem regulâ hic observandum: Legari illis solùm posse, cum quibus testamenti factio (saltem passiva) est; hoc est, qui ex alieno testamento vel ipsi capere, vel aliis acquirere possunt: licet testamentum (nullo tamen suo facinore intestabiles facti) facere nequeant. §. in extraneis. 4. vers. testamenti autem. J. de hered. qual. & differ. Quo in genere sunt filiifamilias, servi alieni, infantes, furiosi, & denique omnes ii, qui ex testamento capere non prohibentur, de quibus suprà tit. de heredibus instituend. Ratio illius regulæ 2 est manifesta: quia jura testamentorum, & quæ his cohærent, sunt juris civilis. l. 3 ff. qui testam. fac. poss. proindeque non possunt esse cum iis communia, qui neque passivam, neque activam testamenti factionem habent, l. si servo. 101. §. 1. ff. de legat. 1. l. si eo tempore. 4. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. Giph. & Wesenbec. hic num. 1. Itaque illis, qui fasces Romani Imperii non agnoscunt, adeòque cives Romani non sunt, legatum aut fideicommissum relinqui non potest: ut sunt deportati. l. 1. §. hi, quibus 2. ff. de legat. 3. l. 1. C. de heredibus instituend. in metallum sive opus publicum perpetuò damnati. l. si in metallum. 3. ff. de his, quæ pro non scriptis habent. l. sunt quidam. 17: in princ. ff de pœnis. hostes. l. amissione. 5. §. 1. ff. de capite minutis. hæretici. l. Manichæos 4. l. Ariani. 5. C. de hæret. & Manich. apostatæ. l. 1. & 3. C. de apostat. liberi incestuosi. Auth. ex complexu. C. de incest. & inutilib. nupt. Auth. licet. in fine. C. de naturalib. liber Novell. 74. cap. ult. & Novell. 89. cap. ult. & similes, quos Glossa hic recenset, & quorum mentio facta est suprà tit. de heredib. instit.

Verùm enim verò in alimentorum legato specialiter receptum est: ut ejus capax etiam ille dicatur, qui 3 aliàs ex testamento capere non potest. l. is, cui. 11 ff. de aliment. vel cibar. legat. d. l. si in metallum. 3. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. Idem obtinet & in legato habitationis: quoniam utrumque in facto potius, quàm in jure consistit. l. legatum. 10 ff de capite minutis. Mynsingerus hic num. 3. Vnde rectè à qui- 4 busdam Interpretibus traditur: in generali bonorum publicatione, quæ in bannitis & proscriptis Imperii hostibus fit, non venire ea, quæ in causam alimentorum illis relicta sunt. Aegid. Boss in pract. crim tit. de bonorum publicat. num. 72. Petrus Heigius h. num. 4. & liberis incestuosis alimenta ex parentum hereditate, contra juris civilis rigorem, deberi & tribui. cap. cùm haberet. 5. in fin. de eo, qui duxit

Iiii 2 in

in matrimon. quam polluit per adulter. Quâ de re videantur *Menochius lib. 2. de arbitrar. judic. q cent. 2. cas. 169. num. 8. Vasq. de success. creat. libr. 2. §. 20. n. 313. Cagnol. in leg. si qua illustris. 5. num. 6. & 7. C. ad Senatusconsultum Orsitian. Ioachimus à Beust. in tractat. de matrimon. cap. 60. Martinus Celerus lib. 1. de aliment. c. 3. per totum. Angel. hic num. 3. Schneidevvinus. num. 6. ubiq; designati s. in §. si adversus. 12. Instit. de nupt. num. 2.*

§. *Incertis verò. 25.*

Incertis verò personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quàm incerta opinione animo suo testator subjiciebat: veluti si quis ita dicat: *Quicunq; filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato.* Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati essent: æquè incertæ personæ legari videbatur. Et denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari: quia placebat nominatim servos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti, *ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato.* Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

SVMMARIA.

1 *Incertis planè personis legari non poterat. Hujusque rei varia ratio.*
2 *Amicis & notis donare homines solent.*
3 *Testatoris consilium certum esse debet.*
4 *Incerta persona quæ hoc loco dicatur, exemplis ostenditur.*
5 *Legatum pauperibus, & piis causis relictum validum.*
6 *Sententia & explicatio l. quidam relegatus. 5. ff. de rebus dub.*
7 *Enarratio l. si quis ita 14. ff. d. tit.*
8 *Sensus l. ita liber esse jussus. 8. & l. qui pecuniam. 22 ff. de statu liber.*
9 *Cur libertas olim incertæ personæ relinqui non potuerit, multiplex ratio.*
10 *E certo personarum numero, incertæ personæ rectè legatur.*
11 *Legatum incertæ personæ per errorem solutum, non repetitur.*
12 *Debiti naturalis soluti nulla condictio.*

1 INcertæ penitus personæ, nec legata, nec fideicommissa, ne à militibus quidem (licet his aliàs multa concedantur, quæ aliis denegata sunt, *ut patet ex iis, quæ dicta sunt supr. ad titul. 11. de militari testamento*) olim relinqui poterant, *attestantibus Iustiniano hic, & Vlpiano in fragment. Institut. t. 24. de legatis. §. incerta persona, &c. & Paulo libro 3. sentent. tit. 7. de legat. §. legatum. &c.* Cujus rei ratio varia est: tum quia propter personæ incertitudinem, voluntas disponentis commodè ad exitum perduci non posset, *arg. l. duo sunt Titii. 30. ff. de testamentariis tutel. l. in tempus. 62. §. 1. ff. de heredib. instituend. l. 3. §. si duobus. 7. ff. de adimend. vel transfer. legat. & l. item apud. 15. §.*
cui, non sine. 9. ff. de injur. Tum quia amicis ferè & no- 2
tis donare ac legare homines consueverint. *l. amicissimos. 36. in pr. ff. de excusationibus tut. l. Pamphilo. 39.*
§. 1. ff. de leg. 3. Tum deniq; quia & generaliter testato- 3
ris judicium consiliumq; certum esse debeat. *Vlpian. in fragment. tit. 22. qui heredes instituï poss. §. incerta persona, &c. Giphanius hic in verb. olim relinqui. &c.*
Incerta autem persona (*secundùm Imperatorem hoc lo-* 4
co) dicitur, quam incertâ opinione animo suo testator subjicit: id est, cùm nullis certis terminis mens & cogitatio testatoris circumscripta est: sed is in genere relinquit incertæ personæ legatum, quæ & qualis futura sit, ignoratur: ita ut ne generaliter quidem cogitatio de eâ institui aut suscipi possit. Exemplum hujus legati tale proponitur: *Quicunq; filio meo filium suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum, vel centum dato.* Hic prorsus incerta est persona, cui testator centum dare jussit: cùm ne in genere quidem sciri possit, quis ille sit futurus, amicus an inimicus, dignus an indigus, qui filiam suam, testatoris filio in matrimonio collocaturus sit. Similis est legati species, quando testator illis legat, qui post testamentum factum primi Consules designabuntur. Hoc etenim valde incertum erat apud Romanos, quis Consul futurus esset: cùm libera fuerit illius Magistratûs electio, & ex merâ populi voluntate dependerit. Itaque ne in genere quidem sciri poterat à testatore, vel quocunque alio, quis futurus Consul esset. Hujusmodi igitur personis incertis legatum olim relinqui non
potuit. Sed tamen legata, incertis personis relicta, 5
si in pias causas relicta essent, putà pauperibus, vel in redemptionem captivorum, singulari piarum causarum favore valebant. *l. id, quod. 24 l. nulli. 28. & l. si quis ad declinandum. 49. ff. de Episcop & Cleric. Eguinarius Baro, Borcholt. Mynsingerus n. 2. & Hegius n. 6. in hoc §. nostro.* Hinc non inscitè quæritur: an quod pauperibus relictum est, in unum pauperem conferri possit? Hoc licèt pleriq; simpliciter negent, *Treutler. vol. 2. disp. 13. th. 2. lit. d. Paul. de Castro Consil 336. Francisc. Vivius in suis communib. opinionib. lit. T. vers testator jubens & hosq; citans Myns. cont. 5. obs. 69* attamē verius concludi videtur: id arbitrariū esse, & ex sententia boni viri æstimandū, præsertim ex quantitate relicti. Quod si magnæ quantitatis sit: non facilè uni conferendum erit: quia testator pauperum inopiam sublevare; non verò ex pauperibus divites reddere voluisse præsumitur. *Idq; accuratius enodat Bachovius in not. & animadvers. ad Treutler. d. vol. 2. disp. 13. lit. c. & d. pag. 761. & seq.*

Porrò hujus §. regula, *quæ habet; incertis perso-* 6
nis legari non posse, infirmari videtur, *per leg. quidam relegatus. 5. ff. de rebus dub.* ubi relegatus testamentum fecit, & incertis personis legatum his verbis reliquit: *Si quis ex heredibus cæterisve amicis, quorum hoc*

hoc testamento mentionem habui, sive quis alius restitutionem mihi impetraverit ab Imperatore, & antè decessero, quàm ei gratias agerem: volo dari ei, qui id egerit, à cæteris heredibus aureos centum. Quatenus huic, qui ex cognatis & amicis restitutionem sibi impetraverit, legatum reliquit; eatenus legatum valet sine ullâ dubitatione: quia non penitus incertæ personæ, sed incertæ ex certis personis reliquit. Id quod jure eum facere potuisse, constat *ex hoc §. vers. sub certa verò demonstratione, &c.* Quatenus verò cuicunque alii, qui restitutionem impetraverit, centum aureos dari jussit; omnino incertæ personæ reliquit, non secus, ac si futuris Consulibus certam pecuniæ summam legasset. Quod præsenti §. non parùm adversari videtur. *Verùm responsio* facilis est, & ex ipso textu, si integrè legatur, evidens. Ita enim Julianus de isto legato consultus, respondit: *deberi hoc legatum, etiamsi non heres, sed alius ex amicis curârit eum (testatorem) restitui.* His verbis Jurisconsultus judicavit, ratum quidem & validum esse illud legatum: sed eatenus tantum, quatenus testator alicui ex amicis & cognatis suis, qui restitutionem impetraturus esset, reliquit: non autem quatenus aliis planè incertis, propter restitutionem impetratam, dari jussit. Atque ita manifestum est, textum *allegata leg. quidam. 5. ff. de rebus dubiis.* à nostro §. non dissentire: imò optimè cum eodem consentire.

7 Sed magis obstat *l. si quis ita. 14 ff. dict. tit. de rebus dub.* ubi legatum incertis personis relictum sustinetur. Verba legis sunt hæc: *Si quis ita scripserit: Illis, qui testamentum meum signaverint, heres meus decem dato: Trebatius utile legatum esse putat.* Hoc legatum planè incertis personis relictum esse videtur: quoniam quos testator testamento suo, quod facere proposuit, signatores adhibiturus sit, æquè incertum est, ac qui Consules proximo anno sint futuri. *Respondendum:* in hac specie testatorem, qui testamento suo legavit his, qui signaturi sunt illud, non incertis aut ignotis personis, sed certis & notis legasse. Nam à communiter accidentibus ita fieri solet; ut testatores, antequam testamentum facere instituant, certas sibi conquirant, & animo suo destinent personas, quibus testamenti subsignationem committant. Quamvis igitur testator in istius legis casu legatum innominatis personis dederit: non tamen dedit incertis & ignotis: quippe cùm incertitudo ad animum testatoris, non ad alios, referenda sit. Deinde ut maximè concedatur: eos, qui testamentum signabunt, à principio testatori ignotos esse, & incertos: attamen negari non potest, quin postea iidem necessariò testatori viventi certi & noti fiant: cùm testamentum, nisi à testatore ipso adhibiti & rogati, signare nequeant: quemadmodum arguit Marcianus *in adductâ leg. 14. ff. de reb. dub.* his verbis: *quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis.* Et hæc interpretatio ibidem Donello non displicet: ut & Bachovio hic *in verb. incertis personis. pag. 576.*

8 Præterea valdè refragatur *l. ita liber esse jussus. 8. & l. qui pecuniam. 22 ff. de statuliberis.* ubi servus manumissus est hoc modo: *Si decem dederit, liber esto:* nec adjecit testator, cui servus debeat decem dare, & tamen si servus heredi decem dederit, ad libertatem pervenit. Ideoque fideicommissum incertæ personæ relinqui posse videtur. *Sed dicendum:* in allegatis legibus non fuisse fideicommissum incertæ personæ à servo relictum, sed servum jussum fuisse dare conditionis implendæ gratiâ. Et licèt conditionis implendæ causâ data, similia sint fideicommissis, ac interdum pro fideicommissis accipiantur. *l. in quartam. 91. §. sed & quod implenda. ff. ad legem Falcidiam.* tamen hic multùm à fideicommissis distant. Incertæ personæ dari potest conditionis implendæ causa. Ast incertæ personæ fideicommissum relinqui non potest: *ut post Borcholten hic docet Olemannus libro 2. Disputation. jur. civil. Giphanii, Disp. 21. num. 2. & 3.* Sed & libertas (utcunque summè favorabilis. *l. 9 quotiens. 20. l libertas omnib. 122 & l. in obscura. 179. ff. de regul. jur.*) olim incertæ personæ relinqui non poterat. *hoc §. vers. libertas quoque. &c. l. cùm ex pluribus. 31. ff. de manumissis testamento.* Sive quia contemni & pro nihilo haberi videbatur ea res, quæ semper in æstimabilis judicata est, *l. libertas inæstimabilis. 106. ff. de regul. jur.* sive quia species quædam amentiæ videbatur esse, rem tam pretiosam temerè sine nullo judicio prodigere, *tradente hic Hotomano, enunciat. 4.* sive quia voluntatis nullus reperiri poterat exitus seu executio. *arg. præallegata leg. item apud. 15. §. cui. 9. ff. de injuriis.* sive denique quia placebat, nominatim servos in testamento manumitti, *auctore hic Iustinian. in d. vers. libertas quoque, &c.* Igitur si ex pluribus eodem nomine servis unus liber esse jussus sit, nec appareat, qui sit, nullus liber erit. *dict. l. cùm ex pluribus. 31 ff. de manumiss. testam. l. si fuerit. 10. in fine principii. & l. si quis de pluribus. 27. ff. de rebus dub.*

Cæterùm è certo personarum numero, incertæ 10 personæ rectè legatur: veluti cùm testator ita dicit: *Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato, hoc §. nostro. vers. sub certâ verò demonstratione, &c.* Legatum hoc incertæ quidem personæ est relictum; siquidem incertum est, quis sit testatoris filiam ducturus: sed tamen ista persona ex certo personarum numero selecta est, videlicet ex cognatis testatoris: & ideò jure hoc legatum valet. Deinde idem legatum habet rationem judicii & consilii, nempe affectionem erga cognatum sanguinem, ex quâ præsumitur facilis in propinquos donatio, *arg. l. servus communis. 38. ff. de donat. inter virum & uxor. l. Nesennius. 34. ff. de negoc. gest. l. 1. & 2. C. eod. Wesenbec. hic num. 4.* Sanè si heres legatum aut fideicommissum, incertis personis relictum, imprudens errore juris solverit, repetere illud non poterit, *per hunc §. nostrum. in fine ibi, Vultejus num. 4.* Quoniam naturale (voluntas namque testatoris, quæ naturalis est, id voluit præstari) debitum erat, cujus soluti condictio nulla est. *l. naturaliter. 13. l. fideicommissum. 62. ff de condict. indeb. l. penult §. fin. ff. de jur. & fact. ignor. l. error facti. 9. & l. ult. C. ad leg. Falcid.* 11 12

§. Posthumo quoq; alieno. 26.

Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos, heres testatori futurus non est. Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.

S V M M A R I A.

1 *Posthumo alieno olim inutiliter legabatur: & quare.*
2 *Posthumus alienus, & posthumus suus, quis.*
3 *Emancipati sunt numero extraneorum.*
4 *Conciliatio hujus §. cum sequenti §. 28.*
5 *Mens & expositio l. quidam. 5. §. ult. & 2. ll. seqq. ff. de reb. dub.*

1 POsthumo alieno olim, nihilo magis quàm incertæ personæ legari poterat, *hoc §. nostro.* Ratio juris veteris erat: tum quia & alienus posthumus videbatur persona incerta: tum quia jure civili cum illo non erat testamenti factio, qui nondum esset civis, imò ne homo quidem. *initio tit infr. de bonor possessionibus.*
2 *latiùs hic Wesenbecius. num.* 1. Est autem posthumus alienus, qui natus inter suos, heres testatori futurus non est: sive qui natus primum gradum in familiâ defuncti non obtinet, *hoc §. nostro. D. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 8. thes. 14. ad lit. B. ed* 1. vel clariùs: sicut suus posthumus definitur is, qui est in utero, & natus suus nobis heres est futurus, *auctore Vlpiano in fragment. Institut. tit. 22. §. eos, qui, &c.* sic contrà alienus posthumus est is, qui est in utero, & natus non est futurus suus heres, *docente hic Giphanio, & Mynsingero numer.* 2. Ideoque ex pos, ex filio emancipato conceptus, alienus sive extraneus posthumus est avo, *per hunc textum nostrum. & § penult. supr. quib. mod.*
3 *jus patr. potest. solvit.* Cùm enim emancipati extraneorum numero sint *§. emancipatos. 3. supr. de exheredatione liberor.* eodem etiam numero ipsorum liberi post emancipationem concepti ut sint, necesse est, *Hotomanus h. enunciat. 3. Vide Bachovium hic num.* 1. *pag.* 577.
4 Sed videndum, ne Justinianus, qui hoc loco negat, olim posthumo alieno legari potuisse, sibimet ipsi sit contrarius. Etenim statim in *§. posthumus autem.* 28. subjicit: posthumum alienum heredem institui & ante potuisse, & nunc posse. Plerique Interpretes non malè respondent: jure civili seu rigore juris inspecto, alieno posthumo non potuisse legari: inspecto autem jure prætorio seu æquitate, cum heredem institui potuisse: quoniam Prætor dabat ei instituto bonorum possessionem secundùm tabulas, *per princ infr. de bonorum possess. l. posthumus.* 6 *ff. de inofficioso testament. l.* 1. *§. si filius in adoptionem.* 12. *ff. de ventre in possess. mittend. Accursius, Cujacius, Hotomanus, Balduinus, Borcholt. Schilbeck. Giphanius, Eman. Cost. Mynsingerus, & Heigius in dicto §. posthumus autem. hoc tit. Viglius in §. servus etiam. supr. de heredibus instit. Arumaus Disput. Pandectarum.* 16. *thes* 10. *latè Duarenus lib.* 2. *disputat. anniversar. c.* 38. *Antonius Faber lib.* 9. *conjecturar. cap.* 9. *Donell lib.* 6 *Commentar. de jure civil. cap.* 11 *circa finem. pag.* 24. Tametsi alii aliter sentiant, *Alciatus lib.* 9. *parerg. cap.* 1. *Baro, Wesenbecius, Vultejus, Bachovius n.* 2. *& Ant. Matthaus in hoc §. nostro.*

Rursus contra præsentem §. opponi solet *l. quidam.* 5
5 §. fin. cum duabus ll. seqq. ff. de reb. dub. qui textus videntur innuere: posthumum alienum heredem institui, itemq; eidem legatum & fideicommissum relinqui potuisse. *Verùm* respondendum est: quòd Cajus *in dict. leg.* 5. *§ fin.* loquatur de alieno posthumo, cui fideicommissum relinqui potuerit. Cæterùm legatum potuisse ei relinqui, aut directò eum potuisse heredem institui, minimè affirmat. Et quod additur ex Marciano *in l.* 6. *proximè sequenti*, de posthumo instituto, deque legato ei relicto: ad suum posthumum, non ad alienum, referri debere, docet non improbabiliter hic Iohan. Borcholt. & Conradus Olemannus, *lib.* 2. *disp. jur. civil. Giphanii. disputat.* 21. *n.* 12. *&* 13.

§. Sed nec hujusmodi. 27.

Sed nec hujusmodi species penitus est sine justâ emendatione relicta: cùm in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur, non solùm in hereditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutelâ suæ posteritati cavere.

S V M M A R I A.

1 *Hodie & posthumo alieno, & incerta penitus persona utiliter legatur: modo talis incerta persona in futurum certificari possit.*
2 *Tutor incertus dari non potest.*
3 *Ejusq; elegans ratio.*

SVbjicitur hic superiorum jurium correctio. Nam 1
Græcâ Justiniani constitutione (*quæ etsi hodie non extat in Codice: satis tamen est, eam in hisce Institutionibus confirmari: ejusq; sententiam ex Balsamone in Codicem suum retulit Iulius Pacius, & Dionysius Gothofredus, sub tit.* 48. *de incertis personis. lib.* 6.) legatum non solùm posthumo alieno, sed etiam incertæ planè personæ relictum, valet: dummodò talem incertam personam eventus postea demonstrârit. *Balduinus, Mynsingerus, Wesenbecius & Heigius in hoc §. Bartolus & Doctores communiter in leg. quidam relegatus.* 5. *ff. de reb. dub.* Ac sanè hanc Justiniani hoc loco mentem esse, intelligitur perspicuè & ex *§. incertis.* 25. qui præcedit, & ex *§. sive potiùs vers. tutor autem.* qui continenter sequitur. In illo ita scriptum est: *Incertis personis olim legari concessum non erat.* Stultè diceretur: *concessum non erat*, si ot nunc quidem esset concessum. Olim igitur concessum non erat: nunc scilicet est concessum. In hoc verò ita scriptum 2
est: *Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet.* Et constitutionem illam intelligit Imperator, cujus priùs meminerat. Vnde manifestum fit, Justinianum in eâ constitutione, quâ se emen-

emendasse dixerat illam speciem, egisse de incertis personis, & cavisse, illis legari posse: alioqui malè in eâ tutorem incertum exciperet unum ex omnibus. *Verùm accuratiùs hac de re disserit Donellus in dict.*
3 *leg. quidam 5. ff. de reb. dub.* Rationem porrò, cur tutor incertus dari non debeat, ipse Imperator hanc subjungit: Quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere: id est, quia interest pupilli, cujus magnus est favor, ut certus à patre tutor designetur. *l. tutor incertus. 20. ubi DD. ff. de testamentar. tutel. Giphanius in dict. vers. tutor autem, &c. ibiq; explicatiùs Wesenbec. num. 7.*

§. Posthumus autem. 28.

Posthumus autem alienus heres institui & antè poterat, & nunc potest: nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipienda sint hæc verba: posthumum alienum heredem institui, & antè potuisse, & nunc posse.*
2 *Quomodo exaudienda sint verba illa: cum posthumum institui non posse, qui in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.*

1 POsthumus, inquit Imperator, alienus heres institui & antè poterat, & nunc potest. Nunc posse, ait: quia, ut posset, constituit eâ constitutione, cujus *supra in §. proximè præcedenti* meminit. Eundem posthumum alienum, ait, potuisse antea institui: cui tamen negaverat priùs, quidquam utiliter testamento relinqui. *§. posthumo quoque. 26. s. h. t.* Sed hæc ipse ita conciliat infra *in pr. de bonorum possessionib.* non poterat institui jure civili, quo jure non valebat institutio; siquidem incerta persona esset *Ulpian. in fragm. tit. 22. § incerta, &c.* at poterat institui jure honorario sive prætorio: quia institutus per bonorum possessionem secundùm tabulas hereditatem acquirebat, *ut attigimus supr. in dict. § posthumo 26. hac tit Timaus Faber*
2 *disput. 20. ad Institut. Imperial. th. 16.* Quod verò hic artexitur, institui eum posthumum non posse, qui in utero ejus sit, quæ jure nostro (scilicet Romano) uxor esse non potest: vulgò ab Interpretibus accipitur de illa, quæ vel propter affinitatem, vel sanguinis necessitudinem, uxor testatoris esse non potest, *Eguinar. Baro, Wesenbec. Mynsingerus hic in fine. & Eman. Costa num. 25.* Verùm hæc interpretatio ab æquitate, omnique ratione remota videtur. Cur enim non liceat mihi eum, qui est in utero sororis, heredem instituere? cùm tamen alienissimum & prorsus extraneum heredem scribere valeam? Proinde verba illa, *quæ uxor esse non potest.* sic quidam rectiùs interpretantur: cum quâ nemo de jure connubium habet, utputa cum virgine Vestali, vel hodie cum asectriâ seu moniali. *Cujacius in l si quis posthumos. 9 § 1. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. Lancellotus Galiaula in repetit. l. Gallus. 29. in princ. num. 12 ff. eod. Vultejus & Heigius hic circa finem.*

§. Si quidem in nomine. 29.

Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii, testator erraverit: cùm de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemq; in heredibus servatur: & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratiâ reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

SVMMARIA.

1 *Error nominis neq; legatum, neq; heredis institutionem, neq; bonorum possessionem vitiat, si de personâ constet.*
2 *Nominis appellatio & generalis est, & specialis.*
3 *Quid sit prænomen: quid nomen: quid cognomen: quid agnomen.*
4 *Veteres cognomen ferè usurparunt pro agnomine.*
5 *Germani nostri quibus nominibus utantur.*
6 *Nomina significandorum hominum gratiâ sunt reperta.*
7 *Finis ubi habetur, de mediis soliciti non sumus.*
8 *Si designatio certam personam non satis exprimat: ad nihilum redigitur legatum.*
9 *Non solùm in personâ, sed etiam in re ipsâ non vitiatur legatum errore nominis.*
10 *An error in nomine appellativo, legato noceat.*
11 *Rerum vocabula sunt immutabilia: hominum mutabilia.*
12 *Sic hæc an liberorum appellatione quis complexus sit: locus mentis conjecturæ relinquitur.*
13 *Si testator bovem legare volens, eo demonstrato, asinum dixerit: legatum subsistet.*
14 *Testatores plerunque abusivè loquuntur.*
15 *Humana fragilitas, mortis cogitatione perturbata, non potest memoriæ plures res consequi.*
16 *Error nominis appellativi legato non officit, si communis loquendi usus naturalis res vocabulum inverterit, &c.*

ADhuc explicatum est, legatum propter incertitudinem personæ olim fuisse inutile: hoc loco Imperator subjungit; si persona sit certa, errore nominis neque legatum, neq; heredis institutionem vitiari. *l. si in nomine. 4. C. de testament. l. si Fortidianum 7. §. 1. C. hoc titul. de legat.* Idemq; juris est in bonorū possessione. *l. si ita scriptum 8 § sed & sùm. 2 ff de bonorum possessionib. secundùm tabulas.* Igitur si testator, cùm Sempronium dicere vellet, Cajum dixerit, legatum valebit. Nominis autem appellatio & generalis est, prænomen, familiæ nomen, ac cognomen significans. *arg l. unic. C. de mutat. nom. & l. 1. ff. de liber. & posthum.* & specialis, familiæ tantùm nomen denotans: ut Tullius, Julius, Pompejus, Mutius, &c. *latè Ant. August. lib. 3 emendat. cap. 8.* Planè nomina propria (*auctore Charisio Grammatico, prout eum citant hic Hotomanus & Wesenbecius*) in quatuor species dividuntur: Prænomen, Nomen, Cognomen, & Agnomen: ut, Publius Cornelius Scipio Africanus. Prænomen est, quod nomini præponitur, ut Publius; 3 nomen, quod familiæ originē declarat, ut Cornelius 3 cognomē, quod nomini subjungitur, ut Scipio: agnomen, quod extrinsecus adjicit ab eventu solet, ut Africanus. Et certè innumera apud Romanos ejusmodi nomina videre est: ut M. Licinius Crassus Dives: M. Portius Cato Sapiens: Q. Fabius Maximus Allobrox. L. Cornelius Scipio Asiaticus, &c. Notandum tamen est: vete- 4 res cognomen ferè pro agnomine usurpasse: ut cùm de Crasso Divite *Cic. libr. 2. de Offic.* dicit: Crassus tum cognomine dives, tum copiis: aut de Catone Sapien-

Sapiente. *in libr. de Senect.* Cato propterea cogno-
men jam habebat in senectute Sapient.s Neque ve-
rò omnes Romani prænominibus simul & cogno-
minibus utebantur: sed alterutro contenti fuêre per-
multi: ut Aquilius Gallus, Servilius Hala, Q. Sertori-
us, C. Marius, & cæteri, *de quibus in leg. 2. ff. de orig.*
5 *jur.* Enimverò Germani nostri hodie uno consensu
proprium nomen, velut Romanum prænomen, &
familiæ nomen habent, quod vulgò cognomen di-
citur, Romanis etiam absolutè nomen: quibus inter-
dum patrium nomen, vel professionis, aut utrumque
subjicitur. Verùm ista nomina alii aliter, & quidem
copiosè, declarant. *Accursius, Balduinus, Baro, Hei-
gius, & Mynsingerus in hoc § nostro. Viglius in §. nomi-
natim. supr. de exheredat. liberor. Alciat. lib. 4. Di-
spunct. cap. 1. Anton. Augustin. dict. lib. 3. emendation.
cap. 8. Carolus Sigonius lib. singul. de nominibus Ro-
manor. Cagnol. in proœm. dig. num. 179 & seqq.*

6 Ratio porrò, cur error nominis non vitiet legatum,
aut heredis institutionem, hæc ab Imperatore assi-
gnatur: quia, inquit, nomina significandorum ho-
minum gratiâ reperta sunt: qui si alio quolibet modo
intelligantur, nihil interest. *dict. l. si ita. 8. §. 2 ff. de bo-
norum possess. secundùm tabulas. dict. l. 4. C. de testa-
ment. l. ad recognoscendos. 10. C. de ingenuis manumiss.*
Quasi diceret: ad exitum sive executionem volunta-
tis defuncti, in legatis, in hereditatibus, in bonorum
possessionibus, satis est, si de personâ constet, etiamsi
7 in nomine sit erratum, *docente hic Giphanio.* Etenim
finis ubi habetur: de mediis parùm soliciti sumus.
*arg. l. si in duobus. 10. § 1. ff. quemadmodum testamen-
ta aperiant. l. si mater. 3. ibiq; Bald. C. de institutionib.
& substitutionibus.* Perinde igitur est, sive quis no-
mine proprio, sive certâ periphrasi, ac demonstratio-
ne aliquâ, vel officii, vel artificii, &c. designetur *l. quo-
tiens. 9. §. si quis nomen 8. ff. de heredib. instit. l. certum.
6 ff. de rebus cred. si cert. pet. l. nominatim. 34. ff. de con-
8 dit. & demonstrat.* Quòd si verò designatio non sa-
tis fungatur vice nominis, neque certam personam
exprimat; ad nihilum redigetur legatum sive institu-
tio *l. in tempus. 62 §. 1 ff. de heredibus instit. l. duo sunt
Titii 30. ff. de testament. tutel. Wesenbecius hic num. 2.*
9 Cæterùm quod hic de personâ legatarii, idem & de re
ipsâ legatâ jus est: ut scilicet errore nominis, non tan-
tùm in personâ, sed etiam in re ipsa non vitietur lega-
tum, propter eandem rationem: velut si testator, cum
legare vellet fundum Sempronianum, cum errore no-
minaverit Cornelianum, valebit legatum, & debebi-
tur. Nomen enim non curatur, dummodo de cor-
pore constet. Sed, si in ipso corpore & re erraverit,
legatum neutiquam valebit: quoniam hoc casu testa-
tor non scripsit, quod voluit: sed potiùs scripsit, quod
noluit. *l. si quis in fundi 4. ibiq; Gothofr. & Duar. ff.
de legat. 1. dict. leg. si Fortidianum. 7. §. 1. C. hoc tit.*

10 An autem idem obtineat juris, quando circa no-
men commune sive appellativum erratur, tractatum
est: ut, si testator, cùm vellet vestem legare, dixit, se le-
gare supellectilem: aut si, cùm vellet argentum lega-
re, dixit, se legare vestem? Et extat Jurisconsulti re-
sponsum, *in dict. leg. 4. ff. de legat. 1.* hunc appellativi
nominis errorem esse intolerabilem, adeòque legato
nocere: ex hac ratione, *quòd rerum vocabula immu-
tabilia sunt, hominum mutabilia.* Hoc est: quæ vo- 11
cabula rerum substantiam significant, & quæ commu-
ni usu recepta, & quasi naturali quodam hominum
consensu rebus indita sunt: arbitrio nostro non pos-
sunt commutari. Ea verò, quæ hominum sunt, id est,
quæ differentiam significant, facilimè mutari que-
unt: quia sunt singulorum, & cujusque arbitrii, non
communis usus. *Quà de re videantur Gæddæus in l.
vinaria. 206. num. 2 ff. de verborum significationib.
Vaconius à Vacuna libr. 4. declarat. 56. Eguinar. Ba-
ro, & maximè Ioannes Borcholt. in hoc §. qui hanc
rem præ aliis diligenter & copiosè explicat, contrari-
aq; argumenta nervosè refutat.*

Sanè nonnunquam in nominibus appellativis, si
verba non prorsus repugnent, sed aliquo, licèt, impro-
prio, modo convenire possint, etiam tacitis conjectu-
ris locum esse, & legatum non vitiari, censet Alciatus
in prællegatâ leg. si quis in fundi. 4 ff. de legat. 1. Hinc 12
si chartas librorum appellatione quis complexus di-
catur: locus erit mentis conjecturæ, propter rerum
adfinitatem: præsertim si testator dixerit, *chartas
meas universas,* cùm nullas alias chartas, quàm li-
bros habuerit, *l. librorum appellatione. 52 §. quod ta-
men Cassius. 4 ff. de legat. 3. Vaconius à Vacuna d. lib.
4 declarat. 56 num. 7 Duaren. ad tit. ff. de heredib. in-
stit. cap. 3. & in d. l. 4. ff. de legat 1. Schneidevvin. hic,
post gl. num. 7.* Sic si testator rem oculis suis subje- 13
ctam & demonstratam, alio nomine appellando, le-
gaverit, puta bovem legare volens, eo demonstrato,
equum vel asinum dixerit: cùm de mente ipsius pro-
be constet: legatum istud subsistere plerique prodi-
derunt. *Accursius in l. quæ extrinsecus 65. §. 1. ff. de
verbor. obligationib. Dd. in d. l. certum. 6. ff. de rebus
cred. si cert. pet. eleganter Vaconius à Vacuna dict. de-
clarat. 56. num 6.* Etsi id impugnet *Mynsinger. hic n.
10.* Et quidem, me judice, non usque adeò malè vel
inscitè prodiderunt Non enim, *auctore Marcello,* 14
in causa testamentorum ad definitionem utique de-
scendendum est: cùm plerunque abusivè testatores
loquantur: nec propriis nominibus ac vocabulis sem-
per utantur. *l. non aliter. 69 § 1. vers. non enim. ff. de
legat. 3* & humana fragilitas, mortis præcipuè cogi- 15
tatione perturbata, minus memoriâ possit res plures
consequi *l. hac consultissima 8. vers. at cùm humana.
C. qui testament facere possunt.* Præterea error no-
minis appellativi legato non officit: si communis lo- 16
quendi usus naturale rei vocabulum inverterit: *quò
pertinent late congesta ab Alciato lib. 2. de verborum
significationib. num. 27. & seq.* ut ipsum nomen ap-
pellativum non naturâ, sed civili consuetudine indu-
ctum esset: qualia sunt artificum & officiorum nomi-
na. *Iason & alii in dict. leg 4. ff. de legat. 1. Angel. in
hoc §. ibiq; Heigius num. 11. & Mynsinger. num. 14.*

§. *Huic proxima. 30.*

Huic proxima est illa juris regula: falsa de-
monstratione legatum non perimi: veluti si
quis

quis ita legaverit, *Stichum servum meum vernam do, lego.* Licèt enim non verna, sed emptus sit: si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit: *Stichum servum, quem à Sejo emi*, sitq; ab alio emptus: utile est legatum, si de servo constat.

SVMMARIA.

1 *Falsa rei legatæ demonstratio, legatum non convellit.*
2 *Demonstratio plerunque vice nominis fungitur.*
3 *Re ipsâ cognitâ, non curatur demonstratio.*
4 *Falsa demonstratio quæ.*
5 *Verna quid.*
6 *Quod de re legatâ dicitur: idem esse videtur, si personæ legatarii falsa demonstratio adjiciatur.*
7 *Exponitur l. si sic legatum. 75. §. 1. ff. de legat. 1.*

1 QVemadmodum falso legatarii nomine; sic falsâ
rei legatæ demonstratione, legatum non vitiatur aut perimitur. *l. falsa demonstratio. 33. & l. seq. l. quibus. 40. §. pen. ff. de condit. & demonstrat. l. si sic legatum. 75. §. 1. in fino. ff. de legat. 1 l. Quintus Mutius.*
2 10. *vers. quia certò. ff. de auro & argent. legat.* Rectè autem ait Imperator: hanc regulam juris de falsa demonstratione, esse priori regulæ de falso nomine proximam: quia demonstratio plerunque vice nominis fungitur, *inquit Florentinus Iurisconsultus in l. nominatim. 34. ff. de condit. & demonstrat.* Ratio porro hujus regulæ est eadem, quæ de nomine. Nam & demonstratio rei cognoscendæ atque significandæ cau-
3 sâ adhibetur. Itaque re ipsâ cognitâ, non curatur demonstratio. Legatum quippe est rei & corporis: de quo si constat, id est, si constat de substantia, non est curandum de accidente. *l. demonstratio. 17. dict. l. falsa demonstratio. 33. cum l. seq. & ubiq. Doctores. ff. de*
4 *condit. & demonstrat.* Cæterùm falsa demonstratio est: si testator, cùm Stichus sibi donatus esset, aut cùm fundum Tusculanum emisset, ita scripsit: *Stichum, quem à Titio emi, aut fundum Tusculanum, qui mihi à Seio donatus est, do, lego.* Hic si constet, de quo homine, de quo fundo senserit testator: ad rem non pertinet, si is, quem se emisse significavit, donatus esset; aut, quem donatum sibi esse significavit, emerit. *dict. l. falsa. 33. ff. eod. & hoc §. nostro.* Similiter si testator ita legavit: *Stichum servum meum vernam do, lego*: Stichus debetur, licèt non verna, sed emptus sit, si modò
5 de servo constet, *per hunc textum nostrum.* Verna propriè dicitur servus, domi nostræ ex ancilla nostra vere natus: quod anni tempus maximè naturalis fœturæ esse, affirmat Sextus Festus Pompejus *lib. 19. quem referunt & sequuntur hic Borcholt. & Mynsin-*
6 *gerus numer.* 9. Et isthæc quidem exempla sunt tantùm de re legata: idem tamen esse videtur, si personæ ipsius legatarii falsa aliqua demõstratio adjiciatur: ut, Titio, affini, aut fratri, aut condiscipulo, centum do, lego: valet legatum, si de ipso Titio constet, etiamsi non sit vel affinis, vel frater, vel condiscipulus. *dict. l. falsa. 33 & d. l. quibus. 40. §. qui dotalem. 4. ff. dict.*

tit. de condit. & demonstrat. Balduinus hic, & Giphanius in vers. & convenienter, &c.

Nec regulæ hujus §. obstat *supr. allegata l. si sic le-* 7
gatum. 75. § 1. ff. de legat. 1. ubi Vlpianus ita respondit: *Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neq; Titius debeat: sciendum est, nullum esse legatum.* Cùm Titius in proposito casu nihil debuerit; falsa demonstratio legato est adjecta, quæ non debebat legatum vitiare, *ex sententiâ præsentis §. & jurium anteà adductarum.* Lex, *inquam*, illa non obstat. Nam in eâ legatum non propter falsam demonstrationem, sed propter rei defectum, quæ legata est, vitiatur. Testator enim in genere legavit, quod Titius debebat: quem tamen nihil debere, constabat. *Verùm hanc rem uberiùs declarant hic Mynsingerus num. 4. cum seqq. & Heigius num. 13. & seq. Rober. Disputat. 12. ad Instit. th. 19. ad lit. a. nec non Iul. Pacius cent. 6. quæstio. q. 32. & 44.*

§. *Longè magis. 31*

Longè magis legato falsa causa adjecta non nocet: veluti cùm quis ita dixerit; *Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego:* vel ita: *Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego.* Licèt enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa: aliud juris est, veluti hoc modo: *Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.*

SVMMARIA.

1 *Falsa causa legato adjecta, illud non vitiat.*
2 *Quæ sit ejus ratio.*
3 *Si heres dicat, propter falsam causam legatum ex defuncti voluntate cessare, id probare debet.*
4 *Quomodo istud probari possit.*
5 *Causa finalis nequaquam in testamentis negligenda.*
6 *Conditione legato appositâ deficiente, deficit quoque legatum.*
7 *Idem obtinet in modo legato adjecto.*
8 *Modus & conditio in quibus a se invicem differant.*
9 *An legatum, pro dote aut nuptiarum causa relictum, purè, sub modo, vel sui conditione relictum videatur.*
10 *Promissio, dotis causa facta, cum legato, eandem ob causam facto, comparatur.*
11 *Dos nulla, ubi nullum matrimonium.*
12 *Legatum dotis, quibus ex conjecturis modale censeatur, remissivè.*
13 *Vtrum legatum sub conditione, si legatarius Pontificiam religionem amplexus fuerit, conditione non adimpletâ, debeatur.*

VT error nominis, & falsa demonstratio legatum 1
non vitiat: ita & falsa causa legato non nocet; & quidem multò minùs, quàm duo priora. Igitur si ita dixit testator: *Titio, quia negotia mea curavit*; vel, *quia patrocinio ejus, capitali crimine sum liberatus, fundum do, lego:* utile est legatum, licet neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus sit liberatus. *hoc § nostro. l. demonstratio falsa. 17. §. quod autem. 2. & l. cùm tale 72. §. falsam cau-*

sam.6 ff.de condit. & demonstrat. Ratio autem, cur
2 falsa causa multò minùs noceat legato, est hæc: quia hoc casu planè constat de personâ; & causa non solet significare personam, ut nomen, aut demonstratio. Cur verò falsa causa legato non obsit, hæc est ratio: quia, *inquit Papinianus*, ratio legandi legato non cohæret; id est, quia legati vis & substantia ex ipsa testatoris voluntate pendet; adeòque sine ulla causa consistere potest. *dict. l. cùm tale 72 § falsam. ff. dict tit. & monuit hic Giphanius.* Sed dicet aliquis: causa tamen movit testatorem ad relinquendum legatum?
3 Respondeo: si id ab herede probetur, puta causâ motum testatorem, ita ut aliàs non fuerit legaturus, nisi propter eam causam, & causa sit falsa: valebit quidem legatum ipso jure: sed tamen legatarius id petens repelletur exceptione doli: quia scilicet legatum petat contra voluntatem defuncti, *dict. l. cùm tale. 72. §. falsam. 6. ibi, sed plerumq; doli exceptio locum habebit. ff.*
4 *de cond. & demonst.* At quomodo probabitur, testatorem aliqua causa fuisse ad legandû impulsum? Respondetur: si vel dixisse hoc testatorem liquebit: vel causa respiciat consanguinitatem, aut affinitatem: ut, *Caje, quia est frater meus, vel consanguineus, centum do, lego.* Quo casu non tantùm in causa, sed & qualitate, error intercedens nocet. *l. si pater. 4. & l. nec apud. 7. C. de heredibus instituend. Mantica libr. 4*
5 *de conjectur. ultimar. volunt. tit 5. num. 3* ubi astruit, quòd & conjunctio præsumatur esse causa finalis: quæ profectò non æquè, ac causa impulsiva in testamentis negligenda est, utpote secundùm quam illa omninò, & extendenda sunt, & restringenda; sicuti, *post plures Doctores, à se citatos,* copiosissimè tradit idem Mantica. *lib. 6. de conjectur. ultimar. volunt. tit. 14 quem refert hic, & amplectitur Heigius n. 6. Adde Bachovium num. 2. pag. 581.*
6 Porrò in futurum eventum collata causa, conditionale facit legatum: quod non debetur, nisi impletâ conditione, *l. si post diem. 5. §. sed si sub conditione. 2. ff. quando dies legator. eod. l. qui heredi. 44. §. ult. ff. de condit. & demonstrat. l. 1. §. sin autem aliquid sub conditione. 7. C. de caducis tollend. l. 2. C. de his, quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur. Henricus Schilbeck. hic ad finem.* Verbi gratia: Testator ita dixit; *Titio, si negotia mea curaverit, fundum do, lego.* Hoc legatum ita demum utile erit, si Titius testatoris negotia curaverit, *hoc §. nostro in fine. d. l. demonstratio falsa 17 §. at si conditionaliter. 3. ff. de cond.*
7 *demonst.* Idem omninò obtinet, quando non sub conditione, sed sub modo causa adjecta est legato: vel uti, *Titio centum lego, ut hoc aut illud faciat.* Hoc legatum peti non potest, nisi modus, sub quo reli-
8 ctum est, impletus fuerit. *dict. l. demonstratio. 17. in fine ff. eod. l. 1. C. de his, quæ sub modo, &c.* Illud tamen in modo diversum est à conditione; quòd legatarius eventum conditionis expectare jubetur: at sub modo legatum etiam statim peti potest, præstita cautione de implendo. *l quibus diebus. 40. §. ult. ubi plenius Bartolus. ff. de condit. & demonstrat.* Sed & si per legatarium non stet, quo minùs impleatur modus, legatum debetur, & ad heredem transit: veluti, legato Titiæ relicto, ut alicui nubat, si is nolit Titiam ducere, legatû nihilominus eidem debetur. Sufficit etenim per honoratam personam non stare, quo minùs satisfiat modo: quocunque tandem casu contingat, facultatem implendi modum deficere *d. l. 1. C. de his, quæ sub modo legata, &c.* cùm contrà, deficiente conditione, etiam casu fortuito, tertiive facto, vel culpâ, legatum deficiat & extinguatur. *l. pater Severianam. 101. ff. de condit. & demonstrat. l. legatum. 4. C. de conditionibus insertis, &c. Iohannes de Platea, Balduinus, Eguinarius, Baro, Heigius, Mynsingerus, & Schneidewvinus hic circa finem.*

Usu frequentissima, & maximè utilis hic in mentem venit quæstio: utrùm legatum pro dote, sive nuptiarum causâ relictum, purè, sub modo, vel sub conditione, relictum videri debeat? Et legatum istud in dubio conditionale, non purum, vel modale (*ut loquuntur*) censendum esse, evidens ratio dictat. Tum 9
quia promissio, dotis causâ facta, legato, eandem ob causam facto, æquiparatur. *l. si divortio. 21. ff. de verborum obligationib.* At promissio dotis causâ facta semper in se conditionem, *si nuptiæ sequantur,* continet. *l. promittendo. 41 §. 1. ff. de jure dot.* Tum quia 10
dos nulla esse intelligitur, ubi nullum est matrimonium. *l. dotis. 3. l. si ego Seia. 9. in princ. & l. tali. 48. ff. dict. tit. de jure dot.* Et eandem sententiam perspicuè confirmant *l in testamento. 31. l. Titio centum. 71. §. Titio genero. 3. vers. ante nuptias, & ubi Bartolus, Baldus & Castrens. l. conditionum. 91 ff. de condit. & demonstrat. l. penult. ff. de opt. vel elect. legat l cùm testator. 8. C. de testamentaria manumiss. l. sancimus. 24. C. de nupt. Novell. 123. cap. 37. Alexander & Iason. in l. 1. C. de instit. & substit & in l si cui. 49 §. hoc autem. ff. de legat. 1. Bald. Novell. in tract de dote. part. 6. privileg 50. & 76. Covarruvias in cap. nos quidem. n. 11. extra, de testament. Eman. Costa libro 2. selectar. interpretat. cap. 22. num. 1. & seqq. Mantic. in tractat. de conjectur. ultim. voluntat. lib. 11. cap. 18. n. 20. & 21. Eman. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. D. n. 313. Francisc. Marcus decis. 856 & seq. part. 1. Fernand. Vasq. de success. progress lib 3. §. 29. aliiq; quos refert & sequitur Petrus Heigius part. 1. quæst 31. n 9* Cæterùm 11
legatum pro dote, aut nuptiarum causa relictum, ex quibus conjecturis non conditionale, sed purum seu modale, atque adeò transmissibile censeatur, diligenter & accuratè explicat Menochius *lib. 4. de præsumptionib. tom. 2. præsumpt. 146. ad quem dominos Studiosos brevitatis amore, nunc remitto.* Illud hîc quasi coronidis loco addendum: quòd legatum sub conditione, 12
si legatarius pontificiam amplexus fuerit religionem, conditione non adimpletâ, debeatur. Idq; propter hanc maximè rationem: quia conditio isthæc, cùm pietatem, conscientiā & existimationem legatarii lædat, ceu impossibilis, *l. filius. 15. ff. de condit. instit.* pro non scriptâ habenda est. *l. 1. l. condit. 9. l. condit. contra 14 ff. eod. l. obtinuit. 3. l. non dubitamus. 20. l. quoties. 22. ff. de cōdit. & demonstr. l. reprehendēd 5. C. de instit. & subst. id quod exquisitius enodant Petrus Syring. in dissertat. de pace relig. concl. 45 apud Arum. disc. Acad. de jure publ. eo. tom. 2. Henr. Andr. Crantius in dissert. de pac. relig part. 2. problem. 7. D. Beseld. in disc. de educat. & stud. lit. c. 19. n. 13. D. Rümel. ad aur. Bull.*

part.

part.3.dissertat.6.corollar.2.nosq; omnes laudantes Ioannes Wurmser. & Georgius à Nostitz. exercit. 5. de jur.publ quæst.9 pag. 211.& seqq.

§. *An servo heredis.* 32. & §. *Ex diverso.* 33.

An servo heredis rectè legemus, quæritur? Et constat, puré inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator: hoc non debet ideò valere, quia diutiùs testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur servo, ut requiramus; an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

§. 33. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino rectè etiam sine conditione legetur non dubitatur. Nam & si statim post factum testamentum decesserit testator: non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur: cùm hereditas à legato separata sit: & possit per eum servum alius heres effici, si priùs, quàm jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit: vel manumissus ipse heres efficitur: quibus casibus utile est legatum. Quòd si in eâdem causa permanserit, & jussu legatarii adierit: evanescit legatum.

S V M M A R I A.

An & quatenus servo heredis legari possit.
2 *Legatum domino heredis, sive pure, sive conditionaliter relictum, valet.*
3 *Quæ hic de servo & domino adseruntur: eadem & in filiofamilias ac patre constituta sunt.*
4 *Cur servo heredis purè legari non possit.*
5 *Heredi à semetipso legari nequit: & quæ sit ratio.*
6 *Quare servo heredis rectè legetur sub conditione.*
7 *Regula Catoniana, ad legata conditionalia non pertinet.*
8 *Cur heredis domino legatum, & purè & sub conditione relictum, valeat.*
9 *Objectio, ejusq; refutatio.*
10 *Servo & filiofam. jussu domini, patrisve hereditatem adeunte, legatum extinguitur.*

1 HOc loco duplicem Imperator Justinianus tractat quæstionem. Prior est: an, si dominus instituatur heres, eodem testamento legari ejus servo possit? Altera: an è diverso, hereditas servo, & ejus domino legatum possit relinqui? Et respondet, utrumque fieri posse, sed quodam discrimine: quia priori casu legatum servo heredis purè relictum, non valeat: relictum sub conditione, ita demum valeat, si eâ existente servus extra illius potestatem reperiatur: posteriori casu legatum domino heredis, sive purè, sive condi-
2 tionaliter relictum, omnimodò valeat. Etsi verò hujus
loci disquisitio magis subtilis, quàm utilis alicui non
immeritò forsan videri queat: quia prisca illa servitus
3 hodie sublata sit: is tamen interim meminerit, eadem
& in filiofamilias ac patre constituta esse. *l. à filio.25.l. quæsit.91.ff.de legat. 1. Berch. & Gipb. hic in princip. & Balduin.in verb.non tamē apud.&c.* Ratio prioris 4
casûs, id est, cur servo (vel filio) heredis non possit legari purè, est hæc: quia quod servo heredis legatur, ipsi heredi legari videtur. Statim enim heredi, ut domino, acquiritur. *l.non minùs.31 ff.de hered.inst.l.placet.79.ff.de acquir.vel omitt.hered.* Atqui heredi à se- 5
metipso legari non posse, perspicuū est *Vlpian.in frag. t 24.de legat.§.her &c.l.& quidem.18.l legat.116.§.1.ff de leg.1.* Qui sic? quia ex eo legato fieret, ut un⁹ idemque esset & heres, & legatarius: hoc est, debitor, puta heres, & creditor, puta legatarius simul: quod est absurdū. *l pland.34.§.si duobus.11.ff.de legat.1.l.cū legat.17.vers.quia etsi confest ff.quando dies leg.ced. l. debitori.7.ubi Dd.C.de pact.* Cur autem servo heredis re- 6
ctè legetur sub conditione, ratio est: quia legatū conditionale non statim vires capit ab initio, sed à conditionis demū eventu, *arg.l.quæ legat.18. & l. is damn.169.§.quod pendet ff.de R. I. l.liber homo.59.§.si ita script.6 ff.de her.inst.l.si post diem.5.§ 2.ff.quando dies leg.ced.l.si propt 53.ff.ad l. Falc.cum similib.* Licèt aliud sit in stipulatione conditionali. *l.usufruct.26.ff.de stipulat.serv.l.si filiusfam.78.ibiq; elegant.Gothofr.ff. de verb.oblig.d.l.quæ legat.18.ff. de reg.jur.* Interea verò id est, dum pendet conditio, fieri potest, ut hic servus non sit ampliùs heredis, vel quia manumittatur, vel quia vendatur seu alienetur. Quibus casibus quia non ampliùs erit in potestate heredis, si postea existat conditio, legatum illi relictū, non acquiretur heredi; sed spectabit vel ad ipsum servū jam liberum, vel ad novum dominum, cui est venditus, vel donatus: atque ita non idem hîc erit & heres
& legatarius, ut in superiori casu legati puri. Etenim 7
regula Catoniana, ad conditionalia legata nō pertinet. *l.cætera.41.§.tract.2.ff de legat.1.l.placet.4.ff de reg. Cat.l.Iulian.86.vers.cū verò ff. de cō dit.& demonstr.*

Ratio denique posterioris casus, id est, cur heredis 8
domino aut patri legatū relictum, tam purè, quam sub conditione, rectè valeat, hæc est: quia legatum domino sive patri relictum, non acquiritur servo seu filio heredi: ut in priori casu legatū filio relictum, patri acquiritur. Ideoque non statim hoc casu posteriori idem
fit & heres & legatari⁹. Sed inquiet quispiā si fili⁹ adeat 9
hereditatem, acquiritur ea statim patri: adeòque rurs⁹ hereditas & legatū concurrent in eandem personam, sive hoc casu rursus, pater erit & legatari⁹ & heres, effectu considerato. *dict.l plac.79 ff.de acquir. vel omitt.hered.* Respondeo: evenire tamen posse, ut filius ante aditam hereditatem emancipetur, aut servus manumittatur vel alienetur. Quib⁹ casibus si postea hereditatem adeant: eam non acquirent patri aut domino, sed sibiipsis, si fuerint manumissi; vel novo domino, si fuerint alienati. *§.serv.aut.1.cum seqq.I de heredib.*
instituend. Quid ergò, si neque manumissi, neque ali- 10
enati fuerint, sed in eâdem causa sive potestate permāserint, & ita hereditatem adierint? Hoc certè casu, cùm in eundem, patrem aut dominum, utrumque, hereditas & legatū, concurrat; istud legatum fit inutile, atque evanescit: *ut hoc loci in fine Imperator ostendit.*

§. *Ante heredis*. 34.

Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur: scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt: & ob id veluti caput atq; fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem, & hoc vitium emendavimus: ut liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones legatum relinquere, & multò magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

S V M M A R I A.

1 *Heredis institutio caput ac fundamentum testamenti.*
2 *Olim ante heredis institutionem inutiliter legabatur.*
3 *Iure novo non modò ante heredis institutionem, sed etiam inter medias heredum institutiones, legata & libertates relinquere licet.*
4 *Hujus novi juris ratio.*
5 *Ordo scripturæ non spectatur, si de mente disponentis constet.*

PArs hujus tituli sexta & ultima, formam legato-
1 rum relinquendorum explicat. Cùm enim heredis institutio, caput sit ac fundamentum, sicque forma substantialis totius testamenti, *hoc § nostro*, *l. quod per manus. 10. & l. ult. ff. de jure codicill. l. penult. vers. non potest ullum testamentum. ff. de his, quæ in testam. delentur, &c. l. 1. in prin. ff. de heredibus instit. l. 3. in fine. ff. de vulg. & pupill. substitut.* olim ante heredis
2 institutionem inutiliter legabatur. Vt, si in testamento ordinando testator primo loco dicat; *Titio centum do, lego*: secundo loco dicat: *Sempronius heres esto*. Hic legatum præponitur institutioni heredis præpostero ordine: proindeque olim erat inutile. Nam veteres primo versu semper heredem instituebant: ut in testamento Imperatoris Augusti apud Suetonium: *quoniam*, inquit, *sinistra fortuna Cajum & Lucium filios mihi eripuit: Tiberius Cæsar mihi ex parte dimidiâ & sextante heres esto.* Itaque & Vlpianus *in fragment. Institut. tit. 24. Ante heredis*, inquit, *institutionem legari non potest: quoniam & potestas testamenti ab heredis institutione incipit.* Et Julius Paulus *lib. 3. sentent. tit. 7. de legat. Ante heredis institutionem*, inquit, *legari non potest: inter medias heredum institutiones, sive alter, sive uterque adeat, potest.* Illudque adeò procedebat, ut ne libertas quidem dari posset, antequam heres esset institutus: quamvis alioqui magnus libertatis favor ubique esset, *hoc §. nostro, vers. pari ratione, &c. §. ult. supr. de donationib. l. quotiens. 20. & l. libertas. 122. ff. de reg. jur.* Verùm jure novo
3 & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones (ut: *Titium ex semisse heredem facio: Cajo centum do, lego: Sempronius ex reliquâ parte heres esto*) tam legata, quàm libertates relinquere licet. *l. ambiguitates. 24. & l. præposteri. 25. C. de testament.* Ratio novi juris est: quia voluntas testatoris, quæ tanquam Regina testamentarias dispositiones tegit, præferenda est ordini scripturæ, *hoc § nostro. vers. sed quia incivile, &c. l. in conditionibus. 19. in princ. ff. de condit. & demonstr. l. cùm pater. 77. §. fiduitus. 12. ff. de legat. 2. l. ex facto. 35. §. rerum. 3. ff. de heredib. instituend.* Vnde rectè Interpretes notant: ordinem scripturæ non spectari sive attendi, si de mente & vo- 5
luntate disponentis constet: secus verò esse, si scripturæ ordo ad conjecturam dubiæ voluntatis faciat, vel non à mero disponentis arbitrio, sed à solenni formâ legis pendeat. *l. nec enim ordo. 6. ff. de solutionibus. l. 1. §. prius autem. 4. ubi Iason. ff. de vulgari & pupill. subst. Balduinus & Schneidevvin. num. 3. & 5. in hoc § Olemannus lib. 2. Disputat. juris civil. Giphanii. Disput. 21. num. 20. & 21. aliique ab eo allegati.* Enimverò rectiùs facere censentur, qui in testamento heredis institutionem præmittunt: quod tamen Notarii nostri non observant, & plerumque legatis institutionem heredis subjiciunt. *Vide Mynsingerum ad §. hunc nostrum. num. 4. & ibidem Bachovium, circa finem. pag. 586.*

§. *Post mortem*. 35.

Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur: veluti, si quis ita dicat: *cùm heres meus mortuus fuerit, do, lego.* Item, *pridie quàm heres aut legatarius morietur.* Sed simili modo & hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis, ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne in hoc casu deterior causa legatorum, quàm fideicommissorum inveniatur.

S V M M A R I A.

1 *Olim post mortem heredis vel legatarii non potuit legari.*
2 *Iuris veteris ratio.*
3 *Cur ab herede heredis nihil legari potuerit.*
4 *Dies ante mortem planè est incertus.*
5 *Hodie post heredis aut legatarii mortem legare licet.*
6 *Ratio novi hujus juris.*

OLim post heredis legatariive mortem inutiliter 1
legabatur: veluti, si quis ita dicat: *Cùm heres meus mortuus fuerit, do, lego. hoc §. nostro. Vlpian. in fragment. Instit. tit. 24. §. post mortem heredis, &c. & Paulus lib. 3. sentent. titul 7. de legatis. §. post mortem, &c.* Hujusque juris veteris ratio est: quia qui 2
post mortem legat, ab heredis herede legare videtur: quod est contra rationem juris, *testibus Vlpiano & Paulo locis allegatis. arg. l. si fuerit. 5. §. 1. ff. de leg. 3.* Ratio autem rationis, id est, cur ab herede heredis ni- 3
hil legari potuerit, hæc est: quia vetus est regula juris: non posse actionem incipere ab herede, vel contra heredem. *l. unic. C. ut actiones & ab heredib. & contra here-*

heredes incipiant. Giphanius hic, & Rittershusius. pag. 312. Idemque erat, si quis pridie quàm heres vel
legatarius morietur, legaverit, *per hunc textum no-*
4 *strum.* Nam hic dies ante mortem planè incertus est;
& non, nisi cum jam mortuus fuerit heres, sciri potest,
quis ille dies, *Pridie quàm morietur*, futurus sit: ac
proinde hoc modo cùm nihil debeatur, nisi mortuo
herede, videtur & post mortem legatum esse, *ut no-*
tant hic Wesenbec. Theophil. Baldum. Hotom. & Myn-
5 *singerus num. 2.* Cæterum hodie ex Justiniani con
stitutione, post heredis aut legatarii mortem legatum
relinquere, non minùs, quàm per fideicommissum
licet. *hoc §. nostro. dict. l. unic. C. ut actiones & ab he-*
redib. &c. l. filiusfamilias. 114. §. apud Marcellum. 3.
ff. de legat. 1. dict. l. si fuerit. 5. in fine. ff. de legat. 3. &
6 *similib.* Ratio novi hujus juris est: quia voluntas te-
statoris anteferenda est subtilitati juris civilis. *d. l. un. C. ut actiones & ab heredibus, &c.* Itaque novo jure eam testatoris mentem fuisse, conjicimus: ut heredis heres tale legatum adimplere teneatur. Idque in contractibus quoque hodie obtinet. Si enim promitto tibi post mortem meam centum; velle videor, quòd me defuncto centum tibi hères præstet. *§. post mortem. 12. inf. de inutil. stipulat. l. scrupulosam. 11. l. veteris. 13. & l. ult. C. de contrah. & committ. stipulat. Faber hic & Mynsinger. numer. 3. & Schneidevvin, num. 7.*

§. *Pœna 36. & Finalis.*

Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coërcendi heredis causâ relinquitur, quò magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti, si quis ita scripserit: *heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit*: vel ex diverso, *si non collocaverit, dato decem aureos Sejo*: aut si ita scripserit, *heres meus si servum Stichum alienaverit*: vel ex diverso, *si non alienaverit, Titio decem aureos dato.* Et in tantum hæc regula observabatur, ut quàm pluribus principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit, nec ex militis quidem testamento talia legata valebant: quamvis aliæ militum voluntates, in ordinandis testamentis valde observabantur. Quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat. Eò amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat: veluti, si quis ita dicat; *Titius heres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque heres esto.* Nihil enim intererat, quâ ratione Titius coerceretur: utrùm legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licèt pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata: nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.

SVMMARIA.

1 *Argumentum hujus §. tribus constans capitibus.*
2 *Quis primùm constituerit, ne pœna causâ legatum relictum valeret.*
3 *Pœna nomine legatum quid dicatur.*
4 *Legatum pœna nomine cur olim non valuerit, ratio multiplex.*
5 *An & quatenus lex improbet legatum, quod in heredis arbitrio ponitur.*
6 *Ius libertatis non infringendum.*
7 *Liberalitas non ex odio heredis, sed ex amore erga legatarium proficisci debet.*
8 *Testamenta in quem finem introducta.*
9 *Velle aliquem demereri, & eundem coërcere, sunt pugnantia.*
10 *Explicantur l. 1. ff. de pœna legat. l. si pœnam. 24. ff. quando dies legator. ced. & l. 3. §. 1. ff. ad l. Falcid.*
11 *Amplificatio juris veteris varia.*
12 *Fideicommissorum benignior & facilior natura.*
13 *Hodie legata pœna causâ relicta, valent: nisi sint impossibilia, aut legibus interdicta, aut alias probrosa.*
14 *Sensus §. impossibilis. 10. Inst. de heredib. instituend.*
15 *Mens l. 1. ff. de his, quæ pœna caus. relinq.*
16 *Sententia l. in testamento. 27. ff. de condit. & demonstrat.*
17 *Quare pœna nomine legare hodie liceat.*

IN hoc §. Justinianus tria exequitur. I. refert jus ve- 1
tus sive antiquum, quo cautum erat, ne pœnæ nomine legaretur: simulque declarat, quid sit pœnæ nomine legare. II. Juris istius veteris observationem variis modis amplificat. *vers. Et in tantum hæc regula, &c.* III. Suam correctionem sive innovationem
attexit. *vers. sed hujusmodi scrupulositas, &c.* Pri- 2
mum caput quod attinet: scribit Julius Capitolinus, Antoninum Pium Imp. primùm constituisse, ne pœ-
næ causâ legatum relictum valeret. Pœnæ autem 3
nomine legatum dicitur, quod mulctandi heredis causâ, si quid vel faciat, vel non faciat, imponitur, *auctore Iustiniano hic, & Vlpiano in fragmentis Institution. tit. 24.* ubi ait. *Pœna causâ legatur, quod coercendi heredis causa relinquitur, ut faciat quiddam, aut non faciat, non ut legatum pertineat* (id est, percipiatur & obtineatur) *utputa hoc modo: Si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem millia Sejo dato.* His enim verbis non tam consultum Sejo, quàm interdictum heredi esse constat. *Hotoman. hic*
enunciat. 2. Ratio autem juris veteris, id est, cur olim 4
non valuerint legata, cum adjectione pœnæ relicta, multiplex redditur. Tum quia legata isthæc in here-

 dis ar-

dis arbitrio ac potestate sita essent: quod lex impro-
bat. *l. Senatus. 43. § legatum. 2. ff. de legat. 1. Theophi-
lus, Balduinus, & Mynsingerus hic num. 2.* Verùm
hæc ratio reprehenditur à Cujacio *in l. 1. ff. de his, quæ
pœnæ caus. relinq. tract. 5. ad African. pag. mihi* 192.
eò quòd pœnæ legatum non conferatur nominatim
seu expressè in arbitrium heredis, sed tacitè; quod va-
let, *l. 3. ff. de legat. 2. l. nonnunquam. 52. ff. de condit.*
6 *& demonstrat.* Tum quia libertatis jus eo modo in-
fringi videretur. *l. Titio centum. 71. §. 2. ff. de condit. &
demonstrat. Wesenbecius hic numer. 1. Tuningius &*
7 *Hotoman. enunciat. 1.* Tum quia legata essent dona-
tiones, sive mera liberalitas; quæ non ex pœnâ aut
odio heredis, sed ex amore & benevolentiâ erga le-
gatarium proficisci debet. *l. nec adjecit. 9. ff. pro socio.
Porcius, Schilbock, Giphanius, Rittershusius & Hoi-*
8 *gius hic num. 4.* Tum etiam, quia testamenta ad ul-
timæ voluntatis declarationem, non ad pœnæ irroga-
9 tionem sunt introducta. *Vultejus hic num. 5.* Tum de-
nique, quia pugnant inter se, velle aliquem demereri,
& simul eundem punire sive coërcere. *Anton. Mat-
thæus h. in suis Notis.*

10 Nec huic loco obsistunt *l. 1. ff. de penu. legat. l. si pe-
num. 24. ff. quando dies legator. cedat. & l. 1. §. item
si ita. 8. ff. ad leg. Falcid.* quibus in legibus legatum
penûs, cum pœnæ adjectione relictum (ut: *Sejo he-
res meus penum dato: si non dederit, decem dato*)
etiam olim valuisse videtur. *Nam* breviter dicendum:
illud non esse pœnæ legatum, sed penûs, *ut arguit
dict. l. 1. ff. de penu legat.* Siquidem pœna tantùm ad-
jicitur, ut legatum magis præstetur. Ast hoc lega-
tum solâ pœnâ continetur: ut; *heres meus, si filiam
suam in matrimonio Titio non collocaret, centum dato
Sejo*: velut rectè monet hic Giphanius: tametsi alii
plerique aliter hac de re sentiant; *Bartolus, & Dd in
legibus modò citatis, Angelus, Balduinus, & Mynsin-
ger. hic num. 3. Olemannus lib. 2. disp. jur. civil. Gi-
phanii. Disp. 21. numer. 24. & Hunnius in resolut. ad
Treutler. vol. poster. disp. 13. th. 6. pag. 110.*

11 Ad alterum hujus § caput quantum attinet: præ-
dictam juris antiqui observationem Imperator Justi-
nianus quatuor modis amplificat. I. Quia hoc lega-
tum, pœnæ causâ relictum, ne Imperator quidem
agnoscebat, utpote prorsus nullum & inutile, *ibi, nec
Principem agnoscere, &c.* Hucque pertinent, quæ di-
cta sunt suprà *in §. ult. Quibus mod. testam. infirman-
tur.* II. Est in milite. Hujus enim licèt voluntas po-
tiùs, quàm solennia juris, spectetur: *ut expositum su-
prà tit. 11. de militari testament.* tamen hoc legatum
pœnæ, ab eo relictum, non valebat, *hoc §. nostro. vers.
nec ex militis, &c.* Ratio hujus amplificationis erat;
quia quæ adversantur naturæ, ea ne militibus quidem
remissa sunt, *notante Rittershusio hic pag. 313.* III. Est
de libertatis legato, quod pariter vim nullam habe-
bat. *vers. quin etiam nec libertates, &c.* cùm tamen
id alioqui summè sit favorabile. *l. libertas. 122. ff. de
reg. jur.* IV. Est de adjecto herede sive coherede. O-
lim namque nec heredem pœnæ nomine adjici posse,
placebat. *hoc §. nostro. vers. eò amplius. &c.* Est &
quintus modus de fideicommisso, *de quo Ulpianus in
fragment. Instit. tit. 25.* Pœnæ causâ (*inquit*) certæ 12
vel incertæ personæ, ne quidem fideicommissa dari
possunt: quorum tamen benignior & facilior erat na-
tura. *l. si fuerit. 5. in fine. ff. de legat. 3. Giphanius h. in
verb. ut quàm plurimis principalibus, &c.*

Tandem quod attinet ad tertium caput: hodie ex 13
novâ Justin. constitutione, legata, pœnæ causâ reli-
cta, rata & firma sunt: nisi fortè impossibilia fuerint,
vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa, sive turpia,
*hoc §. nostro, circa finem, & l. unic. C. de his, quæ
pœnæ nomine in testamento relinquuntur.* Impossibi-
le legatum est, hoc modo relictum: *Si mare non ebi-
beris, dato Titio centum.* Legibus interdictum: *Nisi
liberos tuos praterieris, dato Titio centum.* Probro-
sum: *Nisi in foro nudus saltaveris, dato Titio cen-
tum; &c.* Hæc legata etiam hodie non subsistunt. 14
hoc §. nostro, in fine. Nec resistit §. *impossibilis. 10.
supr. de heredib. instituend.* ubi dicitur, impossibilem
conditionem non vitiare legatum, sed pro non scriptâ
haberi. Etenim Justinianus hîc non de omnibus le-
gatis loquitur, sed de legato impossibili, quod pœnæ
causâ relinquitur. Hujusmodi legatum inutile est: 15
aliàs propter impossibilem conditionem, legatum
non vitiatur, *dict. §. impossibilis. ibiq; fusiùs Borcholt.
& Bachovius hic pag. 588.* Similiter non obstat *præ-
allegata l. 1. ff. de his, quæ pœnæ causâ relinquuntur.*
ubi dum Africanus indicat, legata pœnæ causâ relicta
valere, si illicita non fuerint, vel probrosa: dicendum
videtur, Justinianum nihil novi introduxisse. *Nam
respondetur:* Tribonianum ad Africanum illa verba
adjecisse, *illicitè vel probrosè*: idque ex Justiniani
mandato *in l. 1. & 2. C. de vet. jur. enucl. Olemannus
prædict. Disput. 21. numer. 24.* Nihil præterea movet 16
l. in testamento. 27. ff. de condit. & demonstrat. ubi
in jure veteri pœnæ causâ rectè legari potuit. *Jure* si-
quidem veteri favori religionis hoc datum est, ut pœ-
næ nomine rectè legaretur, si in funere aut monumen-
to faciendo tuendóve, voluntati testatoris heres non
obtemperaret. *Cujacius s. adducto tractat. 5. ad A-
frican. pag. mihi. 194. quem sequitur Roberus ad In-
stitut. Disputat. 12. thes. 11.* Ratio porrò novi juris, 17
quod pœnæ nomine legari posse concedit, est merus
favor testamenti sive voluntatis testatoris, quæ pro
lege servari, & scrupulositati juris civilis præferri de-
bet. *l. in conditionibus. 19. ff. de condit. & demonstrat.
Novell. 22. cap. 2. & hic in dict. vers. hujusmodi scru-
pulositas, &c. Nicolaus Valla. de rebus du-
biis, tract. 1. num. 8.*

DE

DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM,

TITULUS XXI.

Principium Tit.

Ademptio legatorum (sive eodem testamento adimantur, sive codicillis) firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio: veluti, si quis ita quid legaverit, *do, lego*: ita adimatur, *non do, non lego*: sive non contrariis, sed aliis quibuscunque verbis.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Ambulatoria hominis voluntas, usq; ad supremum vitæ exitum.*
3 *Nulla est cautela, quâ impediri possit testamenti factio.*
4 *Ademptio legatorum quomodo fiat.*
5 *Quomodo fiat expresse.*
6 *Legata quando ipso jure, vel ope exceptionis adempta censeantur.*
7 *Nil refert, an testator nominatim rem legatam adimat, vel per generalem clausulam, à priori voluntate recedat.*
8 *Sub generali legatorum ademptione, non continetur legatum alimentorum.*
9 *An idem in legato, piis causis relicto, statuendum.*
10 *Dispositio generalis an & quatenus ad causas privilegiatas pertineat.*
11 *Verba generaliter prolata, generaliter accipienda.*
12 *Quando legatum tacitè ademptum intelligatur.*
13 *Tacitè ademptum illud creditur, capitalibus inimicitiis inter testatorem & legatarium exortis.*
14 *Hujus conjecturæ ampliatio prima.*
15 *Secunda ampliatio.*
16 *Tertia extensio.*
17 *Quarta ampliatio.*
18 *Donatio ob benemerita facta, ex ingratitudine donatarii non revocatur.*
19 *Leges generaliter loquentes restringi non debent.*
20 *Donatio est contractus suâ naturâ irrevocabilis.*
21 *Mutatione formæ rei legatæ, quando & quomodo adimi legatum credatur.*
22 *Quatenus destructione corporis legati, adimere legatum testator videatur.*
23 *Speciei ex materiâ legatâ efformatione, quatenus testator legatum adimere præsumatur.*
24 *Interpretatio l. servum. 44. § si pocula. vers. item si lana. ff. de leg. 1.*
25 *Si areæ legatæ domum testator imposuit: augere potiùs, quàm revocare legatum voluisse intelligitur.*
26 *Area dicitur præcipua pars domûs.*
27 *Expositio l. si chorus. 79 §. area. ff. de leg. 3.*
28 *Opinio D. Boceri, Cujacii, & aliorum quorundam Interpretum, textus Iuris corrigentium, exploditur.*
29 *Nulla in Iure tanta est antinomia, quæ subtili indagine rationis conciliari nequeat.*
30 *Quatenus alienatione rei legatæ, testator revocare legatum putetur.*
31 *Debiti legati exactione, an & quatenus legatum per testatorem ademptum existimetur.*

1 DE constituendis vel relinquendis legatis, abundè satis dictum est hactenus: nunc consequenter de eisdem iterum adimendis & transferendis dispiciendum. Adimuntur autem legata voluntate liberrimâ defuncti, quâ etiam relinquuntur. Ambulatoria si- 2
quidem est hominis voluntas, usque ad vitæ supremum exitum, *inquit Vlpianus in l. quòd si iterum. 4. ff. de adimend. vel transfer. legat. & in leg. cùm hic status 32. § pænitentiam. 3. in fine. ff. de donat. inter vir. & uxor.* adeò, ut nec quisquam sibi hanc legem in testamento dicere possit, ut à priore voluntate recedere ei non liceat, *auctore Hermogeniano, in leg. si quis in principio. 22 ff de legat. 3.* Vnde scitè Bartolus 3
(prout eum allegat Heigius hic n. 3.) asserit: nullam esse cautelam, quâ impediri possit testamenti factio, hoc est, ne quis scribat, aut scriptum mutet testamentum. *l. si mihi. 12. §. in legatis. 3. & l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1.* Fit porrò ademptio illa dupliciter: aut expressè, 4
aut tacitè. *Wesenbecius, Schilbock. Schneidewinus, Wolfius, & Thadæus Piso hic. David Döringius in Bibliotheca Iurisconsultor. tom. 1. in verb. ademptio legatorum. num. 4. fol 540.* Expressè fit; quando testator 5
vel eodem testamento, vel codicillis iisdem, verbis cõtrariis, vel etiam quibuscunq; aliis, legatum priùs datum apertè rursus adimit, *hic in princip. l. 2. & passim. ff. de adimend. vel transfer. legat l. 2. §. 1 ff de condict. indebit. l datum legatum. 17. C. de legatis.* vel quando sine codicillis, coràm testibus tantùm duobus, omni exceptione majoribus, hanc suam de adimendo rursum legato voluntatem exponit, *arg l. 3. §. fin. ff. de adimend. vel transferend. legat. l si jure. 18 ff. de legat 3. l. ubi numerus. 12 ff. de testibus D Collega Beeor. class. 3. Disp. 8. th. 82 lit. b. ad. 2. & in hoc t. n. 15. cum seqq. pag. 564. Donell. libr 8. Comment. de jur. civil. c. 17. p. 267. Mascard. in tract. de probationib conclus. 969. vol. 2.* Si tamen eodem testamento, aut codicillis testamen- 6
to confirmatis, priùs datum à se legatum testator ademerit, ipso jure: sin absq; codicillis, testamento confirmatis, vel nudis solummodò verbis id fecerit: non ipso jure, sed ope tantùm exceptionis, ademptum esse intelligitur, *arg. l. 3. ff. de testament tutel Bartol. & alii in l. si ita. 14. ff. de legat. 1. Cujac. in paratit. ff. de adimend. vel transfer. leg. hosq; allegans & sequens D. Boc. hic n. 18. & dict. disput. 8. thes. 83.* Eâdem de re videantur *Angelus h. numer. 1. Mynsinger. num. 2. & 3. Heigius num. 6. Schneidewinus num. 7. & Iohannes Dauth. de testament. pag mihi. 487. numer. 8. & 9. ubi ad hoc Vasquium. de success. resolut. §. 5. numer. 16. Grassum lib. 1. recept. senten. §. legatum. quæst. 72. numer. 3. Simon. de Prat. de interpr. ultimar. volunt. libr. 4. interpr. 3. dub. 2. num. 54. pluresque alios citat.* Cæterùm nihil refert; an testator in specie & no- 7
minatim rem legatam adimat: veluti, *Fundum Cornelianum non do, non lego*: vel per generalem clausulam,

post

post legata subjectam, à priori voluntate recedat, di-
cendo: *Legata, quæ in meo testamento reliqui, præsta-*
8 *ri nolo.* Quippe utroque casu legata extinguuntur.
Illud tamen haud ignorandum: in hac generali
ademptione non intelligi ademptum legatum ali-
mentorum. *l. libertis. 18. §. posthumis. 3 ff. de aliment.*
vel cibar. legat. ubi glossa *in verb. non videri.* dicit,
hoc specialiter constitutum esse favore alimentorum.
Idemque ibidem sentit. *Albericus de Rosat. & Rapha-*
el Cumanus consil. 30. num. 4. vers. ult. & Roman. in
l. sed & si quis. 4. § quæsitum ff si quis cautionibus in
judicio, &c. & Afflict. in Decision. 111. numer. 10.
itemq; Mantica lib. 12. de conjectur. ultim. vol. tit. 2.
numer. 23.

9 Verùm dubitatur: num in legato, ad pias causas
relicto, idem statuendum sit; sive an id ex generali le-
gatorum ademptione per testatorem revocatum esse
censeatur? Et quidem argumento, ab alimentis ad
legatum, piis causis relictum, ducto dicendum vide-
tur: legatum hoc per generalem ademptionem extin-
ctum non censeri: *sicuti tenent Nicolaus à Neapoli.*
huncq; referens Roman. in Auth similiter. in 4. speci-
ali, circa ultimas voluntates. num. 54. C. ad legem
Falcid & Socin. Senior. in tract. regular. reg. 382. in
vers. privileg. piæ causæ, in privilegio 26 nec non Tira-
quellus. de privilegiis piæ causæ. privileg. 19. Sed veri-
similius est: clausulam generalem, quâ testator lega-
ta, in testamento suo relicta, revocat, pertinere etiam
ad legatum piæ causæ: *ut respondit Natta consil. 613.*
num. 5. & 6. cujus meminit Mantica dict. libr. 12. tit.
2. num. 24. Regulariter enim dispositio generalis ad
10 res & causas privilegiatas pertinet: nisi in eo articulo,
de quo verba generalia loquuntur, inveniantur speci-
ale privilegium habere. Cùm igitur hoc in articulo
nullibi reperiatur aliquod speciale piæ causæ privile-
11 gium: in dubio adhærendum est juri communi, quod
disponit, verba generaliter prolata, generaliter ac-
cipienda esse. *l. 1. §. generaliter. ff. de legatis præstand.*
l. de pretio. 8. ff. de Publicianâ in rem act. l. si duo. 51. in
fine. ff. de administrat. & peric. tut. l. in fraudem. 15. in
fine ff de testamento militis. cum concordantibus. Nec
obstat exemplum de alimentis legatis suprà allatum,
ex dict. leg. libertis. 18. §. 3. ff. de aliment. vel cibar. le-
gat. Quia jam antè *ex glossa* responsum est: illud spe-
cialiter in favorem alimentorum, propter summam
scilicet eorum necessitatem, constitutum esse; proin-
deque ad alia legata, ad pias causas relicta, extendi aut
accommodari non posse, nec debere, *argument. l.*
quod verò 14. & l. jus singulare 16. ff. de legibus. &c.
Atque huic sententiæ subscripserunt Philippus Adol-
phus à Münchhausen *in suis juris controversi discep-*
tationib. quæst. 35. Dn. Collega Magirus *ad l. in ge-*
nerali 80 ff. de verbor. signif. D. Besoldus *in deliba-*
tis jur. ex lib. 30 ff quæst 7. pag. 121. D. Rümelin. *exer-*
citat. 11. ad Institut. th. 2. & Johan. Wurmser. *in nucl.*
juris controversi Institut. disp. 11. controvers. 1.

Tacitè ademptum legatum creditur: quando non
12 ex verbis, sed ex facto aliquo voluntas & pœnitentia
testatoris colligitur; quod tùm inimicitiis cum lega-
tario susceptis, & mutatione formæ rei legatæ: tum
ejus alienatione, & debiti legati exactione, maximè
fieri consuevit, *Donell. d. lib 8. Commentar. de jure ci-*
vil. cap. 17. pag. 268. ibiq; noviter Hilliger. in suis notat.
D. Becer. hic num. 20 cum seqq. pag. 505. & dict. class.
3 disputation. 8. th. 84. ed. 2. Inimicitiis inter testato- 13
rem & legatarium exortis, ademtum censetur lega-
tum, si eæ capitales vel gravissimæ fuerint, nec recon-
ciliatio intervenerit. *l. si quis ita. 3. §. ult. l. ex parte. 22.*
ff. de adimend. vel transfer. legat l. si inimicitiæ. 9 ff.
de his, quæ ut indignis aufer. Mynsingerus. h. num. 5
Heigius num. 8. & Schneidevvinus num. 18 Peckius
de testament. conjug lib. 1. cap. 19. in fin. & Muscar-
dus in tract. de probationibus. vol. 2. conclus. 900. n. 1.

Hæcque conjectura inimicitiarum ac mutatæ vo- 14
luntatis testatoris, adeò efficax est: ut multis modis
ampliari & extendi possit. Primò enim locum sibi
vindicat: etiamsi post contractas inimicitias testator
fecerit codicillos, quibus legatum in testamento reli-
ctum expressè non ademerit. Nam adhuc illa tacita
ademptio, quæ ex præsumptione legis inducitur, mi-
litare putatur, *arg. l. filio. 31. §. Seja. ibiq; Bartolus. ff. de*
adimend. vel transferend. legat. Aretinus consil. 93. n.
5. vers. hoc conclusio, &c. Crot. consil. 66. numer. 10.
lib. 1. Rubeus consil. 125. num. 5 Ripa. in l. ult. num. 151.
C. de revoc. don. Menoch. lib. 4. de præsumption tom. 2.
præsumpt. 170. n. 4. & alii ab eo designati. Secundò 15
extenditur: ut, licèt cum fratre testatoris, post lega-
tum illi relictum, inimicitiæ intercesserint: nihilomi-
nùs legatum ademptum existimetur. *Ita scriptum*
reliquit Franciscus Mantica præallegato libro. 12. de
conjectur. ultimarum voluntat. tit. 5. num. 8. Tertiò 16
extenditur: ut procedat, etsi testator causam inimici-
tiis dederit, & legatarius innocens deprehēdatur. *dict.*
l. quod si iterum. 4. ibi, pœnituit testatorem prioris of-
fensa. ff. de adimend. vel transfer. leg. Hujusque exten-
sionis ratio perspicua est: quia legatorum ademptio
ex mutatâ testatoris voluntate præsumitur. Quæ ra-
tio locum habet, tametsi ipse testator causam præbue-
rit: & ideo legatum ademptum intelligi debet: quo-
niam voluntas efficit, ut in testamento scriptum vale-
at, vel non valeat. *l. mibi & tibi. 12. § in legatis. 3. ff. de*
legat. 1. Et ita in specie scripserunt Iason in leg. filiam.
15. num. 2. C. de inoffic. testament. Ioan. Lopes in rubr.
extr. de donat. inter virum & uxorem. §. 78. num. 28.
Ripa in dict. leg. ult. num. 151. vers sed dubitatur. C. de
revoc. donat. & in cap. 1. num. 14 extra, de judic. Di-
dacus Covarruvias in rubric. ext. de testament. part.
2. num. 19. vers. quintò ex præmissis, &c. Menoch. dict.
præsumpt. 170 num. 6. & Mantica dict. tit. 5. num 9.
Quartò conjectura isthæc ampliatur: ut procedat eti- 17
am in legato, quod propter benemerita alicui reli-
ctum est. Nam hoc quoq; legatum ex pœnitentiâ te-
statoris revocationem admittit: adeòque ob inimici-
tias supervenientes revocatum esse censetur. Et quam-
vis fortè dici possit, legatum istud ex pœnitentiá non
revocari, *argumento illius, quod scriptum est in leg. si*
pater. 34. §. 1. ff. de donationib. donationem ob beneme-
rita factam, ex ingratitudine donatarii revocari non
posse: ut tradidit Ruinus consil. 162. num. 10. vel um. 4.
tamen hæc sententia à veritate aliena est: quia regu- 18
lariter

lariter legata ob meritum aliquod relinquuntur. *l. nec adiecit. 9 ff pro socio.* & tamen generaliter constitu-
19 tum est: ut propter inimicitias gravissimas & capitales adempta esse intelligantur. *dict. l. 3 §. ultim. ff. de adimēd. vel trāsferend. leg. dict. si inimicitia. 9. ff. de his, qua ut indignis auferunt.* quæ leges cum generaliter loquantur, restringi non debent. *d l in fraudem. 15. in fin. ff de testamento militis. l. 3 ff. de offic. præsid. dict.*
20 *l. 1 § generaliter. ff de legat præstand. & similibus.* Neque refragatur exemplum donationis. *d. l si pater. 34. §. 1 ff. de donationibus.* Quia donatio contractus sive actus est sua natura, sicut omnes contractus irrevocabilis. *vulgatâ l. sicut. 5. C. de obligat. & actionib.* At legatorum hæc est natura, ut nudâ voluntate infirmentur: ideoq; testator legatum quantumvis benemerito relinquens, hoc tacitè sibi reservasse judicatur, ut pro libitu illud revocare possit. *prædictâ l si quis. 22 ff. de legat 3. dict. l. 4 ff. de adimend. vel transfer. legat. & l. cùm hic status. 32. §. 3 in fine. ff de donat. inter virum & uxorem. Latiùs Mantica dict. libr. 12. de conjectur. ultim. volunt. tit. 5. n. 17.*

21 Mutatione formæ rei legatæ adimi per testatorem legatum videtur: si ita pristina forma corporis legati à testatore mutetur, ut vetus nomen suum corpus ipsum prorsus amittat: id quod contingit vel destructione corporis legati vel speciei ex legatâ materiâ efformatione. *l. Seia. 6. § 1 ff. de aur. & argent. legat.*

22 Destructione corporis legati adimere legatum testator intelligitur; si facto & voluntate suâ vel navim legatam dissolvat; vel domum, aut aliud aliquod corpus legatum destruat. *l. si ita legatum. 65. §. ult. ff. de legat. 1 l. lanâ legatâ 88 §. nave 2. ff de legat. 3.* Quòd si tamen casu vel incendio domus perierit; aut eâ mente testator navim legatam dissolverit, ut rursus iisdem ex tabulis rectiùs & utiliùs navim compingat: ademisse legatum non reputatur: proindeque area domûs combustæ, aut navis ex iisdem tabulis denuò ædificata, nihilominus debetur. *l. si grege. 22. in fin. ff. de legat. 1. l. qui res suas. 98. § fin. vers. nec simili. ff de solutionibus. Menochius d. lib. 4. præsumpt. 171. & Mantica dict. lib. 12. tit. 2. num. 6. & seq.*

23 Speciei ex materiâ legatâ efformatione testator legatum adimere præsumitur; si nova species ex materiâ legatâ conformata, ad pristinam suam materiam à testatore legatam reduci non possit: veluti, si ex legatis arboribus navim aut armarium, vel ex lanâ legatâ vestimentum à testatore factum fuerit. *dict. l lanâ 88. in princ. ff. de legat. 3. junctâ l sed si meis. 26. in prin. ff. de acquir. rer. dom & l. si convenerit. 18 §. si quis. ff. de*
24 *pignerat. act.* Nec repugnat Vlpiani responsum *in l. servum. 44. § si pocula. 2. vers. item si lana. ff. de legat. 1.* ubi non præsumitur revocatum legatum, licèt rei legatæ forma mutata sit, atque ad pristinam materiam species confecta reduci nequeat. *Nam* eà in lege vestimentum ex lana legata factum, legatario debetur: si modò (*Vt Vlpianus mox subijcit*) non mutaverit testator voluntatem. Fecit fortè ex lana vestem testator, ut magis consuleret legatario, qui eà in re sumptum factu us erat. Si id appareat ex conjecturis; dicendum est, legatum consistere & deberi, *arg. l. in ambiguis. 19 ff. de legibus, &c.* At si de voluntate testatoris nihil constet: ad superiorem Pauli *in dict. l. lana 88 ff. de legat. 3.* sententiam recurrendum est, & dicendum; eum, qui rem legatam sustulit, vel mutavit in aliam speciem, quasi re legata extinctâ, à legato recessisse videri; siquidem species ad pristinam materiam redire non possit: sin possit, contra esse; quia semper materia eadem extare intelligatur. *l. quæsitum. 78. § illud. 4. vers. quippe. ff. de legat 3.* Et ita hanc antinomiam explicant *Duarenus in dict. l. servum. 44. §. si pocula. ff de legat. 1. & Donellus dict. lib. 8. Commentar. cap 17. pag. 269.* Tametsi alii aliter sentiant, *Glossa in dict. §. si pocula in verb. consistere. & ibidem Bartolus, Angelus, Iason, Baldus &c. Menochius dict. præsumptione 171. n. 5. & D. Bocerus hic num. 32. cum seqq & dict. class. 3 disputat. 8. thes. 89 ad lit. C.* Quòd
25 si areæ legatæ domum testator imposuerit: augere potiùs & meliorare, quam revocare sive adimere legatum voluisse in dubio creditur: ideoque cum solo legato superficies imposita legatario debetur *l. si area. 39. ff. de legat 2. dict l servum. 44 §. si area. 4. ff. de legat. 1. D. Besold. in dict. delibatis juris ex lib. 30. ff. d. quæst. 7. in fine. pag. 122.* Cujus rei ratio non obscura est: quia domo areæ impositâ, non mutatur area, nec formam suam amittit: sed manet potiùs ut antè: & quidem ita, ut sineeâ superficies imposita consistere non possit. Vnde & potissima pars domus esse dici-
26 tur. *l. qui res suas. 98. §. aream. 8. vers non est his similis ff de solutionibus.*

27 Nec obloquitur Celsus *in l. si chorus. 79 §. area. 2. ff. de legat 3.* quando ita respondit: *area legata, si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit: quanquam tunc peti non poterat: nunc tamen debetur.* Respondetur enim: Celsum non loqui in obscurâ aut dubiâ, sed apertâ voluntate legantis, quem constaret sic ædificare, ut nollet domum deberi: & verba hæc; *quanquam tunc peti non poterat*, per concessionem esse accipienda: ut sit sensus; quamvis stante ædificio domus peti non posset, quod tunc accidit, cùm testator pro certo mutavit voluntatem, ut declaratur *in d. l. servum. 44. §. si area. 4. ff. de leg. 1.* tamen etiam hoc casu, si destructo ædificio area redierit, eam nunc peti posse. Siquidem mutatio voluntatis in eo tantùm fuerit, ne domus deberetur; non ut ne area deberetur, quæ soluto ædificio semper una & eadem est, quæ fuerat. *Donell. d. lib. 8. cap. 17. pag. 268. circa finem. Duarenus in leg. si ex toto. 8. ff. de legat. 1. latè Ant. Merenda lib. 4. controvers. jur. c. 19. pag. 271.* Et de genuino intellectu *d. l. si chorus. 79. §. area. ff. de legat. 3.* nonnihil monitum est *in § si grex legatus. 18. s. tit. proximo, num. 14.* Cæterùm Dn.
28 Collega Bocerus *hic numer. 41. & seqq.* prædictâ & quavis aliâ conciliatione reprobatâ, transit in sententiam Iacobi Cujacii, *in l. inter stipulantem. 83. §. rem sacram. ff de verb obligat.* aperte scribentis: in isthac specie dissentire Celsum à cæteris juris conditoribus. Verùm dissensiones & contrarietates Jurisconsultorum astruere, textusq; juris corrigere (quod non so-

lium Cujacio, sed & Fabro, aliisque nonnullis Interpretibus & Censoribus juris quasi proprium & solenne est) non est leges, primo intuitu pugnantes, interpretari & illustrare, sed obscurare & evertere; non est aptè conciliare, sed miserè truncare; non est in melius, sed pejus producere; non denique est, subtili animo diversitatis rationes excutere, sed discordiam & antinomiam crasso modo inducere, contra pronunciatum
29 Pomponii *in l. 2. §. post originem. 13. ff. de orig. jur.* & auctoritatem Divi Imp. Justiniani, perspicuè asserentis: nullam esse in Jure nostro tantam antinomiam seu contrarietatem, quæ non verâ subtilique indagine ipsius rationis conciliari possit & complacari. *l. 1. §. nulla. 8. & l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucleand.*

30 Alienatione rei legatæ testator revocare legatum existimatur: si suâ sponte, nullâque necessitate coact[9] illam alienaverit, putà si vel alii eam donaverit; vel, cùm necesse non erat, vendiderit: in tantum, ut non debeatur, licèt eandem postmodùm redemerit. *l. sium servus 15. l. rem legatam. 18 ff. de adimen. vel transf. legat. l. fideicommissa 11. §. si rem suam. 12. ff. de legat. 3. §. si rem suam. 12. suprà. tit. proximo.* Quòd si non rem totam, sed ejus partem duntaxat alienaverit: ea tantùm pars adempta, reliqua verò relicta reputatur. *l. Stichum. 6 in fin. dict. l. si ex toto. 8. ff. de legat. 1. d. §. si rem suam. 12. in fin. t. t. proximo. ubi hanc rem explicatiùs persecuti sumus.* Et eâdem de re vide fusiùs dissertantem Antonium Merendam *lib. 3. controvers. jur. cap. 46. pag. 221. & seq.*

31 Denique ad debiti legati exactionem quod attinet: si testator nomen, quod alicui legavit, à debitore exegerit: mutatam ipsius voluntatem, & ademptum esse legatum præsumitur: nisi à legatario probetur: non animo legatum adimendi, pecuniam illam exegisse testatorem: sed vel ultrò à debitore oblatam, aut ab eodem depositam, recepisse; vel rem quandam aliam ex eâdem sibi comparasse. *§. tam autem corporales. 21. vers. nisi exegerit. supr. tit. præcedente. ubi & nos latiùs. dict. l. fideicommissa. 11. §. ergo & si nomen. 13. ff. de legat 3. Donell. dict. lib. 8. Commentar. c. 17. pag. 270. num. 50. D. Becer. hic num. 63. cum seq. & dict. class. 3. Disputat. 8 thes. 93. ed. 2 Franciscus Mantica præcita to lib. 12. de conject. ult. volunt. t. 2. num. 19. & seq.*

§. *Transferri.* 1.

Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti, si quis ita dixerit: *hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do, lego*: sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.

SVMMARIA.

1 *Translatio legatorum quomodo fiat.*
2 *Plus est translatio, quàm ademptio: & utriusq; effectus.*
3 *Declaratur l. ubi pugnantia 188. ff. de R. I.*
4 *Duo contraria in eodem subjecto, simul eodem tempore subsistere nequeunt.*
5 *Si testator ita dixerit: Lego Sempronio, quod Cajo legavi: utrùm videatur Cajo prorsus legatum adimere, an verò simul ad illud Cajum & Sempronium invitare.*
6 *Sententia l. si pluribus. 33. vers. quod si separatim. ff. de legat. 1.*
7 *Intellectus l. quod si alii. 7. ff. de adimend. vel transfer. legat.*
8 *Sensus §. si eadem res 8. Inst. de legat.*
9 *Enucleatio l. Julianus. 13. ff. de hered. instituend.*
10 *Translatio, quamvis inutiliter facta, legatum extinguit: idq; cum suo onere translatum videtur: nisi persona cohæreat, aut speciale onus in personâ secundi legatarii expressum sit.*
11 *Adempto onere injuncto, in vim modi vel fideicommissi, legatum quoque ademptum creditur.*
12 *Quando lex ipsa legatario adimat legatum.*

MOdò dictum est de ademptione legati: succedit nunc ejusdem translatio: quæ (*secundùm Paulum IC.*) quatuor fit modis. Primò enim à personâ in personam aliam transfertur: veluti, *Fundum, quem Titio legavi, Seio do, lego*, de quo hic. Secundò, transfertur ab eo, qui dare jussus est, ut alius det. Verbi gratiâ: duos instituo heredes, Primum & Secundum; & ita lego: *Primus Titio centum dato*: postea transfero centum, & dico: *Ea centum, quæ jussi Primum dare Titio, Secundus dato.* Tertiò, translatio quoque fit, cùm res alia datur pro aliâ: ut, quando pro fundo legato testator jubet dare centum aureos. Postremò, cùm quod purè datum est, transfertur sub conditione. *l. translatio. 6. ff. de adimend. vel transferend. leg. Schneidevvinus hic num. 26.* Hinc apparet; plus esse translationem, quàm ademptionem. Nam translatio & ademptionem & dationem in se continet. *l. sicut. 5 ff. de adimend. vel transfer. legat. & ibi in Paratit. Cujacius, quem refert quoque Wolffius hic in fine.* Ac sanè ademptionis hic est effectus, ut legatũ penes heredem maneat, à quo erat relictum & præstandum; translationis verò, ut pertineat ad eum, ad quem translatum est. Proindeque illa heredi prodest: hæc non item. Nihil quippe interest heredis; huic, an illi rem, quâ ipsi carendum est, præstet: ut bene animadvertit Rittershusius *in hoc tit. pag. 315.* 1 2

Enimverò legatorum translationem turbare videtur *l. ubi pugnantia. 188. ff. de regul. jur.* ubi Celsus ICtus ita respondit: ubi pugnantia inter se in testamento jubentur, neutrum ratum est. At pugnantia sunt in testamento, in quo Titio aliquid legatum est, & simul illud ipsum Sejo datur & legatur. Ergo neutrum ratum est. *Sed respondetur:* vera pugnantia, & contraria esse, quando quis alicui in solidum aliquid legat, & vult hoc omninò ratum esse, & illud ipsum simul alii legat in solidum; & etiam vult præcisè esse ratum: tunc neutrum legatum ratum est. Quia rerum natura non patitur; ut duo contraria in eodem subjecto, secundùm idem, & ad idem, & eodem tempore simul subsistât. *d. l. ubi pugnantia. 188. ff. de reg. jur. ibiq; Christophorus Stuercius num. 4 allegans Aristotel. in Categor. cap. 10.* Quando autem testator, quod Titio legavit, Sejo dat & legat, tacitè censetur Titio legatum ademisse: sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. *hoc §. nostro. ubi Azo* 3 4

in

in sua summâ. num. 3. *& d. l. sicut.* 5. *ff. de adimend. vel transfer. legat.*

Celebris, & vulgò agitata hîc examinari potest quæstio: si testator ita dixerit: *Lego Sempronio, quod*
5 *Cajo legavi:* utrùm videatur Cajo prorsus legatum adimere, atque in Sempronium transferre; an verò simul ad illud Cajum & Sempronium invitare, eosque saltem in eandem rem legatam conjungere, ut sic unusquisque concursu partem dimidiam consequatur? Et quidem nonnulli concludunt, prædictos legatarios re conjunctos intelligi; non autem legatum Cajo in totum ademptum censeri. *Bartolus, & Loriot. in l. re conjunctî.* 89. *ff de legat.* 3. *Ioannes ab Imol. in l. Julianus.* 15 *ff. de heredib. instit. Bald. & Alexan. in l. si Fortidianum.* 7. *C. de legat. & Hieron. Gabriel. consil.* 110. *col.* 1. *lib.* 1. Sed verior est sententia existimantium, hoc in casu legatum censeri omnimodò Cajo ademptum, & in Sempronium translatum. Eaque probatur maximè *per hunc textum nostrum*, in quo ita expressè & clarè quæstio isthæc deciditur, ut nullus dubitandi locus relinqui videri possit. Deinde eadem sententia apertè confirmatur *dictâ l. sicut* 5. *ff. de adimend. vel transfer. legat.* ubi Cajus in hæc verba respondit: *Sicut adimi legatum potest: ita & ad alium transferri: veluti hoc modo: Quod Titio legavi, id Sejo do, lego. Quæ res in personam Titii tacitam ademptionem continet.*

Non obstat *l. si plurib.* 33. *vers. quod si separatim.*
6 *ff. de legat.* 1. Quo loci Paulus sic loquitur: *Si quidem evidentissimè apparuerit, ademptione à priore legatario factâ, ad secundum legatarium, testatorem convolasse: solum posteriorem ad legatum pervenire, placet. Sin autem hoc minimè apparere potest: pro virili portione ad legatum omnes venire, &c.* Etenim in proposito casu evidentissimè apparet: ademptione à priore legatario factâ, ad secundum legatarium, testatorem convolasse. Id enim testantur Justinianus *in hoc paragrapho nostro*, & Cajus *in dict. l.* 5. *ff. de adimend. vel transfer. legat.* dum disertè ajunt: *Simul & Titio adimi, & Sejo dari: & eam rem, in personam Titii* (prioris legatarii) *tacitam ademptionem continere.*

Nihil quoque adversatur *l. quòd si alii.* 7 *ff dict. tit.*
7 *de adimend. vel transferend leg.* ubi si testator uni legaverit purè, deinde alteri leget sub conditione: non dicitur à primo ademisse, & in secundum transtulisse. Nam diversus admodum est casus hujus legis, à casu nostro. Cùm enim uni legatur sub conditione id, quod alteri purè legatum est, in utroque legatum consistit: quia nisi conditio eveniat, non videtur priori legatario ademptum. Quòd si conditio exstiterit: ademptum videtur. Sed in nostro casu non uni purè, non alteri sub conditione legatur; sed uni, ut alteri: proindeque priori ademptum, & in alterum totum translatum intelligitur.

8 Prætereà minimè resistit *§. si eadem res.* 8. *supr. tit proximo.* ubi si testator leget uni eundem Stichum, quem priùs legaverat alteri; non censetur in totum ademisse legatum primo: sed ambo concurrunt. *Hæc* namque dissimilia sunt, Aliud quippe est dicere: *Titio hominem Stichum do, lego: Seio hominem Stichum do, lego.* Aliud verò: *Quod Titio legavi, Caio lego:* sive *Stichum, quem Titio legavi, Seio lego.* Priori casu dicuntur essere conjuncti legatarii, & ambo ad solidum vocati; & sic concursu partes faciũt. *d. §. si eadem.* posteriore casu non sunt conjuncti: sed tacitè uni legatum est ademptum, & in alterum translatum, *hoc §. nostro.*

Similiter nihil officit *d. l. Julianus.* 15. *in princ. ff. de heredibus instituend.* ubi si testator dixerit, quâ ex 9
parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronium instituo; verba posterioris institutionis referuntur ad priorem: sicut in nostro casu: & tamen dicuntur esse vocati ad eandem partem sine ullâ ademptione. *Dissimiles* siquidem sunt species. Nam nostrâ in specie (cùm dicit testator: *Quod Titio legavi, Cajo do, lego*) verba referuntur ad rem ipsam legatam, quæ secundùm communem usum loquendi ademptionem significant. Ast in l. Julianus (cùm testator dicit: *Ex quâ parte Sejum instituit, ex eadem parte Sempronius heres esto*) verba referuntur ad partis assignationem. Vult enim testator ambos esse heredes, ut scilicet singuli pro dimidiâ concurrant. Atque idem pronuntiandum esset: si testator diceret: *Titio dimidiam lego, quam partem Sejo legavi.* Hoc enim casu eos concurrere, probabilius videtur: cùm verba ad partis assignationem referantur. Ostendit etenim testator, se velle utrique legare: sed ita, ut in unam partem concurrant. Et ita sentiunt atque respondent *Dynus, Iacobus Butrigarius, Petrus Besutius, Salicetus, Crottus, Ripa, & Alciatus in d. l. re conjunctî.* 89 *ff. de legat.* 3. *Cynus & Fulgosius in l. si Fortidianum.* 7. *C. de legat. Raynerius de Forolivio. in dict. l. Julianus* 15. *ff de heredibus instit. Zasius & Duarenus in dict. leg. si plurib.* 33. *ff de legat.* 1. *Covarruvias ad rubric. extr. de testament. in secunda part. num.* 2. *Menochius de præsumpt. lib.* 4. *tom.* 2. *præsumption.* 173. *num.* 9. *& seqq. Mantica de conjecturis ultimarum voluntat. lib.* 12. *tit.* 4. *Theophilus, Balduinus, & Bare in hoc paragrapho. Fachineus lib.* 5. *controversiar jur. cap.* 52. *Arumæus Exercitat. Iustin.* 9. *thes.* 16. *& Hunnius lib.* 2. *var. resolut. jur. civil. tract.* 8. *quæst.* 17. *Adde Bachovium hic circa finem pag.* 590.

Porrò & illud sciendum: translationem extinguere 10
legatum, quamvis inutiliter facta sit: ut, si ille, in quem legatum transfertur, ejusdem non sit capax. *l. planè* 34. *in princ. ff. de legat* 1. *l. licèt transferam.* 20. *& l. legat.* 24. *§.* 1. *ff. de adimend. vel transfer. legat.* Quandoquidem exploratum est: ex actu etiam nullo & inutili voluntatem alicujus declarari. *l. ult. ff. de rebus eor. qui sub tutela vel cura sunt. Mynsingerus hic n.* 6. *& Heigius num.* 13. Cæterùm si is, in quem transfertur legatum, ex testamento capere possit: tum eisdem legatum oneribus & conditionibus in ipsum migrat, quibus priori fuerat legatum: nisi talis conditio sit, quæ priori personæ cohæreat; & per alium æquè impleri non possit: aut speciale onus in personâ secundi legatarii sit expressum. *l. Cajo.* 13. *in princ. ubi Bartolus. ff. de aliment. vel cibar. legat.*

d. l. legatum. 24. in pr. & l. alumna. 30. in fine principii. ff. de adimend. vel transfer. legat. Cravet. ad rubric. ff. de legat. 1. num. 82. Paul. Castrens. cons. 326. num. 2. vol. 1. Cephal. cons. 67. num. 13. & 23. lib. 1. Alexand. cons. 66. num. 4. lib. 3. Dec. consil. 190. num. 6. versic. tertiò hec, &c. Ruinus cons. 53. num. 7. lib. 2. Mantica lib. 12. de conjectur. ultimarum voluntat. tit. 3. num. 3 & fusius Menochius dict. libr. 4. de præsumpt. tom. 2. præ-
11 *sumpt. 174. num. 2. 3. & seq.* Hinc è contrario dicendum: adempto onere in uncto in vim modi, vel fideicommissi, legatum quoque ademptum videri. *d. l. alumna. 30. §. ab heredibus petierat. 2. ibiq; Gothofred. ff. de adimend. vel transfer. legat.* Quamvis ademptâ simpliciter conditione, non æquè legatum, quod sub conditione antè relictum erat, ademptum credatur; sed ex conditionali purum factum existimetur. *l. si quis servum. 53. ubi Bartolus. ff. de condit. & demonstrat. l. si quis ita. 3. §. conditio. 9. ff. de adimend. vel transferend. legat. latè Cagnol. in l. 1. num. 4. & 5. C. de pact. & in Auth. ex causa. num. 106. C. de liber. præterit. quem refert & sequitur hic Heigius num. 16.*

Illud postremò hîc appendicis vice aspergendum: 12
interdum Legem ipsam legatario adimere legatum: si nimirum legatarius propriâ auctoritate rem legatam occupet. *l. 1. §. 2. ff. quorum legator. l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. non est singulis. 176. ff. de regul. jur. l. meminerint. 9. & l. si quis in tantam. 7. C. unde vi. Menochius remed. 9. recuper. possess. numer. 211. & seqq.* vel si improbè testamentum, quasi inofficiosum aut falsum, accuset. *l. Papinianus. 8. §. meminisse. 14. ff. de inoffic. testament. l. 1. 2. & tot. tit. ff. & C. de his, quæ ut indig. aufer. &c. Schegk. in delibat. jur. disput. 12. thes. 10. Balduin. & Thadæus Piso hic in fine.*

DE LEGE FALCIDIA,

TITULUS XXII.

Principium Tit.

Superest, ut de Lege Falcidiâ dispiciamus, quâ modus novissimè legatis impositus est. Cùm enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas: ut liceret vel totum patrimoniũ legatis erogare (quippe cùm eâ lege ita cautum esset: *uti quisque legasset suæ rei, ita jus esto*) visum est hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id, quòd plerunque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cùm super hoc tam lex Furia, quàm lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur: novissimè lata est lex Falcidia, quâ cavetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantem totorum bonorum: id est, ut sive unus heres institutus sit, sive plures, apud eum, eosve pars quarta remaneat.

SUMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli.*
2 *Legandi facultas L. 12. tabular. fuit latissima.*
3 *Lex Furia quæ fuerit, & quid prohibuerit.*
4 *Lex Voconia quid vetuerit.*
5 *Lex Falcidia à quo, & quando lata.*
6 *Legis Falcidiæ dispositio.*
7 *Hujus legis duo capita.*
8 *Lex Falcidia contra voluntatem testatoris inducta dicitur.*
9 *An eam testator prohibere possit.*
10 *Lex Falcidia, & testatorum, & heredum causa lata.*
11 *An & quatenus in militum testamentis lex Falcidia cesset.*
12 *Falcidiæ deductio in quibus rebus locum habeat.*

REctè hic titulus priori subjungitur. Nam legata 1
non solùm adimuntur vel transferuntur à testatore: sed etiam, eo invito, minuuntur à LEGE. Etsi 2
enim olim lege XII. tabular. (quæ integra his fuit verbis concepta: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tutelave suæ rei, ita jus esto.* Ulpian. *in fragment. Institution. tit. 11. §. testamento, &c. ibiq; Cujacius, Cornificius lib. 1. ad Herennium, & uberiùs Borcholt. hic. & Disput. 1. de legat. proposit. 2. pag. 24. & seqq.*) legandi facultas latissima liberrimaq; fuit: in tantum, ut vel universum suum patrimonium legatis exhaurire & absumere testator posset, *auctore hic Justiniano*: postea tamen interpretatione coangustata est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium. *l. verbis legis. 120. ff de verborum significationibus. Iacob. Gothofred in fragment. XII. tabul. lib. 3. pag. 64.* Tres autem leges testamentariæ, ut vocabantur olim, isti nimiæ legandi licentiæ coërcendæ sunt latæ. Prima est lex 3
Furia, à C. Furio Tribuno plebis lata: quâ cautum fuit, ne cui ultra mille asses, hoc est, aureos legare, mortisve causa donare liceret: si quis sibi plures legatos asses accepisset, quadruplum ejus, quod plus, quàm licebat, cepisset, redderet. *Ulpianus in fragm. tit. 1. Cicero in Orat. pro L. Cornelio Balbo. Ioan. Ulricus Zasius in catalogo legum antiquar. pag. mihi 31. Theophilus hic, Balduinus & Wesenbec. num. 3. & Mynsingerus num. 7.* Sed hac lege cavebatur de singulis tantùm legatariis, non de universis. Unde, salvis hujus legis verbis, totam suam hereditatem & substantiam testator le-

tor legatis erogare facilè poterat. Fingeenim: Testa-
tor quatuor millia assium habet in bonis: & quatuor
legatariis, iisque singulis, mille asses relinquit. Hoc
casu nihil contra legem Furiam facit: quoniam supra
mille asses, singulis legatariis non legat. Nihilomi-
nus tamen totum suum patrimonium legatis insu-
mit, nihilque heredi scripto relinquit. Itaque hanc
legem non immeritò imperfectam vocat Vlpianus
dict. tit. 1. ut, quæ contra eam factum non rescinderet.
4 l. non dubium. 5. C. de legib. Secunda lex, quæ illi succes-
sit, est Voconia, à Quinto Voconio Saxa, Tribuno
Pl. lata: quâ vetitum fuit, ne cui quis plus, quàm he-
redi, relinqueret: ut pulchrè hic explicat Theophilus,
& Didacus Covarruvias in c. Rainutius. in princip.
num. 23. extr. de testament. Hujus legis meminit Ci-
cero in 3. Verrina. & ibidem Asconius Pedianus. Dion.
lib. 56. Livius lib. 41. & D. Augustinus lib. 3. de civi-
tate Dei. cap. 21. Sed eadem lex, ut & Lex Furia, suffi-
ciens ad rei consummationem non erat, teste hic Iu-
stiniano: propterea quòd plures in legatarios distri-
butis bonis, omne ferè patrimonium absumi nihilo-
minus poterat. Exempli gratiâ: Testator aureos
centum in bonis habens, nonaginta novem fecit lega-
tarios, & singulis aureum dedit. Vnicus duntaxat
5 aureus apud testatorem manet, quem heres consequi-
tur: adeòq; tantum heres, quantum quisque legata-
riorum obtinet. Tertia igitur lex est hæc Falcidia,
lata à Cajo Falcidio, Tribuno plebis, temporibus Di-
vi Augusti, Cn. Domitio, & Cajo, Asinio, Pollione,
Coss. anno ab V. C. 714. ut est apud Dionem lib. 48.
Eusebium in Chronicis, Isidorum lib 5. Etymolog. cap.
15. Duarenum ad tit. ff. ad L. Falcid. c. 1. Antonium
Matthaeum hic, & Vultejum num. 3 & Gratianum in
c. quadam. distinct. 2. Quod cum ignorarent Accur-
sius hic, ejusque asseclæ, antiquitatum juris imperiti,
finxerunt hanc legem, vel à Consule Falcidio, vel à
falce dictam esse: quòd, quemadmodum falx fœnum
vel segetes resecet: ita hæc lex legata falcet & ampu-
tet. Bartolus in leg. 1. ff. ad leg. Falcid. Kling. hic num.
4. & Schneidewvinus num. 8. Azo in summa. C. h. t.
num. 1 & Mantica libro 9. de conjecturis ultimarum
volunt. tit. 13. num. 1. Quæ licèt origine suâ plebisci-
tum esset, utpote à Tribuno Plebis lata; lex tamen est
appellata eò, quòd sicut & alia plebiscita parem legi-
bus auctoritatem ex lege Hortensiâ habebat. §. lex est.
4. vers. sed & plebiscita. ∫. de jure nat gent. & civili.
6 Hæc lex non de singulis legatariis, sed de omnibus to-
tâq; hereditate sanxit; ut legare ita liceat, dum tamen
pars patrimonii quarta heredi conservetur. Quare
ut maximè legetur multis: non tamen plus, quàm
dodrantem, hoc est, novem uncias hereditatis relin-
quere iis permittitur; quadrante, id est, tribus unciis,
sive quartâ parte pecuniæ semper lucro heredis post
hanc legem cedente, per hoc principium, & l. 1. in
princ. & l. in quantitate. 73. § ult. ff. ad L. Falcid. Itaq;
hujus legis Falcidiæ, secundùm Paulum Iurisconsultū,
7 duo sunt capita. Primo conceditur libera potestas te-
standi, & relinquendi legata, usque ad dodrantem. Al-
tero cavetur, ut ultra dodrantem legare nemo possit:
vel, si plus legatum sit, quarta pars legatis defalcetur;

eamq; heres non solùm per retentionem, sed etiam per
vindicationem consequi valeat. d. l. 1. in princ. ff eod.
ibiq; in paratit. Wesenbec. n. 4 & Duaren' cap. 8. l. pen-
ult. C. d. t. Cujac. lib 8. observat. c. 2. Schegk. in delibat.
jur Disp. 12. th. 19. ad lit. c. Hœnonius quæstionum il-
lust. disp 11. controvers. 4 ubi dissentientes allegat Ac-
cursium hic, Antonium Fabrum lib. 6. conjectur. c. 1.
& 3. & Donell. lib 8. Commentar. de jure civ. c. 27.
& ad tit. C. Quod legator. num. 3. Heres igitur qua- 8
drantem illibatum habere debet. l si filia. 20 § Papi-
nianus ait. 5. ff. famil. ercisc. & propterea lex Falcidia
contra voluntatem & sententiam testatoris inducta
dicitur. l. Titia. 86. in fine. ff. ad L. Falcid. Nec potuit o- 9
lim testator testamento prohibere, quò minùs Falci-
dia locum haberet. l. quod bonis. 15. §. 1. & ult. l. Sejus.
27. & l. pater filium. 54. ff eod. quia eâ ratione jus pu-
blicè constitutum privatim immutasset. l. nemo. 55. ff.
de legat. 1. Vultejus hic n. 9. Ast hodie Falcidiam testa-
tor prohibere potest: modò id specialiter & expressè
fiat, Novell. 1. cap. 2. circa finem. ibi, si verò expres-
sim, &c. Auth. sed cùm testator. C. ad L. Falc. & la-
tiùs explicabitur infr. §. ult. h. t. num. 19.

Porrò, quod Justinianus hoc loco ait: Quarta Fal- 10
cidiæ detractionem testatorum gratiâ esse introdu-
ctam: ne videlicet, herede ob nullum, aut minimum
lucrum hereditatem repudiante, intestati decederent:
ei non contradicit Paulus in l. potest heres. 71. ff. ad l.
Fal. ubi scribit, legem Falcid. heredis causâ latam esse.
Idem astruit Franciscus Husmanus lib. Paradoxor. ad
leg. Falcid. Paradox. 2. Nam respondetur, quòd hæc
lex & testatorum & heredum causâ sit lata, sed diver-
so respectu. Illorum quidem gratiâ directò & princi-
paliter est lata; ut testamenta eorum sortirentur exi-
tum: horum verò causa per consequentias; ne ad-
eundo hereditatem gratis periculum subirent. Hot-
man. hic enunciat. 2. Rittershusius pag. 317. Timaus
Faber. disput. 20. ad Institut. Imperial. th. 18. & Ol-
man. lib. 2. Disputation. jur. civil. Giphanii. Disputat.
22. num. 2.

Sic non obstat l. si post missionem. 37 ibi, plena lega- 11
ta. ff. ad l. Falcid. l. 1. §. denique. 18. ff. ad Senatusconsult.
Trebell. l. in testamento. 7. C. ad l Falc. & l. in testamen-
to. 12. C. de testam. mil. ex quibus locis liquet, in mili-
tum testamentis legem Falcidiam cessare: unde futu-
rum est, ut eorum testamenta semper destituantur, re-
cusantibus, scriptis heredibus adire hereditatem, si
quartam inde suam habere nequeant. Hæ, inquam,
leges non obstant. Etenim lex eo casu, quo Falcidiam
in militum testamentis cessare voluit, etiam hoc dispo-
suit; ut, repudiantibus heredibus scriptis heredita-
tem, à substitutis heredibus, vel legitimis & ab intesta-
to succedentibus, quibus ad extremum defertur here-
ditas, legata præstarentur. l. miles ita heredem. 41. §.
fin. ff de testam. mil. ne eludatur defuncti militis judi-
cium; sed effectum consequatur: cui rei lex Falcidia
prospicere & consulere voluit. Atque hac est senten-
tia Corasii in leg. filium, quem 24. C. familia ercisc. in
præludiis num. 29. quam refert & probat Mynsinge-
rus hic n. 6. eandemq; pluribus confirmat Heigius u. 5.
Adde Bachovium hic num. 4. pag. 591. & seq. Quam- 12

vis autem hoc legis Falcidiæ beneficium, in gratiam & favorem ipsorum testatorum potissimum censeatur introductum: non tamen in testamentis solùm, sed etiam in successionibus ab intestato, in fideicommissis singularibus, & mortis causâ donationibus, adeoq; quibuslibet ultimis voluntatibus, locum habet, *l. filiusfamilias. 18. ff. ad Leg. Falcid. l. si mortis. 5. & l. penult. C. eod. ibiq; Azo in sua summâ num. 3. & 4. l. 2. & l. ult. C. de donat. caus. mort. Mynsinger. h. num. 12. & Vultejus n. 6. Schneidevvin. in §. ult. infr. h. tit. n. 14. & seqq. Cujac. ad Novell. 18. & in paratit. ff. ad L. Falcid.* Videatur Fachineus *lib. 5. controversiar. jur. c.* 11. & 12. Illustr. Enenck *de Privileg. milit. lib. 2. privil.* 56. D. Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 35. ff. quæst. 2. pag.* 123. *cum seq.* Hœnonius *prædict. disput.* 11. *controvers.* 1. & 2. Nec non Paulus Æmilius Gallus *in tract. de exceptionib. tàm ab intest. quàm ex testam. part. 2. tit. 4. except. 29. per tot. fol. 506. & seqq.*

§. *Et cùm quæsitum. 1.*

Et cùm quæsitum esset duobus heredibus institutis (veluti Titio & Sejo) si Titii pars, aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: à Sejo verò aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat, in partem dimidiam minuant: an quia is quartam partem totius hereditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat: placuit posse retinere. Etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

S V M M A R I A.

1 *In singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*
2 *Quæ sit hujus præcepti causa.*
3 *Quod de singulis heredibus dicitur, quomodo accipiendum.*
4 *Si portio onerata portioni liberæ sive non oneratæ accesserit, an etiam de oneratâ deduci quarta possit.*
5 *Æquum est, ut qui sentit incommodum, etiam commodum percipiat.*
6 *Qui in jus alterius succedit, eodem jure uti debet.*
7 *Expositio & interpretatio l. qui fundum. 87. §. 4. ff. ad leg. Falcid.*
8 *An & quatenus substitutio & jus accrescendi differant.*
9 *Nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest.*
10 *Legis Falcidiæ beneficium quibus competat.*
11 *Quare isto beneficio neque legatarii, neque fideicommissarii uti queant.*
12 *Filium legato aut fideicommisso gravatum, duas quartas jure civili detrahere non posse, multis legibus luculenter probatur.*
13 *Respondetur ad l. 2. in fin. & l. 3. §. item Pomponius. ff. ad SC. Trebell.*
14 *Examinatur regula, quâ dicitur: illos, qui discreta jura habent, diversarum personarum loco esse, & diversis modis emolumenta consequi posse.*
15 *Quod duplici ex causa debetur, ex utrâque in solidum obtineri nequit.*
16 *Explicatur l. quoties. 67. ff. ad l. Falcid.*
17 *Ultima voluntas semper sarta tecta conservanda.*
18 *Filius legitimam sine omni onere habere debet.*
19 *Enucleatur l. quanquam. 30. C. ad L. Falcid.*
20 *Genuina interpretatio Nov. 39. c. 1.*
21 *Exceptio arguit, regulam esse in contrarium.*
22 *Iure Canonico filius fideicommisso aut legato gravatus, & legitimam & Trebellianicam deducere potest.*

QVæstio hujus §. hâc sententiâ sive regulâ conti- 1
netur: Rationem legis Falcidiæ in singulis heredibus ponendam esse, hoc est, singulos heredes, pro suâ quemque parte, quartam Falcidianam legatis detrahere posse, *ut hic in fine, & l. in singulis. 77. ff. ad leg. Falcid.* Exempli gratiâ: Sempronius testator habet in bonis 100. aureos; & duos heredes, Titium & Sejum, ex æquis partibus instituit. Postea à Titio legat, à Sejo non item: ut, *Titius Primo dato quinquaginta.* Hic tota pars Titii isto legato est exhausta: Sejus alter heres oneratus non est, sed integros 50. aureos habet. Si hoc casu Falcidia una omnium nomine detraheretur, non posset aliqua detrahi: quia Sejus 50. habet aureos, qui non quarta, sed dimidia pars sunt totius substantiæ. Verùm ex regulâ priori licèt Sejus non detrahat Falcidiam: cùm nihil ab eo relictum sit: Titius tamen pro suâ parte detrahet; nem-
pe ex 50. aureis deducet 12. & dimidium. Ratio autem 2
illius regulæ sive præcepti, hæc est: quia lex Falcidia heredum quoque causa est lata, *l. potest heres. 71. ff ad L. Falcid. & s. initio hujus tit. dictum, n. 10.* hoc est, non uni tantùm, sed omnibus & singulis heredibus prospectum voluit: quamvis controversum id videatur fuisse; ut hic patescit ex verbo *placuit:* eò quòd legi Falcidiæ satisfactum videatur, si quarta saltem pars totius hereditatis, quæ legatis non sit onerata, supersit: *notante Rittershusio hic in fine. pag. 317. vide Timæum Fabrum disp. 20. ad Institut. Imperial. th.*
20. Planè, quod hoc loco de singulis heredibus dici- 3
tur, non est trahendum ad singulas portiones hereditarias: quæ si ex substitutione, vel jure accrescendi in eundem concurrant: ita confunduntur, ut simul omnia bona hereditaria spectentur, an legatis paria sint. Itaque si libera aliqua portio, nullisque legatis onerata, alteri accedat portioni ultra modum gravatæ: prodesse poterit legatariis ejusmodi accessio.
Quanquam è diverso ubi liberæ sive non oneratæ por- 4
tioni accresceret vel accederet altera gravata, non prodesset id legatariis: quia tum nulla fit portionum commixtio, sed separatim considerantur singulæ; & pars, quæ accrescit, vel accedit, ut suum onus legatorum secum trahit; sic & tribuit suum jus Legis Falcidiæ; ac proinde heres ex portione oneratâ, quæ ipsi accessit, deducere potest quartam, quocunque tandem jure portio onerata illi accesserit, sive jure substitutionis, sive jure accrescendi. *l. 1. §. si coheredis. 14. l in ratione. 11. §. penult. l. quod si alterutro. 78. ff. ad L. Falcid. Balduinus & Mynsinger. hic circa finem. Cujacius lib. 4. observat. cap. 35. & Hœnonius illustrium quæstion. Disputat. 11. controvers. 3.* Hancque 5
sententiam manifesta confirmat ratio. Æquissimum enim est, ut qui onera legatorum ex personâ cohe-

redis

redis sui deficientis, non verò ex propriâ personâ, agnoscit & sustinet, etiam beneficio ejus in illis præstandis utatur: ne deteriore sis conditione, quàm is, cujus in locum & onus succedit. Quod duæ regulæ juris, ex hoc fonte æquitatis ductæ, suadent. Vna est hæc: secundùm naturam esse, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *l.*
6 *secundùm. 10. ff. de reg. jur.* Altera hæc est: qui in jus alterius succedit, eum eodem jure uti debere. *l. qui in jus 127. ff. eod.*

7 Non obstat *l. qui fundum 87. §. qui filium. 4. ff. ad leg. Falcid.* ubi Julianus respondit: si ex vulgari substitutione portio onerata accrescat non oneratæ, solida legata præstari debere. & confusos duos semisses efficere, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio habeatur. *Committitur* namque fallacia divisionis, dum verba sequentia, quæ præcedentium restrictionem & distinctionem continent, omittuntur. Addit enim Jurisconsultus, *ita demum hec*, quod in præcedentibus dixerat, *verum esse, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset*, adeòque defecisses. *Sin verò patri heres fuerit* (de quâ specie nos agimus) *non ampliora legata debere substitutum, quàm quibus papillus obligatus fuerat: quia non suo nomine obligetur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quàm semissis dodrantem, prestare necesse habuerit.* Quæ sententia planè cum nostâ congruit, hancque rationem habet satis perspicuam: quòd si vivo testatore decesserit coheres institutus, non ampliùs intelligatur institutus, cùm hic institutus sit, non qui ab initio scriptus est, sed in cujus institutione testator perseveraveris. Non autem testator perseverare creditur in illiùs personâ, qui in rerum naturâ esse desiit: adeòque alter duntaxat post mortem testatoris reperitur heres institutus, licèt ex diversis partibus, ex unâ purè, & alterâ sub conditione, quæ conditio jam extitis: quo casu in singulis partibus ratio legis Falcidiæ non ponitur. *d. l. 1. §. id, quod 13. ff. ad leg. Falcid.*

8 Multò minùs obstat ratio, quâ distinctio inter substitutionem & jus accrescendi nititur: quòd nimirum jus substitutionis sit ex voluntate testantis; jus verò accrescendi pendeat ex auctoritate legis: ac ea propter quando ex causâ substitutionis portio onerata non oneratæ accrescit, judicio defuncti omnes facultates per causam hereditariam ad alterum coheredem ex substitutione veniant: & ideo æquius sit, legata ab eo præstari, habitâ ratione omnium bonorum, quæ testator reliquerit. Hæc ratio, *inquam*, non obstat. Quia non sequitur: ex causâ hereditariâ & judicio defuncti omnes facultates ad coheredem substitutum pertinens. Ergo legata ab eo præstari debent, habitâ ratione omnium bonorum. Facultates etenim hereditariæ non perveniunt omnes ad substitutum eodem modo, eodemque jure; sed jure planè diverso. Nam portionem illam, in quam ab initio erat institutus, jure proprio, suâque ex personâ habet: portionem verò oneratam non jure proprio, neque ex suâ, sed coheredis deficientis persona obtinet: cujus respectu cùm legata præstet: æquitati naturali consentaneum est, ut ejus quoque beneficio gaudeat. *d. l. qui in jus. 177 ff. de reg. jur.*

Minimè omnium obstat, quòd repudiante cohe- 9
rede portionem hereditatis sibi delatam, videatur alter agnoscens ab initio ex parte utrâque institutus, idque potestate juris, non patientis, ut quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *l. jus nostrum. 7. ff. d. tit.* Cui consequens est, ut, cùm hoc casu ex asse institutus videatur, legata etiam integra præstet, nec ex parte oneratâ quartam deducat: cùm in alterâ portione non oneratâ quartam, & plus etiam, quàm quartam, habeat. Minimè, *inquam*, illud obstat. Quamvis enim postquam portio onerata accrevit coheredi, videri queat ex asse institutus: id tamen quoad legata, ab altero coherede, qui defecit, nominatim relicta, accipiendum non est: sed quantum ad hæc, spectatur persona coheredis, à quo relicta sunt. Nam si hîc sola heredis existentis persona spectaretur: nihil prorsus legatorum nomine exolvere teneretur: quippe quibus ipse præstandis gravatus non esset. *Verùm hanc rem latiùs explicant Donellus lib. 8. Commentar. de jur. civ. cap. 23. ibique Hilligerus in suis notat. & noviter Hunnius libr. 2. var. resolut. jur. civ. tractat. 8. quæst. 19.* Tametsi aliter sentiant *Antonius Faber. lib. 4. conjectarar. jur. civil. cap. 13. & Duarenus in titul. ff. ad leg. Falcid. cap. 8.*

Quia verò perspicuum est: hoc legis Falcidiæ be- 10
neficium heredibus, eorumque successoribus & heredibus dari, *hoc §. nostro. l. quanquam. 10. & l. successores. 16. C. ad L. Falcid.* inde dubitatur: nullíne alii, quàm heredes, eo beneficio uti possint: puta legatarii aut fideicommissarii, si & ab ipsis ita legatum vel fideicommissum relictum sit, ut vel totum, quod acceperunt, vel supra dodrantem restituere jubeantur? Sed juris est non incogniti: neque legatarios, neque fideicommissarios illo beneficio uti posse. *l. lex Falcidia. 47. §. ult. ff. ad l. Falcid. l. 1. §. si is, qui. 17. & §. seq. ff. ad Senatusconsultam Trebellian.* Hujusque 11
ratio in promptu est: quia hæc lex consulere voluit testamentorum conservationi: siquidem heredes vix repetiebantur, qui sine commodo vellent adire hereditatem: & ita totum testamentum intercidebat, *ut supr. ad principium hujus tituli expositum.* Cùm enim hereditas non aditur: nihil valet, quod eo testamento relictum est. *l. si nemo. 9. ff. de testament. tutel. l. si nemo. 181. ff. de regul. jur.* Et idcirco defunctus, ex cujus testamento hereditas non aditur, intestatus decedere dicitur, perinde ac si testamentum nullum fecisset, *instit. tit. infr. de hereditatib. quæ ab intest. deferunt. l. 1. ff. de suis & legit. heredibus.* Hæc autem ratio in legatis & fideicommissis cessat. Nullum enim periculum est, etsi fideicommissarius repudiet fideicommissum, vel legatarius legatum, ideo testamentum irritum fore. *Duarenus in dict. tit. ff. ad l. Falcid. cap. 6. Donell. d. lib. 8. Commentar. cap. 27. pag. 320. num. 30. & seq.*

Quæstio valdè divexata hîc discutienda occurrit: 12
utrùm filius præter Falcidiam sive Trebellianicam (si rogatus sit hereditatem restituere) legitimam quoq;

adeo-

adeòque duas quartas detrahere possit? Et jure civili non posse, haud absque legibus & rationum momentis statuitur. Etenim hæc sententia probatur. I per l. 1 *ff. ad l. Falc.* ubi lex Falcidia constituit, ut omninò liberum sit testatori, dodrantem bonorum legatis erogare, & de eo profuso arbitrio disponere. II. *per §. sed quia heredis. 5. infr. tit. proximo.* ubi dicitur, Senatum censuisse, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidiâ ex legatis retinere conceditur. Ex quo patet, quartæ detractionem ei demum concedi, qui supra dodrantem legatis aut fideicommissis gravatus est. Quoties igitur heres supra dodrantem non est gravatus; sed ei quadrans hereditatis relictus est: sequitur, ut quartam petere non possit. Itaque cùm heres legitimam adeptus est: satis constat, eum supra dodrantem gravatum non esse: ac proinde petere Falcidiæ beneficium non posse. III. *per l. Papinianus. 8. §. quarta. 9.* ubi filius, qui Falcidiam ex legatis adeptus est, ab inofficiosi querelâ depellitur. *&* *§. unde si quis 11.* ubi filius Pegasianam ex fructibus consecutus, similiter ab inofficiosi actione excluditur. *&* *§. si quis impubes. 15.* ubi is, qui habet quartam ex constitutione Divi Pii, ab eadem querelâ removetur. *ff. de inofficioso testament.* IV. *per l. liberto. 21 §. filium. 2. ff. de annuis legatis.* ubi filius rogatus restituere, unam tantùm quartam detrahit. V. *per l. 1. §. penult ff. si cui plus, quàm per legem Falcidiam licuerit, &c.* ubi patronus, qui in liberti bonis partem habet legitimam, si eam detraxit, Falcidiam deducere non potest. Ergo nec filius. VI *per l. jubemus. 6. C. ad Senatusconsult. Trebell.* ubi Zeno Imperator sancivit: ut filius portionem suam hereditariam fratri restituere rogatus, retentâ ex SCti Trebelliani beneficio quartâ, dodrantem, hoc est, novem uncias restituat. Ergo duas quartas non retinebit. Plures pro hac sententiâ rationes videre licet *apud Hotoman. illustr. quæst. 43. Antonium Fabrum decad. 11. de errorib. pragmat. error. 7. Hilligerum in* Donello *enucleat. lib. 7. cap. 30 ad lit. 1. Cujac. libr. 8. observat. cap. 3. Arumaū Exercitat. Justin. 9. th 18 Vandum lib. 2 variarum quæstion q 32. Brenchorst. centur. 2 [illegible] assert. 51. edit. 2. Gail. lib 2 observ 121. n. 4. Angel. Matthæacium lib. 2 de viâ & ratione juris artificiosâ cap 25. n. 30. & in tract. de legat. & fideicommiss lib. 4. c. ult Hunnium d. lib. 2. var. resol. tract. 8 quæst. 20 Hœnon. dict. Disputat 11. controvers 13. Dn. Bocerū infr. ad tit 23 de fideicommissar. heredit. num. 102. cum seqq. pag. 470. Iustum Schütz exercitationum jur. disp. 11. th 25 pag. 175. & Rober. Disput. 12. coronid. 1.*

13 Cui primùm non obstat *l. 2. in fine. & l. 3. §. item Pomponius 2. ff. ad Senatusconsult. Trebell.* ubi duarum quartarum detractio perspicuè conceditur. Cum enim heres ex quadringentis, quibus testatoris patrimonium constabit, trecenta legatariis dare jussus esset, hereditatem verò alieni restituere: scribitur, eum de legatis, septuaginta quinque, quæ illorum quarta est, detracturum: de fideicommisso autem, viginti quinque: ut facilè appareat, duplicem detractionem, duasque quartas permitti. Non, *inquam*, hæ leges obstant. Nam duplex quidem in iis detractio est: de legatis scilicet, & fideicommisso: sed si assem hereditarium consideremus, unius quadrantis duntaxat. Etenim cùm quadringenta tantùm in hereditate essent: qui septuaginta quinque de trecentis legatis, viginti quinque rursus de centum fideicommissariis detrahit: non ampliùs, quàm centum (qui assis quadrans est) detrahit.

Secundò nihil refragatur *l. tutorem. 22. ff. de his, quæ ut indignis aufer. l. si consul. 3. ff. de adoptionib. l. qui non militabat. 78 ff. de heredib. instit. l. 1. §. ult. ff. si à parente quis manumissus sit. l. quotiens. 91. ff. de R. I.* Ex quibus locis elucescit, quod illi, qui discreta jura habent, diversarum personarum loco sunt, & diversis modis emolumenta consequi possunt. Atqui filius diverso jure duas petit quartas: unam, ut filius (legitimam siquidem accipit quasi naturæ jure sibi debitam. *l. scimus. 36. §. illud. 2. C. de inoffic. testam. & l. 1. C. de imponenda lucrat. descript.*) alteram, ut quilibet extraneus. Ergo etiam duplici jure utetur. Nihil, *inquam*, hoc resi agatur: quoniam respondetur, regulæ isti locum esse, ubi qualitas diversarum personarum inter se non repugnat *arg. l. Titia, si nupserit. 100. ff. de conditionibus & demonstrat.* Repugnat autem, aliquem esse filium, sed tanquam extraneum. Deinde ut maximè concedatur, duas quartas diverso & dissimili jure filio deferri: non tamen protinus consequens est, utramque ipsum consecuturum. Itaque optionem habet, utro jure alterutram quartam consequi velit. *l. cum filius. 76 § varius. 8. ff. de legat. 2. l. 1. § quia autem. 4. ff. quod legator.* Huc facit, quòd illud, quod duplici ex causa debetur, in solidum ex utraque peti & obtineri nequeat. *arg. l. si servus. 108. §. Stichum. 4 ff. de legatis. 1.* 15

Tertiò non obloquitur *l quotiens. 67. ff. ad leg. Falcid.* in qua cum tam ex lege Falcidiâ, quàm lege Iulia deductio admittatur: inde effici videtur, ut eadem ratione uni & eidem filio duas quartas tribuamus, Falcidiam & Legitimam: illam ratione institutionis, quia fuit heres scriptus: hanc autem, quia filius est. *Causa* enim deductionis dissimiles diversum jus constituunt. In specie *dict. l. quotiens.* partem retinet heres suo jure, partem vitio legatarii: in quæstione propositâ utramque suo jure habere contendit, ut filius & ut scriptus heres: quod certè leges non sinunt. *d. l 1. §. penult. ff si cui plus, quàm per L. Falcid. &c. cum similibus suprà adductis.* 16

Quartò nihil obest hæc argumentatio. Non est negandum filio, quod conceditur extraneo. Conceditur autem cuilibet restituenti, quartam deducere. Ergo & filio. *Etenim* haud negatur filio, ut quartam deducat: sed quia tantum habet, licèt jure diverso, quantum habuit extraneus contentus esse debet; ne non sit locus voluntati testatoris, quæ semper, quo ad ejus commodè fieri potest, fatta tecta conservanda est. *arg. l. in conditionib. 19 ff de condit. & demonstrat. & Novell. 22. c. 2. in principio.* 17

Quintò minimè reclamat *l. quoniam 32. C. de inoffic. testament.* ubi expressum est, quòd filius legitimam sine omni onere habere; adeoque etiam Falcidiam 18

diam

diam detrahere debeat. *Nam* & is, qui hereditatem fideicommissariam restituit, non minùs legitimã sine onere habet. Tunc sanè legitimæ onus imponeretur, quando minor redderetur, vel quantitate, vel tempore: quod hîc non fieri constat.

19 Sextò parùm resistit *l. quanquam. 12. C. ad legem Falcid.* ubi duæ quartæ unà ex hereditate deduci videntur. *Quandoquidem* si causæ constitutio ibi penitius introspiciatur: apparet, unam duntaxat quartam detrahi. Pater Diogenii (*ad quem rescripsit Imperator Gordianus*) habebat duos filios, & filiam: filios instituit heredes, & Primum rogavit, ut si sine liberis decederet, suam partem fratri restitueret. Primus moritur: succedunt ei ab intestato frater Diogenius, & Soror. Heredes coguntur fideicommissum solvere: unde meritò soror suam quartam detrahit: reliqua frater consequitur.

20 Postremò non valdè urget *Novell. 39. cap. 1.* ubi dum Justinianus decernit, legitimam filiorum à restitutione excipiendam esse: ex eo videtur sequi, eam non esse restitutioni obnoxiam. *Tantum* enim abest, ut hæc Novella nostræ sententiæ officiat, ut eam etiam
21 magis magisque confirmet. Exceptio namque sive jus singulare arguit, regulam sive jus commune esse in contrarium. *arg. l. his verbis. 102. & ibidem Dd. ff. de legatis. 3. l. Tribunus. 20. in fine. ff. de testam. milit. l. quæsitum. 12. § deniq; Neratius. 43. ibiq; Bartolus. ff. de instruct. & instrũ. legat. Decius in l. 1. n. 21 ff. de R. I. Tiber. Decian. cons. 51. num. 4. vol. 1.* In casu autem dotis & donationis propter nuptias, si legitima pars pro ratione & qualitate personarum non sufficiat: ulterior detractio singulariter permittitur. *d. Novell. 39. cap. 1.* Ergo aliis in casibus, ubi nimirum legitima doti & donationi propter nuptias suffecerit, ea inhibita censebitur. *arg. l. quod verò. 14. & l. jus singulare. 16 ff. de legib. Latiùs Arumaus dict. Exercit. 9. th. 18. circa finem. & disputat. Pandectar. 16 thes. 17.* Ex quibus omnibus, ita in utramq; partem disputatis, manifestissimum evadit: filium jure civili, non nisi unam quartam detrahere posse: uteunque contrariam opinionem acriter & operosè tueri conentur Fachineus *lib. 5. controvers. jur. cap. 2. Anton. Cont. lib. 1 disputat. jur. civil. cap. 3. Corasius in l. filium. 24. C. famil. ercisc. Ioannes Bolognetus ad rubric ff. ad leg. Falcid. num. 71. cum seqq. D. Besoldus in delibat. jur. ex lib. 35 ff. quæst. 1. pag. 123. & Vaconius à Vacuna lib. 4.*
22 *novarum declarationum, declarat. 59. n. 6 & 7.* Cæterùm jure Canonico expressè cautum est: quòd filius, hereditatem restituere à patre rogatus, simul & legitimam & Trebellianicam detrahere possit, *c. Raynutius. 16. & cap. Raynaldus 18. de testamentis. Antonius de Padilla. in Auth. res, quæ. C. commun. de legat. n. 33. cum seq. & Hieronymus de Cavallos in speculo. aur. opinion commun. contra commun. parte. 1. quæst. 74. aliiq; plurimi, ab his relati.* Quibus quoque adiiciendus est Petrus Heigius *parte. 1. quæst. 32. n. 10. & seqq*

§. *Quantitas autem. 2.*

Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque (verbi gratiâ) si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit: nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona (incendiis fortè, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius, quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur: solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est, non adire hereditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci.

SUMMARIA.

1 *In ratione legis Falcidiæ ineundâ, quantitas patrimonii ex mortis testatoris tempore spectanda est.*
2 *Nec refert, an inter mortis & hereditatis aditæ tempus illi quantitati quid accedat, sive decedat: cùm utrumque ad heredem spectet.*
3 *Heredi liberum est, adire hereditatem, vel non adire.*
4 *Intellectus l. si ex legati. 23. ff. de verb. oblig.*
5 *Cur quantitas patrimonii æstimetur ex tempore mortis testatoris.*
6 *In legato conditionali, vel rei alienæ, non tempus mortis, sed aditæ hereditatis spectandum.*
7 *Quomodo examdienda l. si creditor. 83. ff. ad Leg. Falcid.*
8 *Fructus quando in Falcidiam veniant.*
9 *Probatio quantitatis heredi incumbit, si de eâ inter ipsum & legatarium incidat controversia.*

VT exactè sciatur, quæ sit quarta, heredi ex lege Falcidia competens: universa patrimonii quantitas diligenter spectari debet, hoc est, quantum in bonis habeat testator. Quia autem fieri potest, ut bo- 1
na testatoris, tempore mortis vel minora, vel majora sint, quàm tempore aditæ hereditatis: dubitari poterat, utrum tempus in spectandâ patrimonii quantitate sit considerandum? Et ait Imp. tempus non aditæ hereditatis, sed mortis testatoris esse considerandũ & inspiciendum. *l. cum quo. 56. in princ & l. in quantitate. 73. in princ. ff. ad L. Falcid. l. eo tempore. 50. §. si creditor. 1. ff. de pecul. Althus. lib. 1. dicæolog c. 57 n. 3. & seqq pag. 200.* Vnde sequitur: si quid damni postea in 2
hereditate acciderit; ad heredem, non ad legatarios id pertinere. Quod adeò verum est: ut, etiamsi res patrimoniales casu fortuito perierint, usque ad summã legatorum, vel supra eam, nihilominus solida legata debeantur. Neque ea res heredi est damnosa: cùm ei 3
liberum sit, adire hereditatem, vel non adire. Proinde consultũ est legatariis, tali in casu pacisci sive transigere cũ herede, ut is, acceptà aliqua portione, hereditatem adeat, & legata præstet: ne fortè destituto testamẽto, nihil illi consequantur. *l. si nemo. 9. ff. de testam. tutel.*

tutel. l. eam, quam. 14. C. de fideicommissis. Sic è diverso, si post mortem testatoris, multæ ad hæreditatem accessiones factæ sint: quæ, si heredi imputarentur, facilè quartam Falcidianam impedirent, aut saltem minuerent: nihilominus tamen ista quarta, pro ratione & quantitate bonorum, tempore mortis in hereditate repertorum, debebitur: &, quod accessit, lucro heredis cedet. *h. §. nostro l. in ratione. 30. in princ. & d. l. in quantitate. 73. ff. eod.*

4 Nec prædictis adversatur *l. si ex legati. 23. ff. de verborum obligationibus*, ex quâ evincitur, si res legata post mortem testatoris fatali casu interierit; periculum esse legatarii, & non heredis. Nam *ex dict. leg. in ratione. 30. § 2. & seqq. ff. ad legem Falcid.* distinguendum est: num quantitas (pecunia, vinum, frumentum, &c.) sive genus legatum sit, purà homo vel equus in genere: & tunc si aliquid ex hereditate perierit, periculum ad heredem pertinet. *hoc paragrapho nostro. & dict. leg. in quantitate. 73. ff. dict. tit.* an verò non genus aut quantitas, sed certa species sit legata: & hoc casu illius speciei interitus non heredi nocet, sed legatario. *dict. l. si ex legati. 23. ff. de verborum obligationibus. & enucleatè declaratum in paragrapho. si res*
5 *legata. 16. I. de legatis.* Causa porrò, cur quantitas patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, spectanda sit tempore mortis testatoris, hæc esse videtur: tum quia eo tempore incipit esse hereditas, hoc est, jus à defuncto relictum. *l. hereditas. 62. ff. de regul. jur. Wesenbec & Vultejus h. num. 1.* Tum quia eo tempore ut plurimùm cedit dies legatorum, de quibus quarta detrahitur. *l. 1 §. cùm igitur. 1. C. de caducis tollend. l. à Titio. 64. ff. de furtis. Iason. hic in addit. ad*
6 *Port. Schilbock. & Mynsinger. numer. 2.* Hinc consectarium esse Interpretes quidam crediderunt: in legato conditionali, vel rei alienæ, quod non cedit à morte testatoris, in ratione legis Falcidiæ non inspici debere tempus mortis, sed aditæ hereditatis. *l. 3. §. 1. & seqq. ff. quando dies legator. cedat. Mynsinger. hic n.*
7 *3. & Heigius num. 7.* Atque ita Juliani responsum exaudiendum esse videtur, *in leg. si crediter. 83. ff. ad l. Falc.* quod aliàs è diametro pugnat cum responso Marcelli *in d. l. cum quo. 56. in princ. ff. eod.* Tametsi Accursius ibidem eadem responsa aliter conciliet. *Quâ de re etiam videndus est Timaus Faber disp. 20. ad Institution. Imperial. th. 21. Bachovius hic pag. 594. Olemannus lib. 2. Disput. jur civ. Giphanii. Di-*
8 *sput. 22. numer. 5. & 6.* Sed & hoc ex præmissis colligere proclive est: fructus jacente post defunctum testatorem hereditate perceptos, in Falcidiam non computari: nisi aliud testator disposuerit, aut si fructus maturi fuerint, vel sati tempore mortis: quia pars rei tunc habentur. *l. in Falcidia placuit. 9. ibique glossa. in verb. mortis. ff. ad legem Falcid. l. fructus pendentes. 44. ff. de rei vindicat. Angelus h. numer. 2. &*
9 *Schneidevvin. num. 6.* Tandem & illud hic obiter attingendum: si fuerit controversia inter heredem & legatarium de quantitate patrimonii testatoris: heredem teneri probare, fuisse eam adeò exiguã, ut omninò legi Falcidiæ locus esse debeat. *l. cum de lege. 17. ff. de probationibus.* Idque facere poterit, etiamsi legatarius jurasset, locum esse non posse. *l. ult. C. de reb. credit. & notat hic Balduinus ad verb. mortis tempore, &c.*

§. Cùm autem ratio. 3.

Cùm autem ratio legis Falcidiæ ponitur, antè deducitur æs alienum: item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat: tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro ratâ scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex quâ legata erogari oportet, quadringentorum esse: quarta pars legatariis singulis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus; octava debet detrahi. Quòd si quingentos legaverit: initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Antè enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est: deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

SVMMARIA.

1 *Quæ de bonis hereditariis deducenda sint in ponendâ ratione legis Falcidiæ.*
2 *Cur æs alienum detrahi debeat.*
3 *Bona non intelliguntur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt.*
4 *An & quando heres, qui fuit creditor defuncti, possit deducere id, quod sibi debetur.*
5 *Quare funeris impensa de hereditate sit deducenda.*
6 *Quid dicatur funeris impensa.*
7 *Ea ex dignitate personæ æstimanda est.*
8 *Cur pretia servorum manumissorum, ab hereditate defuncti detrahantur.*
9 *Libertatis favore multa in jure, contra communes regulas, sunt introducta.*
10 *Deductis deducendis, quomodo Falcidiæ computatio ineunda.*
11 *Ea res ad Arithmeticos potius, quam Iurisconsultos spectat.*
12 *Ecquid heredi in Falcidiam imputentur etiam ea, quæ jure legati vel fideicommissi capit.*
13 *Explicatur l. in quartam. 91. ff. ad L. Falcid.*
14 *Ratio differentiæ inter Falcidiam & Trebellianicam: cur in illam non imputentur ea, quæ jure legati vel fideicommissi heres capit: in hanc verò eadem imputentur.*
15 *An & quatenus nulla sit differentia inter legata & fideicommissa.*
16 *Quibus casibus lex Falcidia cesset.*
17 *Quando ex privilegio testatoris Falcidia locum non obtineat.*
18 *Quando ex favore legati Falcidia non detrahatur.*
19 *Quando ex testatoris voluntate heres jus detrahendæ Falcidiæ non habeat.*
20 *Testator Falcidiæ detractionem expressè, nequaquam verò tacitè, prohibere potest.*
21 *Quando facto suo heres jus detrahendæ Falcidiæ, quod ab initio habuit, amittat.*

Antequàm Falcidiæ ratio habeatur, eamque heres 1 institutus detrahat, & legatarius legatum consequatur, tria de hereditate seu bonis hereditariis sunt deducenda: æs alienum, funeris impensa, & pretia servorũ manumissorũ. *hoc §. nostr. l. e. §. ult. l. si serv. 33. cũ l. seq. & l. qui fund. 87. §. si quis. 2. ff. ad leg. Falcid. l. in impenenda. 6. C. eod. l. pen. ff. de relig. & sumpt. funer.* Ratio, cur æs alienum subtrahatur, hæc est: quia bo- 2

nnrum æstimatio fieri non potest, nisi ære illo pri-
3 mùm deducto. Bona etenim non intelliguntur, nisi illa, quæ post solutum æs alienum supersunt. *l. mulier 72 ff. de jnre dot. l. subsignatum. 39. § 1 ff. de verbor.*
4 *signific.* Nec quidquam refert, an istud ipsum heredi debeatur: tametsi hereditaris aditione aliàs debitû cõfundatur, *dict. l. in imponenda. 6. in princ. & l. irritû. 8. C. ad l. Falcid.* Quod hodie procedit, si heres inventarii confectione sibi consuluerit. Alioquin enim actio ipsius in totum confunditur; atque ideò ad integra legata tenetur. *l. final. § in computatione 9. C. de jur. deliber. l. successores. 16. C. ad leg. Falc. Angel. & Schneidevvinus hic nnmer. 4. Linglois decis. 4. quæst. 3. num.*
5 *10. pag. 51* De funeris impensa, cur illa deducatur, ratio est favor religionis, quæ potior est ære alieno. *l. sunt personæ. 43. in fine. & d. l. penult. ff. de religios. &*
6 *sumpt. funer* Funeris autem impensa dicitur, quidquid circa ipsum sepulchrum, & necessaria ad sepeliendum corpus defuncti est erogatum *l. & si quis. 14 § funeris. 3. & l. funeris sumptus. 37. ff. eod. t. l. 1. §. ult. ff. ad leg. Falcid. Covarruvias. in cap Raynaldus. §. 3. nnmer. 2. extr. de testament. & Petr. Vander in tract. de privil. cred. cap. 1.* Sic superstitem conjugem debere habere vestes lugubres impensis heredum defuncti, respondit Everhard. *consil. 198. num. 19. prout eum*
7 *refert hic Heigius numer. 3.* Cæterùm impensa ex dignitate personæ æstimanda est. Siquidem quod impenditur alicui ad necessitatem, si impenderetur alteri: non ad necessitatem, sed ad luxuriam impensum diceretur: ut hoc omninò viri boni arbitrio sit committendum. *Vultejus h. numer. 1. Mynsinger. numer. 3.*
8 *Schneidevvin. numer. 6.* De pretiis servorum manumissorum, cur illa deducantur, ratio est perspicua: tû quia & illa sunt quasi pars æris alieni, nec heredi prosunt: ideoque ei imputari non debent. *l. sed si non ser-*
9 *vus. 36 § 2. & l. æris alieni. 39. ff. ad leg. Falcid.* Tum quia libertatis favore multa, contra communes regulas, in jure comparata sunt, & inducta. *§. ult. f. de donationib. l. libertas 122. ff. de R. I.*

10 Illis igitur omnibus ex hereditate defuncti priùs deductis: tunc in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat: tres verò partes inter legatarios distribuantur, non quidem æqualiter, sed pro ratâ portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit, *auctore hic Instiniano.* Pone ergo: Testator, deductis deducendis, quadringentos aureos habuit in bonis, & quadringentos aureos legavit. Hic quarta pars suæ partis singulis legatariis detrahitur: ita ut heres centum aureos consequatur, & legatarii trecentos. Rursus finge: Testator, qui quadringentos aureos in patrimonio reliquit, trecentos quinquaginta, & ita supra dodrantem, legavit. Hoc casu primùm heres, ex voluntate testatoris, detrahit octavam, id est, quinquaginta aureos, qui ex quadringentis supersunt, & octavam partem quadringentorum aureorum efficiunt. Deinde heres etiam, ex beneficio legis, legatariis singulis, pro ratâ portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit (*ut, si cui 100 sint legata, ei detrahantur 25. si legata sint 80. detrahantur 20. si legata sint 40. detrahantur decem: si 20. sint legata, 5. duntaxat detrahantur, &c.*) tantum detrahit, ut alia quinquaginta, atq; sic in universum eorum, quartam scilicet partem bonorum defuncti habeat. Iterû bone: Testator, qui quadringentos aureos in bonis habuit, aureos quingentos legatis erogavit. Hic primò omnium quinta pars, hoc est, centum aurei, qui patrimonium excedunt, detrahuntur: quibus detractis, quadringenti aurei supersunt. Postea singulis legatariis quarta pars suæ partis institutionis aufertur, dum quarta pars bonorum defuncti (ist est, centum aurei) heredi retinenda efficiatur. Antè enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est: deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet: *ut Iustinian. in fine hujus paragraphi loquitur, & Cajus in l. in quantitate. 73. § ult. ff. ad leg. Falcid.* Verùm enimverò res isthæc tantam sæpè difficultatem habet: ut, nisi ab acutissimis Arithmeticis, explicari nequeat. Et sanè ea explicatio ad Arithmeticos potiùs (quorum in libris exempla hoc ex loco extant) quam ad Jurisconsultos pertinet: cùm in facto magis, quàm in jure consistat, *ut eleganter Cic. in Topic. docet.* 11

Explicato sufficienter textu, quæstio hæc non parùm controversa subjicienda est: utrùm in Falcidiam heredi imputentur etiam ea, quæ jure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causa capit? Et (explosa Cujacii, nullum discrimen inter Falcidiam & Trebellianicam hac in re agnoscentis, traditione, *lib. 8. observ. cap. 4.*) in illam ea duntaxat, quæ jure hereditario accipit heres, imputari verius est, *per textum expressum in leg. quod autem dicitur. 74. & l. in quartam. 91. ff. ad legem Falcid.* ubi Martianus in hæc verba respondit: *In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas jure hereditario capit; non quas jure legati, vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causâ accipit. Nam hæ in quartam non imputantur: Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive præcipere, vel deducere, vel retinere jussus est: in quartam id ei imputatur.* Quibus utique verbis aperta inter Falcidiam & Trebellianicam differentia constituitur: & quartæ Falcidianæ, in quam non imputantur ea, quæ jure legati, vel fideicommissi heres capit, statum quarta Trebellianica, in quam ea imputantur, opponitur. Nec quidquam movet *vers. pro eâ verò parte, &c. in d. l. in quartam. 91.* Quia eo versiculo Martianus non ad quartam Trebellianicam, sed ad quartam legis Falcidiæ respexit, dicens: non imputari in eam id, quod à coherede accipitur. Hoc enim constat, in illa Jurisconsultum sparsim ac promiscuè tam de quartâ Falcidianâ, quàm Trebellianâ verba fecisse. Ideoque dicti versiculi decisio ad quartam legis Falcidiæ necessariò est referenda: cùm sine vitio & manifestâ repugnantia, quartæ Trebellianicæ accommodari non possit. Ratio autem istius discriminis inter Falcidiam & Trebellianam, etsi varia à variis afferri solet: hæc tamen (*quam etiam Gothofredus assignavit in dict. leg. in quartam. 91. ff. eod. & ibidem Wesenbecius in paratit. nnmer. 5.*) mihi omnium 12 13 14

convenientissima videtur: Quia lex Falcidia quartam hereditatis partem apud heredem manere jubet, *teste Vlpiano in fragmentis Institut. tit. 24 circa finem.* Ergo nihil, quod non est hereditarium, poterit in Falcidiam imputari. Senatusconsultum verò Trebellianum voluit simpliciter, apud heredem remanere quartam partem ex fideicommissis. Ergo quicquid fideicommissi nomine heres habuerit: id ei in quartam imputabitur.

15 Non refragatur huic decisioni, quòd cùm nulla ampliùs sit differentia inter legata & fideicommissa, sed una eademque omnium sit natura. *l. 2. C. communia de legat.* idcirco quemadmodum in quartam, quæ de legatis ex lege Falcidiâ deducitur, non imputantur, quæ jure hereditario non capiuntur: ita quoque in quartam Trebellianicam, quæ de fideicommissis detrahitur, non oporteat alia imputari, quàm quæ jure hereditario accipiuntur. Hoc, *inquam,* non refragatur. Haud etenim sequitur: legata fideicommissis sunt exæquata. Ergo & Falcidia & Trebellianica exæquatæ sunt. Quoniam hæ adeò non sunt de naturâ legatorum & fideicommissorum, ut etiam ad ea minuenda apertè spectent. Vtràque enim id agitur, ne integra legata & fideicommissa præstentur. Cùm igitur illa separata esse, manifestum sit: ex iis nihil rectè infertur. *l. Papinianus. 20 ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniat. l. qui fundum. 7. §. 1 ff. pro emptore.* Deinde respondetur: legata fideicommissis singularibus duntaxat exæquata fuisse, non etiam universalibus. Trebellianicam autem non de singularibus, sed universalibus tantùm detrahi, relucet *ex l. 1. & toto tit. ff. ad SC. Trebellian.* Nihil proinde quicquam *in d. l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid.* mutatum est per recentem Justiniani constitutionem, *qua habetur in d. l. 2. C. commun. de leg. Hunn. lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 8. q. 5. & 22. vers. sed ego malo, &c. pag. 708. & seq ubi & aliis objectionibus satisfacit.* Verùm eâ de re uberiùs dissertant *Ripa & Alciatus in d. l. in quartam. 91. ff. ad l. Falcid. & lib. 6. Paradox. cap. 4. Antonius Goveanus lib. 1. animadvers. cap. penult. Duarenus cap. 8. ad L. Falcid. & lib. 2. Disputation. anniversar. cap. 10. Angel. Mattheacius. lib. 2. de viâ & ratione juris. cap. 22. Fachineus lib. 5. controversiar. jur. cap. 15. Antonius Faber. lib. 6. conjectur. jur. c. 3. & 4. Donell. lib. 7. Commentar. de jure civ. c. 30. pag. 217. & 218. ibiq. Hilliger. in suis notat. Pacius cent. 6. controv. q. 51 & seq Arumaeus Exercitat. Justin. 9. thes. 17. & Philippus Hœnonius quæstion. illustr. Disput. 11. controvers. 6. 14. & seq. itemq. Balthasar Tomasius tract. 5. tit 9. cap. 1 & seqq. fol. 452. cum seqq. & tract. 6. tit. 9 fol. 473. & subseqq.*

16 Porrò, quod de Falcidiâ legatis, quæ dodrantem excedunt, detrahendâ dictum est, id non semper obtinet. Quidam enim jam ab initio beneficium legis Falcidiæ non habent: quidam suo facto illud postea amittunt. Vt ab initio heres jus detrahenda Falcidiæ non habeat, ex trium harum causarum aliquâ accidit: vel ex privilegio testantis: vel ex genere & favore legati: vel ex certâ testatoris voluntate, *ut benè tradit Dn. Collega Becerus hic num. 32. pag. 587. & class. 3. disput. 8. thes. 105. ed. 2.* Ex privilegio testatoris lex 17
Falcidia cessat, si miles legatum reliquerit. *l. si post missionem. 17. ff. ad L. Falcid. l. in testament. 7. C. eod. & l. in testamento. 12. C. de testament. milit.* Quod tamen ad testamentum veterani, aut ejus, qui apud hostes decessit, non extenditur. *l. 1. §. 1. & l. ad veterani. 40 ff. ad leg. Falcid.* Ex genere & favore legati Falcidia non 18
detrahitur: veluti, si quid ad pias causas legatum sit. *Novell. 131. cap. 12. Auth. similiter. ibiq. latè Gothofred. C. ad l. Falcid. Tiraquell. in tractat. de privileg. pia causa. privileg. 26. Treutler. disp. 14. thes. 5. ad lit. f. vel. 2. ubi Bachovius in suis not. pag. 873. cum seq. Duarenus prædicto cap. 8. Quamvis aliter sentiant Fornerius lib. 2. select. cap. 25. Fachineus dict. lib 5. cap. 17. & Hœnonius dict. Disput. 11. controvers. 8.* si legitima, vel portio naturâ debita, sit legata. *l. scimus. 36. in princ. vers. sancimus. C. de inoffic. testament.* si libertas relicta sit. *l. si servus. 33. ff. ad legem Falcidiam. l. decem. 6. ff. de fideicommissar. libert.* si dos uxori sit prælegata. *l. sed usufructus 81. § 1. ff. ad leg. Falcid. Bald. Novell. in tract de dote. part. 6. privileg. 49. D. Becer. in hoc tit. numer. 34. pag. 587.* Ex voluntate testa- 19
toris heres jus deducendæ quartæ non habet: si testator expressè prohibuerit, ne falcidia detrahatur. Tacita quippe prohibitio (*putà, si testator heredem* 20
integra legata præstare jusserit) neutiquam sufficit. *Novell. 1. cap. 2. prope fin. ibi, si verò expressim designaverit, &c. ibiq. Bartol. Auth. sed cùm testator. C. ad l. Falc. Wesenbec. in paratit. ff. ad l. Falc. num. 8. Oldrad. cons. 248. Socinus sen. cons. 33. lib. 1. Covarruv. ad c. Raynaldus. §. 3. num. 6. Vasq. lib. 3. de success. progr. §. 2 tit. de fid. substit. Vand. lib. 2. q. 17. Sarmient. lib. 2. selectar. interpretat. cap. 7. num. 10. cum seqq. Roman. cons. 239. num. 2. Menoch. lib. 1. præsumpt. 45. numer. 15. & Fachin. d. lib. 5. cap. 13.* Quos recenset & sequitur *Hœnonius d. disput. 11 controvers. 10.* ubi subdit, dissentire Guidonem Papæ *decis. 337. numer. 2. Boërium decis. 44. num. 33. & Alexand. consil. 5. lib. 3.* Quibus adjiciatur Franciscus Mancica *lib 9. de conject. ult. vol. t. ult. numer. 16. & seqq.* nec non Dn. Collega Besoldus *in delibat. jur. ex lib. 35. Pand. quæst. 3 pag. 125.* ubi probat: Falcidiam, non verò Trebellianicam à testatore prohiberi posse, *per tradita Fachinæi. d. lib. 5. controversiar. jur. cap. 4. & 5.* Facto suo jus detrahendæ Falcidiæ, quod ab 21
initio habuit, heres amittit. I. Si, inventario ritè & solenniter non confecto, hereditatem adierit, resque hereditarias tractare cœperit. *l. ult. §. penult. C. de jure deliber. d. Novell. 1. cap. 2 §. 1. d. Auth sed cùm testator. C. ad l. Falcid. Giphan. lib. 2. Disput. juris civil. Disput. 22. th. 5. & num. 7.* II. Si id egerit, ut legatum intercideret: veluti, si testamentum vel codicillos, quibus relictum erat legatum, celaverit. aut res legatas, quas extare sciebat, casu periisse affirmaverit. *l. beneficio. 59. in pr. ff ad l. Falc.* III. Si scienter, vel errore juris legata integra legatariis solverit. *l. 1. & l. error. 9. C. d. t. l. penult. §. fin. ff. de juris & facti ignorant. Schegk. in delibat. jur. Disput. 12. th. ult. ad lit. C.* Sed de his, aliisque casibus, quibus Falcidiæ locus non est, consulantur quoque *Schneide-*

vvin.

vvin. hic nu. 18. & seqq. Thad. Piso n. 6. cum subseqq. & D. Bocerus n. 42. cum seqq. Heigius in §. & cum quæsitum. n. 7. & seqq. f. h. t. Vult. ad pr. h. t. num. 8. cum seqq. ibidemq. Mynsinger. num. 13. nec non novisʃimè Rittershusius in expositione methodicâ Novellar. part. 6. cap. 5. num. 8. & multis seqq. ubi casus iste omnium latissimè & accuratissimè expenit.

DE FIDEI COMMISSARIIS HEREDITATIBUS: ET AD SENATUS-CONSULTUM TREBELLIANUM,

TITULUS XXIII.

Principium Tit.

Nunc transeamus ad fideicommissa: sed prius est, ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.

SUMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli.*
2 *Rubrica hujus tituli adversus Cujacium defenditur.*
3 *Fideicommissum definitur.*
4 *Fideicommissum dividitur, in universale & singulare.*
5 *Hereditas per fideicommissum relicta, quomodo vocetur.*
6 *Heres fiduciarius, itemq. fideicommissarius quis.*
7 *Universalia sunt digniora singularibus.*
8 *Digniora semper præmittenda.*

1 Acquisitio testamentaria duplex est: directa una, ex institutione: altera fideicommissaria, ex fideicommisso. De directâ hûc usque explicatum est: de fideicommissariâ hoc agitur titulo. Institutio quippe heredis directa prior est fideicommisso. Ergo
2 & directa acquisitio prior. Porrò Cujacius *hic in suis notis*. Rittershusius *pag. 321.* & nonnulli alii existimant: partem illam hujus Rubricæ (*& ad Senatusconsultum Trebellianum*) contra antiquorum librorum fidem esse additam; ac proinde delendam. Verùm nihil ego, *cum Theodoro Marcilio hic*, delendum aut mutandum censeo. Tribonianus namque ista verba adjungere rubricæ voluit, ut in eâ tangeret transfusionem Senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, de quâ hoc titulo, *nempe à §. & Neronis 4. usque ad finem.* verbosissimè tractatur. Itaque illam rubricæ partem qui amputant: præcipuam tituli partem à ru-
3 bricâ imprudenter excludunt. Et quidem hæc rubrica respondet rubricæ *in ff. ad Senatuscons. Trebellian.* Fideicommissum autem non incommodè definiri poterit liberalitas, quâ res quædam verbis precatiis, vel alio quocunque judicio ultimæ voluntatis, ministerio alterius committitur, in aliquem confertur, *arg. l. cùm non facilè. 6. ibi, à petitione liberalitatis ff si cui plus, quàm per leg. falcid. licuerit, &c. Ulpianus in fragment. Instit. tit. 24. in princ. & tit. 25. in princ. Wesenbec. hic & Wolfius in suis erotemat. Schegk.*
4 *in delibat. jur. disput. 19. th. 1.* Est que vel universale seu generale, quod ad universam hereditatem, vel quotam sive partem ejus alteri restituendam pertinet: vel singulare, seu particulare & speciale, quod in singulis rebus restituendis cernitur, *hoc tit. nostro, & seq. l. 1. in princ. l. 2, 3, 4. & tot. tit. ff. ad SC. Trebell. l. ult. C de fideicommiss. l. generali. 13. C. de sacrosanct. Eccles. Cajus lib. 2. Instit. tit. 4. in fin. & tit. 7. in princip. Angel. Matthæacius in tract. de legat. & fideicommiss. lib. 1 cap. 2. num. 4. Vincentius Fusarius in tract. de substitut. part. 2. de fideicommissaria substit. quæst. 268. fol. 206.* Et hereditas per fideicommissum 5
relicta, dici solet fideicommissaria, item fideicommissa, aut fiduciaria, *per rubr. hujus tit. l. postulante. 44. in princ. & l. Sejus Saturninus 46. ff. ad SC. Trebell. l. certi. 9 §. 1. ff. de reb. credit. Forster. lib. 2. de successionib. c. 21. num 2. & 3.* Heres verò, qui rogatur hereditatem 6
alii restituere, fiduciarius heres appellatur, *d. l. Sejus Saturninus. 46. ff. ad SC. Trebell.* atque ille cui restitui hereditas jubetur, fideicommissarius heres vocatur. *§. sed quia stipulationes. 7. infr. hoc tit.* qui propriè heres non est, sed tanquam heres. *§. ergo siquidem. 6. ibi, tanquam in heredem. infr. eod.* & loco heredis habetur. *d. l. postulante 44. §. sed in hujusmodi. vers. nam & quodammodo. ff. ad SC. Trebell. l. filiusfamilias. §. §. 1. ff. quod cum eo, qui in alien. potest. est, &c. Vulteius hic numer. 10. Dn. Collega Bocer. num. 6. pag. 455. & class. 3. disput. 7. th. 4 lit. d. edit. 2. latè Chifletius lib. 1. de jure fideicommiss. c. 1. & lib 2. cap. 3.* Cæterùm de fideicommissis universalibus hoc in tit. Justinianus 7
Imp. agit: de particularibus in tit. proximè sequente. Ratio, cur prius de illis, posteriùs verò de his agatur, non obscura est: quia universalia singularibus, ut & tota partibus, sunt digniora: plus enim est universale, quàm singulare. Atqui digniora jure præmittenda 8
sunt, *arg. §. singulorum. 11. sup. r. de rer. divis. l. 1. in princ. ff. de rei vindicat. l. 1. & 2. ff. de albo scribendo. & eleganter notat Giphanius in œconomiâ lib. 2. Institutionum jur. num. 12.*

§. *Sciendum. 1.*

Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant hereditatem. Et ideo

 fidei-

fideicommissa appellata sunt: quia nullo vinculo juris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus primus, semel iterumque gratiâ personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur, & populare erat: paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem: tantusq; eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

SVMMARIA.

1 *Legatorum & fideicommissorum origo.*
2 *Causa originis fideicommissorum.*
3 *Fideicommissa olim infirma.*
4 *Preces non adferunt necessitatem.*
5 *Fideicommissa unde dicta.*
6 *Fideicommissorum magnus favor.*

1 DE usu & origine fideicommissorum breviter sciendum: quòd licèt legatorum usus sit antiquissimus, & pendeat ex lege XII. tabb. eà, *uti quisq; legassit rei suæ, ita jus esto l. verbis. 120 ff. de verb. signif.* fideicommissorum tamen usus Romæ inoleverit non certâ lege, sed moribus jam ante tempora Ciceronis, *ut videre est ex ejusdem lib. 4. de finib. & apud Valer.*
2 *Max. lib. 4. cap. 2. in fine.* Ratio autem sive causa originis fideicommissorũ hoc loco illa exponitur: quòd, quibus directò hereditas vel legatum relinqui non posset, iis per fideicommissum relinqueretur. Verbi gratià: jure civili neque peregrini, neque cœlibes & orbi, neque uxores testamento virorum heredes institui poterant, *arg. l. 1 in princ ff. ad leg. Falcid. l. si is, qui heres. 11. ff. de vulg. & pupill substit. l. unic. C. de his, qui se deferunt.* si tamen testator volebat ad peregrinum, vel ad cœlibem & orbum, vel ad uxorem hereditatem pervenire: fidei heredis instituti committebat, ut hereditatem peregrino, orbo, cœlibi, aut uxori restitueret. Hac occasione fideicommissis primum introductis, postea paulatim cœperunt relinqui etiam illis qui
3 directis verbis poterant institui. Veruntamen omnia fideicommissa erant infirma, utpote, quæ nullo juris vinculo continebantur: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat, *hoc §. nostro.* Preces enim (nisi Tyrannorum) non adferunt necessitatem, *arg. l. fideicommissa 11 § 2. ff. de legat. 3. tot. tit. ff.*
4 *de precar. Wesenbec. hic num. 2.* Sed continebantur fideicommissa pudore eorum, qui rogabantur: siquidem pendebant à fide heredum, & inde tam nomen, quàm substantiam acceperunt. *§. & quia prima. 12.*
5 *infr. hoc tit.* A fide autem & pudore alienum est, non præstare id, de quo quis rogatus est. Divus verò Augustus primus, heres a Lucio Lentulo scriptus, cùm fideicommissa ab eo relicta essent, fideicommissa ad juris necessitatem pertraxit, *d. §. 12. infr. eod. & initio tit. infr. de codicillis.* hoc est, voluit, ut fideicommissa præstarentur: ac proinde mandavit Consulibus, ut auctoritatem suam interponerent, viq; magistratus eum, qui restituere rogatus erat, ad præstandum fideicommissum cogerent. Postea hoc, quia justum erat & populare, id est, quia æquum & omni populo gratum acceptumque erat, paulatim in assiduam jurisdictionem conversum est. Assiduè enim & quotidie magistratus super fideicommissis jus dicebant, & fideicommissa restituere rogatos cogebant. Tantusq; 6
fideicommissorum favor factus est: ut divus Claudius duos prætores crearet, qui tantùm de fideicommissis cognoscerent, & jus dicerent: ex quibus Titus Imperator alterum detraxit, unusq; remansit, qui prætor fideicommissarius dicebatur. *l. 2. §. capta deinde Sardin. 32. vers. post deinde divus Claudius. ff. de orig. jur. Ulpian. in fragment. Instit tit. 25 §. fideicommissa non per formulam, &c. l. quæsitum. 78. §. penult ff. de leg 3. l. si cui legatum. 92. ff. de condition. & demonstrat. l. Licinnius. 4. in fine. ff. quib. ad libert. proclam. non licet. l. 2. C. qui potior. in pignor. hab. & hoc §. nostro. in fine.* Cujus loco in provinciis præsides de fideicommissis cognoscebant. *l. cùm etiam. 5. C. de reb credit. Ulpian. in fragm. Inst. d. loco. Borcholt. hic n. 6.* Illamq; rem, *post interpretes hoc loco,* fusiùs persequitur Chifletius *lib. 1. de jure fideicommiss. c. 3.* & Donell. *lib. 7. Commentar. de jur civ. cap. 15. pag. 170.* nec non Paulus Æmilius Gallus *in tract. de exceptionib. in successi tam ab intest. quàm ex testam. part. 2. tit. 4. except. 23. per tot. fol. 440. & seqq. item except. 24. & tribus subseqq.*

§. In primis. 2.

In primis igitur sciendum est: opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituatur, ejusq; fideicommittatur, ut eam hereditatem alii restituat: alioqui inutile est testamentum in quo nemo heres instituitur. Cùm igitur aliquis scripserit; *Lucius Titius heres esto:* potest adjicere, *rogo te Luci Titi, ut cùm primùm poteris hereditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas.* Potest autem quisque & de parte restituenda heredem rogare. Et liberum est, vel purè, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissa quot modis relinquantur.*
2 *Fideicommissum testamentarium quando valeat.*
3 *Heredis institutio fundamentum testamenti.*
4 *Formulæ fideicommissorum variæ.*
5 *Quæ verba hodie ad fideicommissum sint apta.*
6 *Idem juris est de parte, quod de toto.*
7 *Fideicommissa vel purè, vel sub conditione, vel ex certo die relinqui possunt.*
8 *Hereditas ex certo tempore relinqui nequit.*

9 Ne-

9 *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*
10 *Semel heres, non desinit esse heres.*
11 *Differentia inter fideicommissum purè & conditionaliter relictum.*

1 Fideicommissa trifariam relinqui possunt; testamento, codicillis, ab intestato. De fideicommissis testamentariis hîc agitur; de iis, quæ codicillis relinqvuntur, *in §. codicillis. 2. vers directè. infr. de codicill.* de iis, quæ ab intestato, *in §. præterea. 10. infr.*
2 *hoc tit.* Hoc autem loco ait Imperator; fideicommissum testamentarium ita demùm valere, si heres ali-
3 quis recto jure, id est, verbis directis sit institutus. Hujusque manifesta ratio est: quia heredis institutio caput est, robur, ac fundamentum testamenti. *§ ante heredis 34. supr. de legat. l proximè. 3. vers. non potest ullum. ff. de his, quæ in testament. delent. l. 1. in princ. ff. de heredib. instit. l. quod per manus. 10. & l. ult. ff de ju-*
4 *re codicillor.* Formulæ verò fideicommissi tam universalis, *de quo hic*, quàm singularis, *de quo in §. ult. infr. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* sunt variæ.
5 Et hoc jure Justiniani quia verborum solennitas non curatur: quælibet verba, voluntatem defuncti declarantia, ad fideicommissum apta videntur. *l. 2. C com-*
6 *munia de legat. & fideicommiss.* Si quis tamen ita dixerit; *commendo tibi Titium*: non erit fideicommissum, *arg. l. Lucius Titius. 78. §. filiam. 8 ff. ad SC. Trebell.* Siquidem aliud est, personam commendare: aliud, voluntatem suam ad fideicommissum, & rem relinquendam heredibus suis insinuare. *l. fideicommissa. 11. §. 2. ff. de legat. 3.* Non tamen necesse est, ut testator totam hereditatem per fideicommissum relinquat. Nam & de parte (puta uncia, sextante, semisse, &c.) restituendâ, heredem institutum rogare potest, hoc modo: *Rego te heres Luci Titi, ut dimidiam, tertiam, vel quamcunque aliam hereditatis partem, Cajo Sejo restituas, hoc § nostro, vers. potest autem. &c. l. cogi. 16. §. si quis heres 4. & l. ex asse. 28. ff. ad SC. Tre-*
7 *bell.* Idem quippe juris est de parte, quod de toto. *l. quæ de tota. 76. in princ. ff. de rei vindicat. l. si duo. 31.*
8 *in fine. ff. de administrat. & peric. tutor.* Quin & liberum est testatori, vel purè, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel etiam ex certo die: ut, *rogo te heres, ut post annum, biennium, quinquennium, &c. hereditatem restituas, hoc §. nostro, in fine. l. 1. §. sed & quotiens. 9. ff. ad SC. Trebellian.*

Nec huic obstat, quòd hereditas ex certo tempore relinqui non possit. *§. heres & purè 9. supr. de here-*
9 *dib. instituend. l. hereditas. 34. ff. eod.* Ibi enim tractatur de directâ hereditate, quæ ex die certo relinqui non potest: hîc verò agitur de fideicommissaria, quæ ex die certo potest relinqui. Differentiæ ratio facilis est: quia scilicet sequeretur aliquid absurdũ in directâ; quod non sequitur in fideicommissariâ. Absurdũ hoc est: ut testator pro parte testat[9] esset, pro parte non esset. *l. jus nostrum. 7 ff de reg. jur.* Finge: testator ita scripsit: *Sempronius heres esto post bienniũ.* Moritur testator post annum. Sequenti anno testator heredem non habet: cùm heres institutus sit post biennium. Itaq; uno anno esset testatus, & postea intestatus: quod est absurdum. *d. l. jus nostrum. 7. ff. d. tit.* Rursus finge: Testator ita disposuit; *Sempronius heres esto, & volo, ut Sempronius meam hereditatem restituat Titio post biennium.* Moritur post annum testator. Hoc casu testator non est intestatus: quia Sempronius ei est heres directus: & deinde post annum restituens hereditatem Titio, nihilominus heres ipso jure, licèt sine re, permanet. Semel namque heres, non de- 10
sinit esse heres. *§. restituta. 3. infr. hoc tit. l. ei, qui. 88. in fin. ff. de heredib. instituend.* Cæterùm id inter 11
fideicommissum purè & conditionaliter relictum interest: quòd illud, etiam non agnitum, ad heredes fideicommissarii transmittitur. *d. l. cogi. 16. § idem Macianus 9. l. postulante. 44. circa princip. ff. ad SC. Trebellian. l. 3 ubi Bartol. & Bald. C. de fideicommissis latè Gail. lib. 2. observat. 13. num. 1. & seqq.* hoc verò non item. *l. legata sub conditione. 41. & l. intercidit. 59. in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. unic. §. sin autem aliquid. 7. C. de caduc. tollend. Scarez. in thesaur. recept. sent. in verb. fideicommissum. num. 109. Gomez. tom. 1. var. resolut. cap. 5 num. 9.* nisi contraria testatoris voluntas ex verisimilibus conjecturis appareat. *l. licet Imperator. 74. ff de legat. 1. l. cùm virum. 16. vers. sanè quoniam. C. de fideicommiss. Gail. d. libr. 2. obs. 132. num. 1. & 7.* Eaque de re vide copiosiùs differentes *Angelum Mattheacium in tract. de legat. & fideicommiss. cap. 4. & Claud. Chifletium libr. 2. de jure fideicommiss. cap. 9. & seqq.*

§. Restituta 3.

Restitutâ autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet: is verò, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur.

SUMMARIA.

1 *Heres institutus, hereditatem restituere rogatus, hereditate restituta, ipso jure heres manet.*
2 *Heres & hereditas sunt vocabula juris.*
3 *Magistratus neque heredem, neque dominum facit.*
4 *Heres, ex fideicommisso restituens hereditatem, an & quatenus agere, & conveniri possit.*
5 *Fideicommissarius quando heredis, quando item legatarii loco habeatur.*

Indicat hoc loco Justin. Imperator 1 quòd heres in- 1
stitutus, restituere hereditatem rogatus, restituta hereditate, ipso jure adhuc heres maneat. Idem ait JC. Cajus *in l. ei, qui solvendo 88. ff. de heredib. institutend.* nimirum eum, qui semel heres extitit, non posse desinere esse heredem. Idem quoque dicitur *in l. ait prætor. 7. §. sed quod Papinianus. 10. in fine. ff. de minorib. 25. annis.* Ejusque ratio est: quia heres & heredi- 2
tas sunt vocabula juris: quæ ut lege certoque jure dantur; ita lege & certo jure adimuntur. *arg. l. hereditatis appellatio. 119. & l. seq. ff. de verb. significat. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* Quare per fideicommissum, quod non certâ lege, sed ex voluntate testatoris & magistratûs auctoritate pendet, nec datur hereditas propriè, nec tollitur, *Ulpian. in fragment.*

ment. Instit. tit. 25. in princ. Magistratus etenim he-
3 redem non facit, ut neque dominum: quia hæc sunt juris & legis propria, *arg. l. 2. ff. de legib. & c. l. qui usumfructum. 3. ff. si usufruct. petet. & §. quos autem. 2. infr. de bonor. possessionib ubi nos latius. & tradit Rittershusius hic pag. 323.* Vtilitas autem bujus rei cernitur in actionibus hereditariis, *de quibus extat. tit.*
4 *C. de hereditariis actionib.* Nam verus heres, qui ex fideicommisso restituit hereditatem, cùm heres maneat; & agere sive convenire creditores hereditarios, & conveniri à creditoribus hereditariis adhuc potest: licèt exceptione eos repellere valeat: quâ si non utatur, sed solvat quippiam creditoribus, à fideicommissario repetere poterit. *l. 1. §. quanquam. 4. ff. ad SC. Trebellian. & l. e C. eod. Mynsinger. hic num. 1. & Hei-*
5 *gius num. 2.* Porrò cui ex fideicommisso hereditas restituta est, is interdum heredis, interdum legatarii habetur loco. Si enim universale sit fideicommissum, rogatusque sit heres assem integrum restituere: tum, quia in jus universum fideicommissarius succedit, heredis obtinet locum. *l. in pari causa. 128. in fin. ff de reg. jur. l. quamvis. 40. § 1. ff ad SC. Trebell* & (*ut Paulus ait*) effectu quodammodo heres est. *l. si filiusfamilias 5 § 1 ff. quod cum eo, qui in alien. potestate est, negocium gestum esse dicet:* sin particulare sit fideicommissum, adeòque partem tantùm fideicommissarius recipiat; legatarii partiarii loco habetur. *§. sed quia heredes. 5. vers. post quod Senatusconsultum infr. hoc tit. Baldwin. & Wesenbec. hic num. 1. Hotoman. enunciat. 2. & Theoderus Marcilius in fine.*

§. *Et Neronis. 4.*

Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Consulibus, Senatusconsultum factum est: quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit: omnes actiones, quæ jure civili heredi, & in heredem competerent, ei, & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod Senatusconsultum Prætor utiles actiones ei, & in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi, & in heredem dare cœpit.

SVMMARIA.

1 *Origo Senatusconsulti Trebelliani.*
2 *Ratio sive causa hujus senatusconsulti.*
3 *Sententia sive sanctio ejusdem senatusconsulti.*
4 *Quem sequuntur commoda, eum & incommoda sequi debent.*
5 *Vtilitas senatusconsulti Trebelliani.*
6 *Actiones hereditariæ quatenus sint directæ, quatenus utiles.*
7 *Vtilius est, experiri actionibus utilibus, quam directis.*
8 *Circuitus vitandus.*
9 *Non fieri debet per plura, quod fieri potest per pauciora.*
10 *Restitutio hereditatis fideicommissariæ, & re & verbo fieri potest.*
11 *Verbo restitutione factâ, dominium quidem, sed non possessio, transit in fideicommissarium.*
12 *Quæ res veniant in fideicommissariæ hereditatis restitutionem.*
13 *Quæ res ad fideicommissarium non transeant.*
14 *Quæ sint incommoda hereditatis.*
15 *In restitutionem istam etiam venit, quod post aditam hereditatem, per causam hereditatis obtingit.*

De fideicommissis duo prodita sunt Senatusconsulta: Trebellianum, *de quo hic*, & Pegasianum, 1
de quo infrà §. proximo. De Trebelliano duo breviter hoc loco exponuntur: origo ejus, & sententia. Originem quod attinet: factum illud esse dicitur L. Annæo Seneca, & Trebellio Maximo Consulibus: qui fuerunt suffecti aliis Consulibus demortuis, nimirum Pub. Mario Celso, & Asinio Gallo, anno Vrb. IↃCCCXIV. 8. Calend. Septemb. Cæsare Nerone, *l. 1. § 1 ff. ad SC. Trebell. & notat Wesenbec. hic numer. 1.* Idque senatusconsultum dici debuisset *Annæanum*: & fortè ita dictum à principio fuit, quippe à nomine Consulis majoris, L. Senecæ: sed postea translatum est ad nomen Trebellii Consulis minoris, postquam L. Senecæ, ut perduellionis rei, damnata fuit memoria, *ut est apud Corn. Tacitum lib. Annal. 14. & tradit novissimè Marcilius in § ergo si quidem. 6. infr. hoc tit.*
Ratio autem sive causa hujus Senatusconsulti Tre- 2
belliani expressa est in ipso senatusconsulto, cujus verba referuntur *in d. l. 1. § 2. ff ad SC. Trebellian.* Quia scilicet æquissimum sit; eos judicia subire, in quos jus fructusq; transferatur, potiùs, quàm cuique periculosam esse fidem suam. Sententia porrò sive san- 3
ctio Senatusconsulti hisce hoc loco continetur verbis: *ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit: omnes actiones, quæ jure civili heredi, & in heredem competerent, ei, & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas.* vel illis (quæ ipse profert Senatus *in d. l. 1. §. 2. ff. eod.*) *placet; actiones, quæ in heredem heredibusq; dari solent, eas neq; in eos, neq; his dari, qui fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent: sed his, & in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset.* Hoc igitur senatus consulto tantùm de actionibus ab herede in fideicommissarium transferendis agitur. Atque hæc illius sententia, ut & causa sive æquitas, planè est naturalis. Quia secundùm naturam est; incommoda cu- 4
jusque rei eum sequi, quem sequuntur & commoda, *arg. l. secundùm. 10. ff de reg. jur.* Etenim cum in fideicommissarium jus fructusque hereditatis transferantur: necesse est, ut eum & actiones sequantur. Est 5
& alia ejusdem SCti causa sive utilitas: quò nimirum magis in reliquum confirmentur supremæ defunctorum voluntates: *quemadmodum loquitur Senatus in d. l. 1. §. 2. in fin ff. ad SC. Trebell.* Hoc namque senatusconsulto sublatus est metus actionum, propter quem heredes adire hereditatem recusabant; & ita testamentum deserebatur. *d. l. 1. § sublata. 3. & l. quia poterat. 4. ff. dicto tit.* Innuit autem *hic circa finem* 6
Justinianus: actiones hereditarias, si heredi, vel in heredem dentur, esse directas: si fideicommissario, & in fideicommissarium, esse utiles. Ratio differentiæ hæc assignatur: quia ut heres semel non desinit esse heres, *l. ei, qui solvendo. 88 ff. de heredib. instituend. & similib.* ita quod ei semel acquisitum est primò & directò, si ad alium transferatur, apud illum directi appella-

pellatio manet: ad alterum translatum, consequens est, ut non sit directum, sed (velut in jure loquimur) utile, id est, ex utilitate & æquitate ab herede in fidei-
7 commissarium translatum. Hujusque translationis æquitas paulò antè indicata est: utilitas verò in eo consistit, quòd breviore manu potest hisce utilibus actionibus agi, quàm directis: quibus primò à creditoribus & legatariis conveniendus esset heres; & ab hoc fideicommissarius: atque econtrà fideicommissario cum herede, & huic cum debitoribus agendum
8 esset. Proinde utilius fuit, omissâ heredis personâ, utiles ultrò citroque actiones in fideicommissarium transire, ut circuitus vitaretur, arg. l. dominus 53. ff. de condict. indebit. l. si usufructus. 9. in princ. ff. usufructuarius quemadm. caveat: & ne frustra fieret per plura, quod fieri potest per pauciora, arg. l. 1. ff. quod met. caus. gest. erit. l. ult. §. in refutatoriis. 1. C. de appellationib. Wesenbec. hic n. 4. Illamque rem enucleatius persequitur Chifletius lib. 4. de jur. fideicommiss. cap. 4
10 & 6. Cæterùm restitutio hereditatis fideicommissariæ fieri potest, tum re, tum verbo. Re; cùm heres rogatus sive gravatus, vel ejus nomine alius, possessionem rerum hereditariarum fideicommissario cedit, vel ipso facto; vel patitur, ut eam fideicommissarius ipse capiat l. restituta 37. ff ad SC. Trebellian. Et hoc modo factâ restitutione, dominium unà cum possessione in fideicommissarium transire, scribit Gomezius tom. 1. variar. resolut. c. 5. numer. 13. cumque citans Dn. Collega Bocer. in hoc tit. numer. 81. pag. 466. & class 3. disp. 7. thes. 50. ad lit. C. ed. 2. Verbo isthæc fit restitutio: cùm heres gravatus, vel coram dicit, se restituere; vel per epistolam, aut nuncium, hereditatem se restituere fideicommissario, significat, d. l. restituta. 37. vers. sed & si verbo. ff. ad SC Trebell. Donell. lib. 7. Commentar. de jur. civ. c. 24. pag. 198. num. 40. At-
11 que eo modo restitutione factâ, dominium quidem in fideicommissarium transit, at non possessio. l. cùm sponsus. 12 §. is, cui ex Trebelliano. 1. ibiq. gloss. & Dd. ff. de Public. in rem act. Dn. Bocer. d. disp. 7. th. 51. ad lit. B. & in hoc tit. num. 83. Quò conferunt, quæ annotavit Gail. lib. 2. observat. 129. Sed & procuratori fideicommissarii, hereditatem fideicommissariam restitui posse, exploratum est l. apud Iulianum, 11. §. utrum 2. & l. qui ita. 66. §. 1. ff. ad SC. Trebellian.
12 Planè in hanc fideicommissariæ hereditatis restitutionem, tam commoda (quibus scilicet fideicommissarii patrimonium efficitur locupletius) quàm incommoda hereditatis veniunt. Et quidem omnes res, corporales & incorporales, veluti jura, actiones & exceptiones, quæ in bonis defuncti fuerunt, cùm moreretur, statim in bonis ipsius fideicommissarii ipsâ restitutione fiunt, etsi nondum earum rerum nactus fuerit possessionem, ut disertè respondit Cajus in l. facta. 63 in princ. ff eod. & Paulus in d. l. cùm sponsus. 12 §.
13 1 ff de Public. in rem act. Enimverò res quædam sunt, quæ ad fideicommissarium non transeunt, sed apud heredem remanent: ut jus sepulchrorum, l. quia perinde. 42. in fin ff ad SC. Trebellian. Petr. Gregor. lib. 42 syntagm. jur. univers. c. 29. n. 18. operarum actio. l. si patroni 55. in prin. ff. eod. dos filiæ fideicommisso gravatæ. l. à filia 62. in princ. ff. dicto tit. item prælegata heredi, post fideicommissum universale, relicta: modò testator non simpliciter rogârit restituere portionem suam alteri, sed sub commemoratione portionis hereditariæ. l. Titia. 86. ubi gloss. & Dd. ff. ad leg. Falcid. l. Marcellus. 3. §. quidam. 4. l. in fideicommissaria. 18 §. ult ff. ad SC. Trebellian. Gail. d. lib. 2. obs. 135. Et si quem heres sumptum in res hereditarias fecit, eum detrahere potest. l. mulier. 22. §. sed enim. 3. vers. sed & ipse. ff. d. tit. & denique in rebus, quas subtraxit fideicommissarius, ei petitio denegatur. l. Paulus. 48 ff eod. l. non est dubium, 5. C. de legatis. Porrò incommoda hereditatis sunt; æs alienum defuncti, item legata & fideicommissa singularia, quibus heres gravatus est l. 1. & 2. C. ad SC. Trebellian. ut & onus accrescentis portionis. l. ult. §. in his. C. de caduc. tollend. latè Donell. d. lib. 7. c. 28. pag. 212. Adhæc præter res, quas tempore mortis in bonis defunctus habuit, ea quoque veniunt in restitutionem, quæ post ejus mortem hereditati nondum aditæ sunt acquisita: putà, quod servi hereditarii stipulati fuerunt, vel per traditionem acceperunt. l in eo, quod, 33. §. ult. ff de acquir. rer. domin item fructus, ante aditam hereditatem percepti. l. ita tamen. 27. §. 1. ff. ad SC. Trebellian. l. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur. tùm etiam ancillarum partus. d. l. mulier. 22. § sed enim. 3 ff. ad SC. Trebell. ut & actio legis Aquiliæ, si ante aditam hereditatem in re hereditariâ damnum sit datum. l. liber homo. 13. §. si servus hereditarius. 2. ff. ad leg. Aquil. Sed & in hanc resti- 15
tutionem venit, quod post aditam hereditatem, per causam hereditatis obtingit; ut jus accrescendi, sive heres sponte, sive coactè hereditatem adierit. l. Papinianus. 43. ff. ad SC. Trebellian. item quod heres ex obligationibus & actionibus principaliter accepit: non etiam fructus & usuræ post aditam hereditatem præceptæ: nisi ex morâ restitutio facta sit; aut etiam fructus restituere specialiter quis fuerit rogatus. d. l. in fideicommissaria. 18. in princ. & l. deducta. 58. §. qui post tempus. 2. ff. ad SC. Trebell. Gomez. d. tom. 1. variar. resolut. c. 5. num. 15 Gail. d. lib. 2. obs. 133. & 135. n. 10. Et de istis, aliisque eò pertinentibus, exquisitè disserunt Donellus prædicto lib. 7. Commentar. de jure civil. c. 25. & seqq. ibiq. Hilligerus in suis notat. Dn. Bocerus in hoc tit. num. 90. cumsq. pag. 467. & d. class. 3. disput. 7 thes. 55. & subseqq. nec non Angel. Matthacius in tract. de legat. & fideicommiss. lib. 4. cap. 5.

§. Sed quia heredes. 5.

Sed quia heredes scripti, cùm aut totam hereditatem aut penè totam plerunq; restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atq; ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit: ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, per-

inde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidiâ ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoq; rebus, quæ per fideicommissum relinquntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat. Ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur: quæ species legati, partitio vocabatur: quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Vnde quæ solebant stipulationes inter heredem & partiarium legatarium interponi: eædem interponebantur inter eũ, qui ex fideicommisso recipit hereditatem, & heredem: id est, ut lucrum & damnum hereditarium pro ratâ parte inter eos commune esset.

S V M M A R I A.

1 *Pegasianum senatusconsultum sublatum, & in Trebellianum transfusum.*
2 *Causa senatusconsulti Pegasiani.*
3 *Origo hujus senatusconsulti.*
4 *Sententia, sive sanctionis ejusdem senatusconsulti caput primum.*
5 *Differentia inter quartam Falcidianam, & Pegasianam seu Trebellianicam.*
6 *Alterum sententiæ senatusconsulti Pegasiani caput.*
7 *Tertium ejusdem sanctionis caput.*

1 NVnc transit Imperator ad senatusconsultum Pegasianum; cujus apud veteres frequens est mentio, *Vlpian. in fragment. Instit. tit. 25. §. is, qui rogatus. & §§. seqq. Paul. lib. 4 sentent. titul* 3. Sed in jure nostro ejus mentio in tribus tantùm locis (quantum mihi constat) superest, *hoc tit. Novell. 1. c. 1. §. 1. vers. Pegasiani circuitiones, &c. & l. 2. §. Quintus. 6. vers. solum autem. C. de veter. jur. enucleand.* ubi hujus rei hæc ratio indicatur: quia sublatum est hoc senatusconsultũ, tanquam scrupulosis subtilitatibus plenũ, & translatum sive transfusum in senatusconsultum Trebellianum. De eo autem quatuor *in hoc & seqq. §§.* adferuntur, 1. Ejus causa. 2. Origo. 3. Sententia sive sanctio, tribus potissimùm capitibus constans. 4. Abrogatio, sive ejus transfusio in Trebellianũ. Quod ad primum, nimirum ad causam hujus senatusconsul-
2 ti Pegasiani attinet: eam Justinianus hîc initio refert: quia scilicet heredes, cùm totam, aut penè totam hereditatem restituere rogarentur, eam adire ob nullũ, aut minimum lucrum recusabant. Facilè quippe hereditatem repudiant, qui nihil percepturi sunt ex hereditate. *l. filium quem. 20. in princ. ff. de bonor. poss. contr. tabul.* Adeòque repudiatâ hereditate, desertoque testamento; & fideicommissa, & alia in testamento scripta corruebant. *l si nemo. 9. ff. de testamentar. tutel. l eam, quam. 14. C. de fideicommiss.* Eadem igitur est causa horum trium: legis Falcidiæ, *de quâ dictum suprà initio tit. de leg. Falcid.* Trebelliani, *de quo in §. præcedente,* & Pegasiani: puià confirmatio testamentorum, *Claud. Chifflet. libr. 4. de jur. fideicommiss. c. 8.* Origo senatusconsulti Pegasiani indicatur *hic in vers. postea Vespasiani Augusti, &c.* ubi ait Justinianus, id factum esse temporibus Imperatoris Vespasiani, anno (ni fallor) ejus Imperii quinto: quo anno Pegasus & Pusio Consules suffecti fuerunt: à quorum altero, Pegasianum fuit appellatum: quanquam horum Consulum mentio alibi nusquam reperiatur. Sententiæ senatusconsulti hujus caput pri- 4
mũ exprimitur hîc *in vers. ut ei, qui rogatus esset, &c.* Cujus capitis hæc est summa: licere heredi rogato hereditatem restituere, quartam partem ex fideicommisso retinere sive detrahere *l. 1 & tot. tit ff. ad SC. Trebellianum.* Quæ quarta vulgò quidem Trebellianica, & olim Pegasiana, sed in jure plerunque dicitur Falcidia: quia ad exemplum & imitationem legis Falcidiæ hoc senatusconsultum est factum. *l. Titia. 96. ff. ad leg. Falcid. l. coheredi. 41. §. quòd si heredem. 3. ff. de vulg. & pupill. substit.* Quæ similitudo hic quoque ostenditur, in verbis; *perinde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidiâ, &c.* Nam ut quarta Falcidiana ex legatis; ita hæc ex fideicommissis detrahitur. Magna tamen inter has duas quar- 5
tas est differentia: quòd in Falcidianam imputantur eæ tantùm res, quas heres jure hereditario capit: in Pegasianam verò (quam hodie Trebellianicam dicimus) imputantur heredi non solùm ea, quæ jure hereditario; sed & ea, quæ legati, aut fideicommissi, vel conditionis implendæ, vel quacunque aliâ causa percepit. *l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid.* Benigniùs enim fideicommissa, quàm legata præstari, antiqui voluerunt. *§ post mortem. 35. supr. de legat. Mynsinger. hic num. 6.* Sed eâ de re videantur *Antonius Faber lib. 6. conjectur. jur. c. 3. & 4. Alciat. lib. 6. paradox. c. 4. Ant. Govean. lib. 1. animadvers. c. penult. Duaren. lib. 2. anniversar. disp. c. 10. Angel. Matthaeacius lib. 2. de viâ & ratione jur. c. 22 Fachineus lib. 5. controvers. jur. c. 15. Arnmaus Exercit. Iustin. 9. th. 17. Donell. lib. 7. Commentar. de jur. civ. c. 30. ibiq; Hilliger. in suis notat. ad lit. C.* Istamque differentiam exquisitiùs paulò explicuimus *ad §. cùm autem 3. num. 12.*
& seqq. supr. de lege Falcid. Alterum sententiæ sena- 6
tusconsulti Pegasiani caput est: ut actiones hereditariæ inter heredem & fideicommissarium pro ratâ parte dividantur. *de quo hic in vers post quod senatusconsultum, &c.* ex quo constat, quod heres fiduciarius sive institutus, cùm quartam detraxit, subire cogatur onera hereditaria, sed à fideicommissario stipulari possit, ut damnum & lucrum sibi cum eo commune sit pro ratâ portione; vel ut pro quarta illa actiones sibi hereditariæ, pro herede, & adversus heredem competant: pro reliquo dodrante competant fideicommissario, vel in fideicommissarium. Heres autem ejusmodi fideicommissarius habebatur legatarii partiarii loco, id est, cui pars bonorum sive hereditatis legabatur, *ut interpretatur Berchelt. hic num. 7.* Atque de hoc partitionis legato meminit etiam Cicero *lib. 2. de legib. & pro Cecinna,* & optimè Vlpianus *in fragment. Instit tit. 24 § sicut,* ubi ita scribit: *Sicut singulæ res legari possunt: ita universarum quoque summa legari potest: utputà, Mævius heres meus cum Titio heredi-*

hereditatem meam partito, dividito: quo casu dimidia pars bonorum legata videtur. Potest autem & alia pars, velut tertia vel quarta legari: quæ species partitio appellatur. Tertium sanctionis senatusconsulti Pegasiani caput est: ut heres scriptus recusans adire hereditatem, cogatur illam adire, nullo nec commodo, nec incommodo apud heredem remanente: *de quo infrà §. proximo vers. sed si recusabat, &c. & §. sed quia stipulationes. 7 vers. sed etiam id, &c.* Erant fortassis & alia capita: quæ quia ab Imp. Justiniano sunt abrogata, non extant amplius. Illa autem tria, modò indicata ab Imperatore hoc titulo exponuntur: quòd & præcipua essent, & nō ab eo abrogata; sed ex senatusconsulto Pegasiano in Trebellianum transfusa; ut, *post interpretes hic*, latiùs id explicat Chifletius *prædicto lib. 4. de jure fideicommiss. cap. 8.*

§. *Ergo. 6.*

Ergo si quidem non plus, quàm dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere: tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas, & in utrumq; actiones hereditariæ pro ratâ parte dabantur: in heredem quidem jure civili: in eum verò, qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano, tanquam in heredem. At si plus, quàm dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset: locus erat Pegasiano senatusconsulto: & heres, qui semel adierat hereditatem (si modò sua voluntate adierat) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat: ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium, & heredem. Si verò totam hereditatem restitueret: emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus heres [illegible] hereditatem, ob id, quòd diceret, eam sibi suspectam esse quasi damnosam: cavebatur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu prætoris adiret, & restitueret hereditatem: perindeq; ei, & in eum, qui reciperet hereditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto. Quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur: & actiones hereditariæ ei, & in eum transferuntur, qui recipit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

SUMMARIA.

1 *Duo hujus §. casus.*
2 *Directa actiones sunt adeò infixa ossibus heredis, ut evelli haud possint.*
3 *Quatenus heres, qui sponte adiit hereditatem, onera hereditaria sustinere teneatur.*
4 *Heres invitus obligari non debet.*

Hoc loci duo potissimùm exponuntur casus. Aut enim heres scriptus dodrantem duntaxat, id est, 1
novem uncias, restituere rogatus est: aut plus, quàm dodrantem. Primo casu, quo fideicommissum non excedit dodrantem, actiones hereditariæ pro ratâ parte dabantur, tam in heredem, quàm in fideicommissarium. *l. 2. C. ad SC. Trebellian.* In heredem quidem, jure civili; in fideicommissarium verò, ex senatusconsulto Trebelliano, tanquam in heredem: hoc est, in heredem directæ; in fideicommissarium utiles tantùm actiones transferuntur. Siquidem directæ ita sunt infixæ ossib⁹ heredis, ut evelli, aut in alium transf- 2
ire non possint, *per notata Mynsingeri in §. restituta. 3. n. 2. suprà hoc tit. & hic n. 1. in verb. ex senatusconsulto, &c.* Directæ autem juris civilis hoc loco non idcirco appellantur, quòd alteræ, quæ ex Trebelliano dantur, civiles non sint. Nam si juris civilis partem senatusconsulta faciunt: quæ ex iis competunt actiones, ejusdem juris sint, necesse est. Ideoque verisimile videtur; juris civilis nomen propriè hic positum esse, ut sæpe aliàs, pro formulis antiquissimis, quæ primis temporibus ex lege XII. tabb. conceptæ, legis actiones dicebantur, *docente Hotomano hic enunciat. 2.* Secundo casu, quo fideicommissum excedit dodrantem, ita distringuitur. Aut heres sponte adiit 3
hereditatem; aut invitus sive coactus ex senatusconsulto Pegasiano. Si sponte totam hereditatem adierit: universa ipse solus onera hereditaria olim sustinebat: sed, retentâ quartâ, interponebantur stipulationes inter eum & fideicommissarium; ut inter legatarium partiarium, & heredem scriptum. *§. quantitat. 2. in fino. supr. de lege Falcidiâ.* Si invitus adierit: quemadmodum arcebatur à commodo hereditario: ita & ab incommodo. Omnes enim actiones hereditariæ ad ipsum fideicommissarium transmittebantur, *hoc §. nostro, in fine. & l. quia poterat. 4. ff. ad senatusconsult. Trebellian.* Ratio autem, cur hoc casu, quo heres coactus adibat, omnes actiones transirent ad 4
fideicommissarium, hæc forsan non improbabilis reddi poterit: quòd heres invitus & coactus non debeat obligari: sed fideicommissarius, quo volente fit & aditio & restitutio, obligari debeat.

§. *Sed quia stipulationes. 7.*

Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes, & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, & nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet: ideo omnibus nobis suggestis, tam similitudinibus, quàm differentiis utriusq; senatusconsulti: placuit, ex-

plo so senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur; sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus: ut tunc quando vel nihil vel minus quartâ apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostrâ auctoritate retinere, vel repetere solutum quasi ex Trebelliano senatusconsulto: pro ratâ portione actionibus, tam in heredem quàm in fideicommissarium competentibus. Si verò totam hereditatem sponte restituerit: omnes hereditariæ actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur, totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones: & hoc transposuimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hereditatem, nullo nec damno, nec commodo, apud heredem remanente.

SVMMARIA.

1 *Summa & argumentum hujus §.*
2 *Stipulationes emptæ & venditæ hereditatis cur captiosæ fuerint.*
3 *Imperatori in jure semper magis placet simplicitas, quàm captiosa subtilitas.*
4 *Tria confusionis senatusconsulti Pegasiani & Trebelliani capita.*
5 *Actiones quatenus inter heredem & fideicommissarium communicentur.*
6 *Quatenus heres cogatur adire hereditatem.*

1 HOc in §. explicatur jus novum, quo Pegasianum senatusconsultum tollitur sive abrogatur, ejusq; vis omnis in Trebellianum transfertur. Ratio autem novi juris, sive senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum transfusi, hæc est: quia, *inquit Imperator*, stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes captiosæ erant: hoc est; quia multæ difficultates spinosæ ex senatusconsulto isto pendebant & proficiscebantur, propter stipulationes, partis scilicet & pro parte, item emptæ & venditæ hereditatis: quarum
2 stipulationum fit mentio *in §. proximè præcedente.* Et sane stipulationes emptæ & venditæ hereditatis ideò captiosæ fuerunt: quòd heres teneretur solus; cui deinde litigandum fuerat in fideicommissarium, ut reciperet, quod pro eo solvisset: sicut ex diverso & fideicommissario in heredem agendum erat, ut redderet, quod exegisset. Quod & in stipulatione partis & pro parte locum habebat: ut plerunque damnum paterentur utrique, vel ob calumniam, vel propter inopiam promissorum. *Mynsinger. hic num. 1.* Hinc *& in l. 2. §. Quintus. 6. vers. solum autem. C. de vet. jur. enucleand.* Pegasiani senatusconsulti ambages Imperator Justinianus vocat captiosas, & ipsis veteribus odiosas. Atqui eidem Justiniano in jure semper placuit 3
simplicitas potiùs, quàm captiosa subtilitas, & difficiles ambages, *hoc §. nostro. & §. cæterùm. 3. vers. & hæc quidem. infr. de legit. agnator. success. & l. ult. §. tales itaq; 2. C. de furtis.* Porrò summa hujus confusionis 4
utriusque senatusconsulti tribus hisce capitibus continetur. I. Vt heres jussus restituere hereditatem, quartam retineat, vel solutam repetat, condictione scilicet indebiti. Quod tamen ita intelligendum est, si errore facti totam hereditatem restituerit; quia fortè putabat, se plus habere in hereditate, quàm erat. Nam si juris errore ductus, puta quia existimàrit, se non posse quartam retinere, integram hereditatem fideicommissario restituerit: quartam repetere non potest. Quin etiam, nisi errorem facti ipse heres probet, non facilè admittetur ad repetendum. Nec enim indebitum solvisse videtur, qui plenam fidem defuncto præstare maluit, auctore Paulo *lib. 4. sent. t. 3. §. ult. l. si heres ab eo 68. in fine. ff. ad senatusconsult. Trebell. l. error. facti. 9. C. ad leg. Falcid.* II. Vt actiones sive onera 5
pro ratâ parte communicentur inter heredem & fideicommissarium: aut certè omnes transeant in fideicommissarium, si videlicet tota hereditas restituatur, *hoc §. nostro. vers. si verò totam, &c. Vide Timaeum Fabrum disp. 20. ad Institut. Imperial. th. 24.* III. Vt, 6
petente fideicommissario, heres cogi possit adire hereditatem: eoque casu nec damnum, nec lucrum apud heredem remaneat, sed omnia ad fideicommissarium transeant, *per hunc §. nostr. vers. sed etiã id, &c. l. quia poterat. 4. ff. ad SC. Trebellian.* Cogitur igitur adire heres rogatus restituere hereditatem. Etenim rogatus restituere rem certam, non cogitur adire hereditatem, quam dicit suspectam. *l. nam quod. 14. §. non omnis. 5. & l. cogi. 16. §. & generaliter. 2. ff. eod.*

§. Nihil autem interest. 8.

Nihil autem interest: utrùm aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur: an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

SVMMARIA.

1 *Eadem regulariter solet esse ratio partis, quæ totius.*
2 *Fideicommissarius adire cogens, totam hereditatem accipere tenetur.*
3 *Si heres id, quod ex hereditate tempore mortis ejus superest, restituere rogetur: diminuere interim, & obligare hereditatem potest.*
4 *Quis diminutionis istius modus.*

Quæ

1 QVæ superiùs de herede ex asse instituto dicta sūt: ea etiam in partis heredem conveniunt, *hoc §. nostro. l. 2. C. ad SC. Trebell. l. filium, quem. 24. C. famil. ercifcunda.* Nam & aliàs eadem solet esse ratio partis, quæ totius. *l. qua de totâ. 76. ff. de rei vindicat. l. an pars. 3. ff. pro derelicto. l. juris gentium. 7. §. adeò. 6. vers. si igitur in totum. ff. de pact.* nisi vel diversa utrobique ratio, vel juris constitutio, vel indivisa negocii natura repugnet. *Mynsinger. hic numer. 3. Everhard. in locis legalib. loco, à tot. ad part.* Exempli gratiâ: si quis heres sit institutus ex besse (*id est, octo unciis*) eumque restituere jussus, poterit inde quartam, id est, sextantem (*sive duas uncias*) retinere; & pro eâ parte actiones sustinebit. Sed & poterit partem illam totam restituendo, & adire recusando, prætoriosq; jussu adeundo, omnes à se actiones removere, atque in fideicommissarium transferre: *ut in fine*
2 *præcedentis §. habetur.* Sic etiam quando sunt duo pluresve fideicommissarii, & unus vult compellere heredem, ut adeat; alii non: tunc compellens etiam aliorum partes, adeòque integram hereditatem suscipere tenetur. *l. cogi. 16. §. si quis heres. 4. ff. ad SC.*
3 *Trebellian.* Porrò si heres id, quod ex hereditate tempore mortis ejus superesit, restituere rogetur: diminuere interim & obligare hereditatem potest: idque ex perspicuâ defuncti voluntate, qui superfluum tantummodè reddi jussit. *l. deducta. 58. §. penult. & ult.*
4 *ff. eod.* Cæterùm diminuendi modus jure veteri certus non erat. Proinde Justinianus Imp. constituit: ut heres rogatus superfluum restituere, diminuat pro dodrante omni ex causâ; & ut solum quadrantem fideicommissario conservare cogatur: nisi & hujus diminutionem causa aliqua justior, ut dotis, vel donationis propter nuptias, suaserit. *Novell. 108. cap. 1. & 2. & auth. contrà cùm rogatus. inde desumptâ. C. ad SC. Trebellian. Heigius hic numer. 4. Gomez. tom. 1. var. resolut. cap. 5. numer. 16.*

§. *Si quis unâ. 9.*

Si quis unâ aliquâ re deducta, sive præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo, vel alia re) rogatus sit restituere hereditatem: simili modo ex Trebelliano senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quarta parte retentâ, rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quòd altero casu, id est, cùm deducta, sive præcepta aliqua re restituitur hereditas: in solidum ex eo senatusconsulto actiones transferuntur: & res, quæ remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, id est, cùm quarta parte retētâ rogat' est heres restituere hereditatem, & restituit: scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam licèt unâ re aliqua deducta, aut præcepta, restituere aliquis hereditatem rogatus sit, in quâ maxima pars hereditatis contineatur: æquè in solidum transferuntur actiones: & secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus, restituere hereditatem rogatus sit. Sed & si certa summa deducta præceptave, quæ quartam, vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere: idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est: eadem transferimus & ad eum, qui ex parte heres scriptus est.

SVMMARIA.

1 *Argumentum & sententia hujus §.*
2 *Similitudo & differentia inter eos, qui & parte, & re certâ retentâ, hereditatem restituunt.*
3 *Heredes actionibus hereditariis tenentur, non item legatarii.*
4 *Damnum, quod quis suâ culpâ sentit, æquo animo ferendum.*
5 *Eadem est partis, quæ totius ratio.*

INsignis hic est §. de herede, hereditatem restituere rogato, cui res certa (*putà fundus Tusculanus, domus Sejana, &c.*) fuerit prælegata. Hactenus etenim de eo dictum est, cui vel quarta est relicta, vel minus quartâ. Et ait Imperator: heredem, re certâ vel deductâ, vel præceptâ, rogatum sive jussum restituere, eodem modo restituturum, sicut illum, de quo supra dictum (hoc est, qui non re, sed parte aliquâ certâ retentâ hereditatem restituere jubetur, scilicet ut restituat totam, quemadmodum jussus est, exceptâ quartâ) adeò, ut & cogi possit adire hereditatem, & coactus rem istam certam amittat. *l. ita tamen 27. §. si præceptu. 14. ff. ad SC. Trebellian.* Itaque similes sunt hi, qui & parte, & re certâ retentâ, restituunt hereditatem. Vterque enim ex Trebelliano senatusconsulto restituit; & uterq; cogi potest. In eo tamen valde differunt: quòd is, de quo hîc agitur; id est, qui re certa retenta, jussus est restituere, nullas actiones sustineat, sed omnes transferat in fideicommissarium: cùm ille, qui certa parte, ùt quartâ, retenta, rogatus est, restituere, pro rata ea parte etiam actiones hereditarias sustineat, *hoc § n. vers. sed illud interest. l. si legatus. 3. §. multum. 3. ff. ad SC. Trebellian. l. penult. C. de hered. instituend.* Ratio hujus differentiæ, cur hic heres pro rata sustineat actiones, ille non: quia hic heres pro ea parte verus est heres. At cui res certa relicta est, in ea non est heres, sed legatarii potiùs loco habetur. Jam verò notum est: heredes actionibus hereditariis teneri, legatarios non item. *hoc §. ibi, sine ullo onere hereditario, &c. l. si hereditatem. 32. vers. nam legatum. ff. mandati. d. l. penult. C. de heredib. instit.* Atque hæc etiam tunc procedunt, quando in illa re, quam quis deducere aut præcipere, & reliquam hereditatem restituere rogatus est, maxima pars hereditatis continetur. Nam & hoc casu in solidum transferuntur actiones in

nes in fideicommissarium, *hoc §. nostro. vers. quin etiam. &c.* Nec hoc alicui iniquum videri debet; quòd
videlicet, si heres plus quadrante obtineat, nulli tamen
4 oneri subjiciendus sit. *l. secundùm. 10. ff. de reg. jur.* Et-
enim in potestate fideicommissarii est, an velit heredi-
tatem sibi restitui, vel eam omittere. Si ergo restitu-
tionem petat, & damno inde afficiatur: æquo animo
ferat: cùm illud sua culpa sentiat. *l. quod quis. 203. ff.
d. tit. c. damnum. 86. eod. in 6. Mynsinger. hic num. 7.
Rittershus. in fin. pag. 325.* Et hoc est, quod Imperator
hic dicit; *& secum deliberare debet is, cui restituitur
hereditas, &c.* Ex diverso, si in re præcepta minus, quā
quarta pars sit, heres ampliùs ex hereditate vindicare
non potest. *d. l. si legatus. 30. §. penult. ff. ad SC. Trebel-
lian. Borcholt. hic numer. 3.* Præterea si certa summa
sive quantitate deductâ præceptàve, quæ quartam, vel
etiam maximam hereditatis partem continet, roga-
tus sit aliquis hereditatem restituere: idem juris est,
quod in corpore seu re certa: hoc est, eo etiam casu in
solidum actiones ex senatusconsulto Trebelliano in
fideicommissarium transferuntur: nec onus aliquod
apud heredem, qui restituit hereditatem, remanet.
Verbi gratia: si rogetur heres ex quadringentis, quæ
testator habet, præceptis centum, reliqua restituere:
hæc centum erunt sine onere. *d. l. si legatus. 30. §. mul-
5 tum. 3 ff. ad SC. Trebellian.* Denique quæ de eo dicta
sunt, qui ex asse institutus erat, in eo etiam, qui ex par-
te heres scriptus est, valent. Eadem quippe est partis,
quæ totius ratio, *hoc § nostro. in fine. l. quæ de tota. 76.
ff. de rei vindicat. & explicatum suprà. §. proximo.*
Quare si testator, qui quadringenta possidebat, duos
heredes ex semisse singulos instituerit, alterumq; ro-
garit, ut quarta retenta, hereditatem Titio restituat:
eum tribus onerum hereditariorum partibus exone-
rat, quas in Titium transfert. At si præceptâ re ali-
qua, rogat illum restituere: nihil ei oneris relinquit:
sed universum in fideicommissarium convertit, *ut ex-
plicat Hotomanus hic in fine enunciat. 4.*

§. *Præterea. 10.*

Præterea intestatus quoque moriturus, potest rogare eum, ad quem bona sua, vel legitimo jure, vel honorario pertinere intelligit: ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam (veluti fundum, hominem, pecuniam) alicui restituat: cùm alioqui legata, nisi ex testamento, non valeant.

SVMMARIA.

1 *Quæ personæ rogari possint, ut hereditatem aliis restituant.*
2 *Ab eo fideicommissum regulariter relinquitur, qui ex judicio defuncti emolumentum pecuniarium accepit.*
3 *An & quatenus heredes legitimi & honorarii fideicommisso graventur.*
4 *Legata ab intestato etiam hodie relinquuntur.*

1 AGitur in hoc §. de personis, quæ possint rogari à
morituro, ut hereditatem aliis restituant: &, non
tantùm heredes in testamento institutos, sed ab inte-
stato etiam venientes rogari posse, ostenditur. *l. filius-
familias, 114. ff. de legat. 1. l. 1. §. hoc autem senatus-
consultum. 5. & l. recusare. 6. §. 1. ff. ad SC. Trebellian.
l. si per fideicommissum. 3. l. & sine scriptura. 5. C. eo-
dem. Vlpian. in fragment. Instit. §. fideicommissum re-
linquere. in fine.* De quo tamen probabiliter dubitari
poterat. Nam regula juris nostri certa est: ab eo de- 2
mum fideicommissum relinqui posse, qui à defuncto
honoratus est, vel ex judicio ejusdem emolumentum
aliquod pecuniarium accepit. *d. l. 1. §. si is, qui. 17. l ex
facto. 17. §. 2 ff. ad SC. Trebell l sed cùm ea. 13. in fin. ff.
de jur. codicillor. l. planè. 94. in fine. & l. filiusfamilias.
114. §. apud Marcellum. 3. in fin. ff. de legat. 1. l. cùm pa-
ter. 77. § qui dotales 5. ff. de legat. 2. l. sed etsi sic fidei-
commissum. 6. §. 1. & l. nemen. 34. §. 2. in fin. ff. de le-
gat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideicommissis. §. 1. vers. hoc so-
lùm infr. tit. proximo.* Quapropter heredes legitimi, 3
qui ab intestato ipso jure succedunt, & ex defuncti ju-
dicio vel dispositione hereditatem non capiunt, non
videntur gravari posse: ut hereditatem, legis, non de-
functi, beneficio sibi delatam, aliis restituant. Sed ad
hanc dubitandi rationem responsio petenda est *ex l.
conficiuntur. 8 §. 1. ff. de jure codiciller.* ex qua evinci-
tur: eos, qui ab intestato veniunt, non tantùm lege
venire, sed etiam tacitâ defuncti voluntate: quoniam
creditur paterfamilias sponte suâ iis relinquere legiti-
mam hereditatem: *ut eleganter Paulus ibi loquitur.*
Vnde & Schurf *consil. 26. numer. 2. cent. 2. (prout il-
lum refert Heigius hic num. 1.)* inquit: eum, qui in-
testatus decedit, videri illum instituere, qui aliàs ipsi
ab intestato succedit, *arg. l. si quis 3. circa princip. ff de
jur. codicill.* Eâdem ratione fit: ut illi etiam, qui ho-
norario jure per prætorem ad bonrum possessionem
vocantur, fideicommisso gravari possiut. Etenim his
quoque defunctus hereditatem suam dedisse intelligi-
tur, ex eo, quòd non ademit. *d. l. 1. §. bonorum. 7. & d.
l. recusare. 6. § 1. in fin. ff. ad SC. Trebellian. & hoc §.
nostro.* Quod autem hic in fine dicitur de legatis ea 4
non relinqui ab intestato, sed tantùm in testamento:
id hodie correctum est, confusâ legati & fideicom-
missi naturâ. *l. 2. C. communia de legat. §. sed non usq;
3. supr. de legat.* Quamobrem etiam ab intestato lega-
ta directò nunc relinqui possunt: & ab his Falcidia
detrahitur ab intestato, quemadmodum dicitur de-
cerpi de fideicommissis, ab intestato relictis. *l. filius-
familias. 18 ff. ad leg. Falcid. & monent. Wesenbec. &
Borcholt. hic n. 2. item Mynsinger. num. 5. & indica-
tum s. ad princip. tit. de legat. num. 2.*

§. *Eum quoque. 11.*

Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alii aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissarius quoque ipse gravari potest, ut hereditatem rursus alii restituat.*
2 *Quo casu quartam deducere ipse nequit: & cur.*
3 *Tunc vero deducere potest, si antè ab herede non fuerit detracta.*
4 *An testator hodie Trebellianicæ detractionem prohibere possit.*
5 *Falcidia & Trebellianica æquiparantur.*

6 *Testator prohibere potest deductionem Falcidiæ.*
7 *Lex nova statuens aliquid de uno æquiparatorum, etiam ad alterum pertinet.*
8 *Res quæque ad suam naturam facilè revertitur.*
9 *Legata & fideicommissa olim integrè, sine detractione quartæ, debebantur.*
10 *Lex nova & correctoria eatenus extenditur, quatenus ratio locum habet.*
11 *Intellectus & sententia Novell. 1. c. 2. §. 2.*
12 *Fideicommissa singularia legatis per omnia exæquata.*
13 *An & quatenus hodie heres cogi possit adire hereditatem, eamq; ex fideicommisso restituere.*
14 *Num diversitatis ratio inter Trebellianicam & Falcidianam observari debeat.*
15 *Prohibitio Trebellianicæ in primi gradus liberis cessat.*
16 *Nemo plus legati vel fideicommissi nomine præstare tenetur, quàm ad eum ex hereditate pervenit.*

1 Ait Imperator: non heredem solùm fideicommisso onerari, sed & fideicommissarium ipsum gravari posse, ut id, quod sibi ex fideicommisso datur, rursum alii restituat. *l. 1. §. de illo quæritur. 8. ff. ad SC. Trebellian.* Nec is tantum, cui aliquid relinquitur, sed ejus etiam heres onerari fideicommisso potest. *l. si fuerit. 5. §. 1. ff de legat. 3. Angelus Mattheac. in tract. de*
2 *legat. & fideicommiss. lib 2. c. 2. num. 4.* Illud autem hoc loco notandum: quòd hujusmodi fideicommissarius, qui jussus est alteri restituere, adversus hunc alterum fideicommissarium quartam deducere non possit: quoniam, ut deductioni locus sit, oportet eum, qui vult detrahere, gravatum esse tanquam heredem, & quidem directum. *l. lex Falcidia 47. in fin. ff. ad leg. Falcid. l. mulier. 22. §. fin. ff. ad SC. Trebel-*
3 *lian. Mynsinger. hic num. 8.* Et generaliter fideicommissarius tum demum detrahendæ Trebellianicæ jus habet, cùm illam heres antè non detraxit, liberalitatem in primum fideicommissarium exercere cupiens: ut, *post Ripam & Dd. in d. l. 1. §. deniq. 18. & Cujacium ad African. tract. 6. in l. 28. ff. ad SC. Trebellian.* notavit Heigius *hic num. 12. &* Fachineus *lib. 5. controversiar. jur. c. 7.* Quia porrò omni dubitatione caret, & ex hactenus dictis liquidissimè constat: heredem gravatum per fideicommissum restituere alteri hereditatem, posse de ipso fideicommisso detrahere Trebellianicam. *§. sed quia heredes. 5. supr. hoc tit.* in quæstionem ancipitem vocari solet: ecquid testator hodie Trebellianicæ detractionem prohibere possit?
4 Et quanquam negativam multi defendere conantur, *Gloss. in l. si, ut allegas. 11. super verb. flagitare. C. ad l. Falcid. Ioan. Cret. in l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Alciatus lib. 5. paradox. c. 19. Alexander ad l. Marcellus. 3. ff. ad SC. Trebellian. Sarmient. lib. 2. selectar. interpretat. c. 7. n. 16. cum seq. Ant. Faber. in error. pragmat. decad. 11 err. 6. Schiferdegher. lib. 3. tractat. 8. c. 1 & seqq. Arumeus exercit. Iustin. 9. th. 20. Vaud. variar. quæstion. lib. 2. q. 17. Hilliger. in Donell. enucleat. libr. 7. cap. 29. lit. A. Rittershus. in explicatione method. Novellar. part. 6. cap. 5. numer. 18. Fachineus. d. lib. 5. controversiar. jur. c. 4. Forcat. Necyomant. dialog. 45. & noviter Paulus Berens disputat. 7. ad Institut. them. 4. quæst. 2.* affirmativa tamen, utpote verior & communior, mihi magis non sine ra-
5 tione probatur sententia. Primò enim Falcidia & Trebellianica jure quoque veteri æquiparantur. *d. l. Marcellus. 3 §. 1. ff. ad SC. Trebellian.* & ad exemplum Falcidiæ Trebellianica recepta est. *d. §. sed quia heredes. 5. supr. hoc tit.* nec non Falcidiæ appellatione sæpe venit Trebellianica. *l. pater filiam. 14. & l. Titia. 86. ff. ad SC. Trebell. l. coheredi. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. jubemus. 6. C. eod & d. l. si, ut allegas. 11. C. ad leg. Falcid.* Atqui testatorem prohi- 6
bere hodie posse deductionem Falcidiæ, extra omnem controversiam est, *Novell. 1. cap 2. circa finem. ibi, si verò expressim, &c. Auth. sed cùm testator. C. ad leg. Falcid.* Igitur & Trebellianicæ detractionem 7
prohibere poterit, per regulam vulgò approbatam: quòd lex nova statuens aliquid de uno æquiparatorum, etiam ad alterum pertineat, *l. quis servo. 20. C. de furt. juncta l. ut tantum. 14. §. 1. ibiq; Bartol. n. 1. ff. de servo corrupt. Stephan. à Federicis, part. 1. de interpretat. jur. 24. argum.* Deinde quando per exten- 8
sionem legis correctoriæ ad jus commune antiquum reducimur: tunc extensionem fieri posse, probabile est: quia unumquodque ad naturam suam facilè revertitur, *arg. l. in tantum. 6 in princ. ff. de divis rer. l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. vers. quotiens enim. ff. de pact. l. hac consultissima. 21. §. si quis autem. C. de testament. can. ab exordio. 2. & ibi glos. in verb. resolvit. distinct 35. item glos. in c. statutum. 3. in verb. numerandum. de præbend. in 6.* Sed jure antiquo XII. tabb. 9
omnia legata & fideicommissa integrè, absque detractione quartę, debebantur, *instit. tit. supr. de lege Falcid. l. verbum legis. 120. ff. de verbor. significat.* Ergo & 10
hodie ut Falcidiæ, ita & Trebellianicæ prohibitio valebit. Præterea indubitatum est apud Doctores nostros axioma: legem novam & correctoriam, in qua ratio certa est expressa, eatenus extendi, quatenus ratio locum habet, *arg. Novell. 118. cap. 5. & l. cùm mulier, 47. ubi Raph. Cuman. ff solute matrimon. Paul. Castrens in l. quamvis. 15. C. de fideicommiss. idque pluribus auctoritatibus confirmat Vasquius lib. 1. de testatoris potent. §. 8 num. 8.* Jam verò *in d. Novell. 1. c. 2 §. 2. vers. si verò expressim, &c.* tales exprimuntur rationes, quæ non solum in quartâ Falcidianâ, cujus prohibendæ facultatem ibidem Justinianus concedit; sed æquè etiam in Trebellianica locum sibi vendicant. Ergo illius Novellæ dispositio & correctio etiam ad quartam Trebellianicam pertinebit. Assumptio hujus argumenti perspicua est: quia ratio, quâ Imp. *in d. Novell. 1. d. c. 2. ad finem.* motus fuit, *primò* hæc redditur: quòd lex crediderit, heredem aditurum intuitu pietatis. *Secundò*, quòd non videatur sine lucro hereditas, etiamsi quarta non detrahatur. *Tertiò*, quòd testatoris voluntas nihilominus conservetur, tametsi heres propter Falcidiam sibi ademptam repudiet hereditatem: cùm legatarii & fideicommissarii hereditatem suscipere possint. Cùm igitur hæ rationes in Trebellianicâ non minùs, quàm in Falcidiâ, locum habeant: constitutio isthæc ad illam quoque porrigi debet. Adhæc, *in d. Novell. 1. c. 2. § 2 circa fi-* 11
nem. ibi, cum quidem recedere, &c. & ibi, locum fieri fideicommissariis. Justinianus expressè loquitur de eo herede, Falcidiam detrahere prohibito, cui hereditatem

tarem repudianti succedunt fideicommissarii, adeòque de eo, qui fideicommisso gravatus erat. Atqui heres, cui repudianti fideicommissarii succedunt, habuit jus deducendi Trebellianicam. Proinde Iustinianus non solùm de Falcidiâ, sed etiam de Trebellianicâ in Novellâ illa tractat. *Nec ad rem pertinet*, quòd hìc regeritur; Imperatorem ibi non de universali, sed de singulari duntaxat fideicommisso differere: & de hoc non Trebellianicam, sed Falcidiam deduci. *Quòd enim* de universali fideicommisso Justinianus exaudiri debeat, inde plusquàm manifestum evadit: quòd fideicommissa ibidem opponantur le-
12 gatis. At legatis non opponuntur fideicommissa singularia, quæ legatis per omnia & in omnibus sunt exæquata; sed fideicommissa solummodo universalia. *l.2. C. communia de legat. §. sed non usq. 3. supr. de legatis.* Denique hanc tuentur sententiam *Bartolus & Iason in d.l. Marcellus.3. ff. ad SC. Trebell. num. 45. & seqq. Gomezius tom. 1. var. resolut. c. 5. num. 11. Gail lib. 2 obs 138. num. 15. Duaren. ad d.l. nemo. 55. in vers. quæstio est de prohibitione, &c. ff. de legat. 1. Covarruv in c Rainaldus. 18. §. 3. n. 6. de testament. Hœnon. disp. 11. controvers. 18. Andr. Gerhardi decad. 10. quæst. 10 Giphan in disp. 22. ad Instit. in corollar. ibiq, Olemannus num. 24 & seqq. Hunnius lib. 2. var. resolut jur. civ. tract. 8. q. 21. Frantzkius exercitat. 7. quæst. 9 pag. 212. & seqq Ant. Merenda lib. 4. controversiar. jur. cap. 14. num. 7. cum seqq. pag. 266. & seqq. Grassus lib. 1. recept. sent §. testamentum. q 62. num 4. Iulius Clar. lib. 3. sentent. §. testamentum quæst. 62. n. 1.* ubi longum Doctorum catalogum pro hac opinione recitat: nec non fatuum & temerarium esse Judicem, qui in practicâ illam in dubium revocare ausit, pronunciat.

13 Non obstat *d. Novell. 1. c 2. § 2.* ubi Justinianus concedit electionem illi heredi, qui prohiberi potest quartam detrahere, utrùm velit adire, an verò repudiare hereditatem. Atqui isthæc electio non conceditur heredi, à quo fideicommissum relictum est, & qui ex senatusconsulto Trebelliano quartam detrahere potest: sed cogitur is etiam invitus hereditatem adire, eamque ex fideicommisso restituere. *l. quia poterat. 4. ff. ad SC. Trebellian. § sed quia stipulationes. 7. vers. sed etiam id, &c. supr. hoc tit.* Igitur sæpe allegata Novella 1. non potest de quarta Trebellianicâ accipi. Hoc, *inquam*, non obstat. Etsi enim senatusconsulto Trebelliano seu potiùs Pegasiano cautum est: ut heres fideicommisso gravatus cogi possit adire hereditatem, eamque ex fideicommisso restituere: id tamen hodie novâ Justiniani constitutione apertè est emendatum, dum Imperator fideicommissario potestatem fecit hereditatis adeundæ, repudiante aut cunctante herede; effecitque, ut jura omnia in fideicommissarium transferantur ipso jure, & citra restitutionem: adeòque fideicommissarius heres sit, & aditionis aut pro herede gestionis jus habeat. *d. Novell. 1. cap. 1. §. exheredatos. 4. vers. in omnibus autem casibus, &c.*

14 Similiter non obstat, quòd idcirco diversum in Trebellianicâ & Falcidianâ videatur statuendum, quia prohibitio Falcidiæ sit minùs odiosa: cùm credibile sit, testatori compertum fuisse, hereditatem non sine omni lucro fore heredi: Trebellianicæ autem prohibitio directò adversetur senatusconsulto: siquidem eà admissâ, quantacunque sit hereditas, nullo casu quicquam lucri heres sperare queat. Illic possunt legata vel non excedere, vel modicè excedere dodrantem: & semper saltem spes aliqua commodi consequendi superest heredi legatis onerato: si videlicet ex eventu appareat, hereditatem non planè esse exhaustam. Hic autem omni casu ab omni spe commodi heres arcetur. Non, *inquam*, illud obstat. *Tum* quia heres, cui quartæ deductio ex senatusconsulto Trebelliano aut Pegasiano competit, non semper rogatur totam hereditatem restituere, sed interdum solam partem. *§ nihil autem interest. 8. supr. hoc tit.* Quo casu, cessante prædictâ diversitatis ratione, idem in Trebellianicâ, quod in Falcidiâ, admittendum erit. *Tum* quia fieri potest, ut & eo casu, quo Falcidia prohibita fuit, hereditas penitus fuerit exhausta nec quicquam heredi scripto lucri aut commodi sit relictum. Ast hoc casu prohibitionem Falcidiæ valere, indubitatum est. *Tum* denique quia sicuti prohibitio Trebellianicæ directò repugnat senatusconsulto Trebelliano, quod quartam de fideicommissis detrahere heredi permisit: ita quoque legi Falcidiæ repugnat prohibitio Falcidiæ, quæ quartam de legatis detrahere scripto heredi concessit, *per principium tit. supr. de lege Falcidiâ. Sed videatur D. Hunnius d. lib. 2 resolut. tract. 8. q. 21 ubi plures alias rationes, quæ pro negativà opinione adduci solent, eleganter diluit.*
Enimverò prædictam prohibitionem in primi gra- 15
dùs liberis, cùm horum causa videatur favorabilior, quàm aliorum heredum, cessare plerique existimant, *Baldus & Salicetus in d. l. jubemus. 6. C. ad SC. Trebell. per illum textum. Francisc. Turzanus in opin. comm. opin. 51. Villalob. in commun. opin. lit. T. num. 78. Gail. d. lib. 2. obs. 138. num. 16. Anton. Gabriel. Roman. lib. 4 comm. concl. ad Trebell. concl. 1. num. 4. Forster. lib. 2. disp. 14. th. 18. Fachin. d. lib. 5. controvers. jur. c. 5. item lib 11. controvers. c. 11. & lib. 13. consil. 13. n. 16. cum seqq. & Gerhardi d. q. 10. in fine.* Quamvis, *post multos alios, quos refert Gabrielius d. conclus. 1. num. 5.* dissentiant *Hœnonius d. disp. 11. controvers. 19. & Angelus Matthæacius d. tr. de legat. & fideicommiss. lib. 4. c. 14. num. 9.* Eâq; de re, pro utràq; parte plures referendo latè dissertant Grassus *d. q. 62. num. 5. & seq.* Iulius Clarus *d. §. testamentum q. 63* Ludovic. Molin. *de primogen. Hispan. lib. 1. c. 17. num. 52.* Petrus Ant à Petra *de fideicommiss. q 15. num. 152.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 3 num. 107. & seq.* Fab. de Anna *cons. 25. lib 1. M. Ant. de Amatis. decis. 10.* Sebast. Medic. *decis. 61.* eosq; laudans Antonius Merenda *lib. 4. controvers. jur. c. 15. pag. 262. & seq.* Quibus adiicien- 16
dus est Althusius *lib. 1. dicæolog. c. 57. num. 41. & seq. pag. 202.* Illud tandem generaliter sciendum: neminem oportere plus legati vel fideicommissi nomine præstare, quàm ad eum ex hereditate pervenit. *l. 1 §. si is, qui 17. vers. neminem. ff. ad senatusconsult. Trebellian. l. fideicommissum. 78. l. planè. 94. §. ult. & l. filiusfami-*

familias,14.§.apud Marcellum.3.in fin ff.de legat.1.l. ab eo.9.C.de fideicommiss.& §.1.vers.hoc solum observandum.infr.tit proximo ibiq; nos latius num.2.

§. *Et quia.12. & ultimus.*

Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide heredum pendent, & tam nomen, quàm substantiã acceperunt: ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus, Vir excellentissimus, exquæstor sacri palatii suggessit, constitutionem fecimus: per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem, vel speciale fideicommissũ restituat, & neq; ex scriptura, neq; ex quinq; testium numero (qui in fideicommissis legitimus esse noscitur) possit res manifestari, sed vel pauciores, quàm quinq;, vel nemo penitus testis intervenerit: tunc sive pater heredis, sive alius quicunq; sit, qui fidẽ heredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si heres perfidià tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsequutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cùm priùs ipse de calumnià juraverit: necesse eum habere vel jusiurandum subire, quòd nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis, vel specialis, solutionẽ coarctari; ne depereat ultima voluntas testatoris, fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus, & si à legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quòd si is, à quo relictũ dicitur, postquàm negaverit, confiteatur quidem, aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat: omnìnò solvere cogendus est.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum, etiam sine testibus aut scripturâ relictum, quatenus valeat.*
2 *Heredi fideicommissum neganti, jusjurandum deferri debet, juramento calumniæ à fideicommissario præstito.*
3 *Jusjurandum in quâ causa, & a quo deferendum, & referendum.*
4 *Vltima testatoris voluntas deperire non debet.*
5 *Quemadmodum heres, ita & legatarius sive fideicommissarius jusjurandum sibi delatum præstare cogitur.*
6 *Heredis, fideicommissum vel legatum negantis, pœna.*

1 PRoponitur hoc §. jus novum, à Justiniano Imp. introductum: fideicommissum, etiam sine testibus aut scripturâ relictum, valere: de quo extat ejus constitutio *in l.ult. C. de fideicommissis.* Nam ante hanc constitutionem fideicommissa, nõ nisi quinque testibus munita, relinqui poterant. *l.ult. §. ult. C. de*
2 *codicill* Ex illà autem constitutione fideicommissari⁹, qui nullo modo probare potest, sibi relictũ esse fideicommissum, deferre potest heredi, cujus fideicommissum est, ut quid restituat, jusjurandum: quod heres cogitur suscipere, adeòque jurare, defunctum fidei suæ non commisisse, ut aliquid restitueret. Aut si jurare hoc nolit: fideicommissum solvere compellitur, sive universale, sive speciale fuerit. Necesse tamen est, ut fideicommissari⁹, qui affirmat, sibi fideicommissũ à defuncto relictũ esse, priùs juret de calumnia, quòd scilicet non ad vexandum religione heredem, sed verè credens ita se rem habere, jusjurandum deferat. Idq; regulare est in omnib⁹, qui aliis deferunt jusjurandũ, ut priùs de calumnia jurent, si hoc exigatur. *l. jusjurandum & ad pecuniam.34 §.qui jusjurand.4. ff. de jurejurand.* Cæterùm isthæc Justiniani constitutio, quà 3
jusjurandum defertur in causâ dubiâ ab eo, qui nihil probavit, iniqua & contra juris communis regulas videtur. Primum in eo, quòd deferatur jusjurandum ab illo, qui nihil prorsus probavit; quod est contra *l. admonendi.31.ff.d.t.l.1.& l.qui accusare. 4 C. de edend. & l.nimis grave.7.C.de testib.* Deinde in eo, quòd heredi delatum hoc jusjurandum referre nõ liceat: quod adversatur *d.l.jusjurand.34 §.ait prætor. 6.& seq. & l.manif.turpitudinis 38 ff.de jurejurand l.delata.9.C de reb.credit.* Sed dicendum: hunc casum esse singularem. Ejusque ratio est: ne ultima testatoris volun- 4
tas, fidei heredis concredita, depereat, *hoc §.ibi, ne depereat, &c.d.l.ult.circa finem.C.de fideicommissis.* Sed & ratio, cur heres juramentum sibi delatum referre fideicommissario nequeat, illa assignari poterit; quòd heres plerunque scire potest voluntatem defuncti: fideicommissarius non item. Cur ita? quia testatores sine scripturâ, aut etiam cum scripturâ fideicommissum relinquentes, plerunque ipsũ heredem alloquuntur, ejusq; fidei committunt: rariùs alloquuntur ipsũ fideicommissariũ. *l pete.69 ff. de legat.2.l. fideicommissa.11.§.si quis ita.ff.de legat.3.Cujac lib.2.observ. cap.3. Timaeus Faber disp.20.ad Instit.Imperial.th.25*
Quod autem dictum est de herede, cum cogi jusjurã- 5
dum præstare: idem etiam in legatario & fideicommissario procedit, *hoc §.nostro.vers.eadem,&c.* Siquidem eadem hic militat ratio: ne videlicet depereat ultima testãtis voluntas, hoc est, ipsum fideicommissum: quod non tantùm ab herede; sed etiam à legatario aut fideicommissario relinqui potest, *ut audiemus infr.ad principium tituli proximè subsequentis.* 6
Quamvis porrò certum sit: heredem non cogi ad solvendum fideicommissum, non rectè, aut minùs solenniter relictum. *l.2.& l.si veritas.23.C.de fideicommiss.* ejus tamen exceptio hic in fine affertur, quâ heres fideicommissum minùs solenniter relictum solvere cogitur: si scilicet semel id relictũ negaverit. Ratio exceptionis, est odium negationis sive mendacii pœnâ digni. Sic & aliâs heres negans legatũ aut fideicommissum piũ, punitur in duplum. *§.ult.inf.de obligationib.quæ q.ex contractu nascũtur.* Cæterùm de vario *d.l.ult.C.de fideicommiss.* intellectu latè dissertat Hieronymus Panischm. *lib.7 quæst. pract. quæst.7.* Vide quoq; si placet, Bachov. *hic p.616.* more suo Tribonianum, sive Justinianũ potius Legislatorem sacratissimũ, acerbè carpentem: qui tamen nos, utpote Juris Interpretes, quavis vel subtili ratione defendere debebat. *arg.l.1.§.neq; ex multitudine 6 & 11.l.2.§.contrariũ, 15.C.de vet.jure enucleand.*

DE SINGVLIS REBUS PER FIDEICOMMISSVM RELICTIS,

TITVLVS XXIV.

Principium Tit.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere: veluti, fundum, argentũ, hominem, vestem, & pecuniam numeratam: & vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium: quamvis à legatario legari non possit.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *A quibus fideicommissum rei singularis relinqui possit.*
3 *Servus testamento manumissus, quatenus fideicommissũ præstare cogatur.*
4 *Mens & intellectus. l. libertas. 17. §. 2. ff. de manumiss. testam.*
5 *Fideicommissum vel ab ipso herede, vel legatario, vel fideicommissario relinqui potest.*
6 *Item ab heredis vel legatarii herede.*
7 *Heres & defunctus censentur una eademq́; persona.*
8 *Is demum rogari sive gravari potest, cui legatum vel fideicommissum datum est.*
9 *Differentia inter legata & fideicommissa.*
10 *Legata hodie fideicommissis per omnia exæquata.*

1 Titulo præcedente dictum est de universâ hereditate, vel parte ejus per fideicommissum relicta; nunc consequenter de fideicommisso rerum singularum dispiciendum. Huic autem titulo respondet. *tit. C. de fideicommiss. & tres tituli ff. de legatis & fideicommiss.* Sub his enim titulis omnib' explicatur de fideicommissis singularibus, quæ legatis sunt exæquata. *l. 2. C. communia de legat. & dictum in §. sed non usq; 3. supr. de legat.* Cæterùm in hoc principio agitur de 2 personis, à quibus fideicommissum rei singularis relinqui potest. Et quidem regulæ loco sciendum est: omnes omnino, qui ex judicio testatoris commodum percipiunt, fideicommisso gravari posse. *l. 1. §. si is, qui. 17 ff. ad SC. Trebellian. l. 2. §. sciendum 6. & l. sed etsi. 6. circa finem ff. de legat. 3. cum simil.* Neque refert, an commodum istud exiguum sit, vel magnum. Hoc namque solum in consideratione habendum est: an qui pecuniam dare jussus est, aliquid ejusdem generis, vel similis, ex testamento consequutus fuerit. *l. planè, si filium. 94. §. fin ff. de legat. 1.* Quòd si commodum, ex testamento perceptum, ejusdem generis cum pecunia non est: non poterit illius commodi ratione quispiam gravari ad pecuniam, vel pecuniariũ emolumentum alii præstandum. Ex quo descendit, ut ser- 3 vus testamento manumissus, si neque legatum, neque hereditatem cepit, fideicommissum præstare cogendus non sit. Ac ne is quidem, qui servum legatum rogatus est manumittere. Hujusque ratio fluit ex eo, quod libertas, quam servus accepit, non sit ejusdem generis, vel similis, cum pecunia, vel alio pecuniario emolumento, quod testator præstari jussit. *d. l. planè 94 §. fin. ff. d. tit.*

Cui non contrariatur textus *in l. libertas. 17. §. hac* 4 *scriptura. 2. ff. de manumissis testamento*, ubi testator Pamphilum, servum suum, liberum esse jussit, ut rationes filiis suis redderet: & respondetur, hunc servum ad rationes reddendas cogendum, nec posse, rationibus non redditis, ad libertatem pervenire. Vnde primâ facie dicendum videtur: fideicommissum à servo quoque, qui non accepit pecuniarium aliquod commodum, relinqui posse. Textus, *inquam*, ille non contrariatur. Quia in eo non est fideicommissum à servo relictum, sed libertas ei sub modo data est, ut aliquid faceret. Quod autem sub modo datur, id ejusmodi est, sine quo testator daturus non fuisset. Quocirca ibi rectè respondetur: non posse servum ad libertatem perduci, nisi priùs rationibus redditis, *arg. l. 1. & 2. C. de his, qua sub modo legata, vel fideicommissa relinquuntur.* Porrò fideicommissum rei singularis 5 vel ab ipso herede, vel legatario, vel fideicommissario relinqui potest: hoc est, testator vel heredem institutum rogare potest, ut hanc, vel illam rem alii restituat, vel legatarium, vel fideicommissarium. Quin & he- 6 redis vel legatarii heres, ut fideicommissum præstet, rogari poterit. *l. si fuerit. 5. §. 1. ff. de legat. 3.* Quamvis enim heres heredis aut legatarii non directò ex judicio testatoris emolumentum capiat: eum tamen per consequentiam ex testatoris judicio liberalitatem sentire constat: maximè eùm heres & defunctus una eademque persona censeatur. *Novell. 48. in fine præfationis.* Eadem ratione contingit, ut filiofamilias here- 7 de instituto, fideicommissum à patre relinqui queat. *l. cùm filiofamilias. 11. ff. de legat. 1.* Nec moverit, 8 quòd is demum rogari possit, cui legatum vel fideicommissum datum est. *d. l sed etsi 6. §. 1. ff. de legat. 3. l. ab eo. 4. C. de fideicommiss. cum multis concordantibus, suprà ad §. præterea. 10. tit. proxime allegatis.* Nam cum filiisfamilias heres institutus est, vel eùm legatum aut fideicommissum ei relinquitur: satis ex hoc patris persona instituta, vel legato aut fideicommisso honorata intelligitur. *d. l. cùm filiofamilias. 11. ff. de legat. 1. jun Ba d. l. 6. §. 1. ff. de legat. 3* Itaque cùm patri fideicommissum injungitur: nihil fit contra regulam illam, quæ habet; eum tantùm, qui à testatore honoratus est, fideicommisso gravari posse. *d. l. ab eo. 9. C. de fideicommiss. & similib.* Præterea ex fine hu- 9 jus principii notanda est differentia legati & fideicommissi: quòd fideicommissum relinqui possit à legatario: legatum ab eo relinqui non possit. Cujus diffe-

rentiæ

rentiæ meminit etiam Cajus *lib.2.Instit.tit.7.* Verùm
10 cùm hodie legata fideicommissis singularibus per omnia sint exæquata: legatarium quoque legato onerari posse, certum est. *d.l.2.C commun.de legat. d. §.sed non usq; 3 supr. de legat. Vide Bachovium hic p. 617.cumseq. Althusium lib.1.dicaeolog.c.53.n.4. pag. 185.Robertum lib.2.sentent jur.c. 23. Corasium lib.5. miscellan.jur.civ.c.17 Duarenum & Alciatum in l. 1.ff de legat. & fideicommissis.*

§. *Potest autem.* 1.

Potest autem non solùm proprias res testator per fideicommissum relinquere: sed & heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaq; & legatarius & fideicommissarius non solùm de eâ re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit: sed etiã de aliâ, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solùm observandum est: ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quàm ipse ex testamento ceperit. Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cùm autem aliena res per fideicommissum relinquitur: necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiss. locũ habet nõ solùm in rebus propriis, sed & alienis.*
2 *Nemo plus restituere rogari potest, quam ipse ex testamento perceperit.*
3 *Nemo plus onerari debet, quàm sit honoratus.*
4 *Sententia l. Imperator. 70. §. 1. ff. de legat. 2.*
5 *Consideratur l. sed si non servus. 36. ff. ad leg. Falcid.*
6 *Legatarius verisimiliter rei alienæ æstimationem ignorat.*

1 Ait Justinianus Imp. per fideicommissum relinqui posse non tantùm res proprias, sed etiam alienas. Quâ in re fideicommissum simile est legato: proindeque hujus loci explanatio petenda est ex iis, quæ dicta sunt suprà *ad §.non solùm.4.de legatis.* Hoc
2 solùm observandum esse idem Imp. monet: neminem de fideicommisso rogatum ampliùs cogi posse restituere, quàm ipse ex testamento rogantis acceperit: ut, Mævio centum do, lego, cumque rogo, ut ducenta restituat Sejo. Hic non tenebitur ultra centum Mævius. Sic peto à te Mævi, ut centum des Sejo: Mævius ea centum non debet, si nihil ipse acceperit. Unde bellè Paulus *in l.sed etsi.6 in fin ff.de legat* 3. non (inquit) recipiendum est, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges. Quæ insignis regula multis juris locis confirmata, & passim exemplis illustrata est. *l. 1. §. si is, qui. 17. l. ex facto. 17. § 2. ff. ad SC. Trebell. l plane. 94. in fin. & l filiusfamilias. 114. §. 3. ff. de legat. 1. l. cùm pater. 77. § qui dotale. 5. ff. de legat. 2 l. ab eo. 9 C.*
3 *de fideicommiss. & similib.* Ratio regulæ est perspicua: quia onus sive incommodum respondere debet commodo: vel nemo plus onerari debet, quàm sit honoratus. *l secundùm naturam. 10. ff. de reg. jur. Rittershus. hic pag. 328. circa finem. D. Besold. part. 5. consil. 218. num. 18. fol. 70.*

Nec obstat *l. Imperator Antoninus. 70. §. 1. vers. hac ita, si quantitas. ff. de leg. 2.* ubi is, qui pro pecuniæ summâ ex testamento acceptâ, rem vel fundum majoris precii dare jussus est, ad eum fundum præstandum astringitur: nec liberatur, si ad eam summam usque legatum præstare velit, quam ex judicio testatoris consecutus est. *Nam* responsio ex eodem textu haud difficulter colligi potest. Ibi enim non ejusdem, sed diversi generis res, nimirum pro pecunia fundus à legatario relictus fuit, & quidem fundus legatarii proprius. Quo casu legatarius pecuniam, sub onere fundi præstandi sibi relictam, acceptando, cogitur fundum, quantumvis majoris precii, secundùm voluntatem testatoris præstare. Hujusque ratio expressa est *in l. sed si non servus. 36. in princ. ff. ad leg. Falcid.* 4
Quia legatarius pecuniam, in testamento ea conditione sibi relictam, ut ex rebus suis aliquid præstaret, accipiendo, intelligitur per acceptionem pecuniæ rem suam non pluris æstimasse, quàm quanta illa pecunia est. Ideoque rem illam præstando non censetur plus præstare, quàm ex testamento accepit. Quòd si pecunia accepta rogaretur legatarius non quidem rem suam, sed alienam fideicommissi nomine præstare: eatenus tantùm fideicommissum præstare, quatenus ex judicio testatoris accepisset, nec plus precii ad rei alienæ redemptionem expendere cogeretur. *d. l. sed si non servus. 36 § 1. ff. eod.* Ratio differentiæ hæc est: quia 5
legatarius, à quo res aliena legata est, verisimiliter ejus rei æstimationem ignorat: ac propterea dici non potest, eum per acceptionem pecuniæ sibi relictæ, tanti rem æstimasse, quantam pecuniam à testatore accepit. Proinde ratio non patitur: ut rem majoris precii, quàm sibi relictum est, redimere & præstare compellatur. Refragatur etenim regula suprà *numer. 2.* posita: *non posse quempiam rogari plus restituere, quàm ex testamento ipse acceperit.* 6

§. *Libertas.* 2.

Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest: ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius. Nec interest: utrùm de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius heredis, aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quòd si dominus eum non vendat: si modò nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, recepit: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur: quia possit tempore procedente, ubicunque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur: non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directò ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiã orcinus appellatur. Nec alius ullus directò ex testamento liberta-

tem habere potest, quàm qui utroq; tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum & quo moreretur. Directa autem libertas tunc dari videtur, cùm non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

SVMMARIA.

1 *Libertas per fideicommissum relinqui potest, sive proprio, sive alieno servo.*
2 *Si heres servum aliquem manumittere rogetur, variè distinguitur.*
3 *Si legatarius servum manumittere jubeatur, rursus distinguitur.*
4 *Servus ex causa fideicommissi manumissus, fit libertus manumissoris, non testatoris: secus est in servo, directò per testamentum manumisso, qui testatoris fit libertus, & Orcinus dicitur.*
5 *Directa libertas cui competat.*
6 *Cur servo alieno directa libertas relinqui non possit.*

1 NOn tantùm res corporalis, sed & incorporalis, veluti libertas, per fideicommissum relinqui potest: nec solùm servo testatoris proprio, sed heredis etiam, vel legatarii, vel prorsus alieno, *hoc § nostro. l. libertas os. 16. l. alieno. 31. in princ. l. Paulus respondit. 39. ff. de fideicommissar. libert. Vlpian. in fragment. Instit. tit. 25. in fine.* Et hanc fideicommissariam libertatem ut præstet, adeòque servum manumittat, rogari potest tam legatarius & fideicommissarius, quàm heres in-
2 stitutus. Quòd si heres ipse de suo servo, aut testatoris manumittendo rogatus est: libertas omnimodo debetur. Sin autem de servo legatarii manumittendo rogetur: tenetur is servum heredi ad manumittendũ exhibere, dummodò legatum sibi relictum agnoverit, & qualecunq; lucrum, etiam minimum, ex testatoris judicio acceperit, *hoc §. nostro. vers. quòd si dominus. ibi, si modò nihil ex judicio ejus, &c. l. generaliter. 24. §. si quis alienum. 12. & seqq. ff. de fideicommissar. libertat.* Quòd si alienum servum heres manumittere est rogatus: manumittere eum cogitur, si modò justo eundem precio comparare possit, *l. aliene servo. 31. §. si is, cujus. 4. ff. d. tit.* Cæterùm si dominus illum vendere nolit: compelli ad hoc non poterit. *l. invitum. 11. l. in vendentis. 13. & l. seq. C. de contrahend. empt. & vendit.* Differenda igitur erit libertas, donec dominus servi eum alienare cupiat. Quòd si nullo unquam tempore distrahere volet: inutile manebit fideicommis-
3 sum libertatis. Atque hæc distinctio in herede manumittere gravato obtinet. Quando autem legatarius servum manumittere rogatus est: itidem refert, utrùm de suo, an alieno servo manumittendo testator eum rogaverit. Priore quippe casu, si legatum agnovit legatarius, manumittere omnino tenebitur; quamvis servus pluris sit: quia tanti servum suum æstimasse censetur, quantum accepit. *l. sed si non servus. 36. in princ. ff. ad leg. Falcid.* posteriore casu domini voluntas expectabitur, suspenso interim libertatis fideicommisso, *per hunc §. ibi,* non statim extinguitur fideicommissaria libertas, &c. *l. deberi. 6. C. de fideicommiss. libertat.*
4 Porrò servus, qui ex causa fideicommissi manumittitur; non fit testatoris libertus, quamvis servus ipsius fuerit, sed ipsius manumissoris libertus efficitur. *l. his, quibus. 7. C. eod. tit.* At servus, qui in testamento directò, id est, directis & civilibus verbis liber esse jubetur, hoc videlicet modo: *Stichus servus meus liber esto,* efficitur libertus ipsius testatoris, sive nullius potiùs. Vnde & hic orcinus, sive orcivus potiùs (defunctus enim à veteribus orcus dicitur, *teste Wesenbecio hic in vers. qui autem ex fideicommissi. numer. 1.* quod falsum putat Bachovius *hic pag. 621.* in jure vocari solet *l. tutela. 3. §. planè. 3 ff. de legitimis tuterib. l. dominus. 22. in princ. ff. de pecul. legat. l. si is, tui. 49. in princ. ff. de fideicommissar. libertatib. l. duo fecit. 8. in fine principii. ff. de heredib. instit. l. directis. 10. C. de testament. manumiss. l. cùm testamentum. 8. C. de jur. & fact. ignor. & hic in vers. At is, qui directè, &c.*
Competit autem directa libertas ei duntaxat, qui & 5
tempore testamenti, & tempore mortis testatoris, fuit in potestate testatoris. *l. Servius. 35. ff. de manumiss. testament. & hic in vers. nec alius ullus. &c.* Tertium 6
tempus addere videtur Marcianus, aditionis scilicet hereditatis. *l. testamento. 23. in princ. ff. de manumiss. testament.* Illius ratio non obscura est: quia servo alieno directa libertas relinqui non potest. *l. si servus legatus. 108. §. si servus alienus. 9. ff. de legat. 1. l. servo tuo. 9. C. de testamentar. manumiss.* Ratio rationis hæc redditur: primùm, ne dominis suos servos adimamus: deinde, ne jure patronatûs eos spoliemus, idque in nos transferamus. *Hotoman. his in vers. vel §. qui autem. enunciat. 3.* Enimverò Vlpianus, si servi, inquit, qui apud hostes sunt, liberi esse jussi sunt, ad libertatem perveniunt: quamvis neque testamenti, neque mortis tempore, testantis, sed hostium fuerint. *l. si servi. 30. ff. de manumiss. testam.* Cujus ratio hæc assignari poterit: quia illi spe saltem testatoris erant. *Hotoman. d. enunciat. 3.*

§. *Verba autem. 3.*

Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur: *peto, rogo, volo, mando, fidei tua committo.* Quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissa quibus verbis relinqui possint.*
2 *Verba commendatitia vim fideicommissi non habent.*
3 *Fideicommissa quibuscunque verbis præceptivis seu dispositivis, ad heredem gravatum directis, non enunciativis seu obiter prolatis, relinquuntur.*
4 *Quatenus conjecturis & solo nutu fideicommissum relinqui possit.*

HOc §. ostendit Imperator, quibus verbis fidei- 1
commissa tam universalia, quàm singularia, relinquantur: & quinq; verba, ut maximè usitata in fideicommissis, refert; nempe, *peto, rogo, volo, mando, fidei tua committo:* quorum singulorum eadem vis est, quæ cunctorum; *de quibus videatur quoque Vlpianus in fragm. Instit. tit. 25. §* 1. Sunt & plura alia: ut, cupio, opto, exigo, desidero, deprecor, jubeo, injungo, impero, ut des; item, scio, credo, persuasum habeo,

beo, nihil dubito, te facturum, daturum, restituturum: item sufficiat tibi iste fundus: contentus sis istâ domo, &c. *l. fideicommissa. 11. §. si quis ita. 4. l. cùm quis. 37. §. nuptura. 4. ff. de legat. 3. l. etiam hoc modo. 115. l. & eo modo. 118. ff. de legat. 1. l. unum ex familia. 67. §. ult. l. pete. 69. in princ. & l. cùm pater. 77. ff. de legat. 2. d. l. Aurelius. 28. §. penult. ff. de liberat. legat. Paul. lib. 4. sentent. tit. 1 §. fideicommittere, &c.* Quæ verba in jure plerunque dici solent precaria, inflexa, obliqua, indirecta & fideicommissaria: quibus contraria sunt & opponuntur verba directa, sive civilia & imperativa. *l. verbis civilibus. 7. ibique Dd. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 2. C. communia de legat. l eam, quam. 14. C. de fideicommiss. Vlpian. in fragment. Instit, initio d. titul. 25. l. quoniam. 15. ibi, directis verbis fiat, aut inflexis. C. de testament. Cujac.*
2 *lib. 11. observat. cap. 25 Rittershus. hic pag. 330.* Planè verba commendatitia vim fideicommissi non habent: ut, *filius meus heres esto: fratris autem mei filio Titio centum do lego, eosq́; invicem commendo.* Eo quippe verbo Titio nullum fideicommissum relictum censetur. *l. Lucius. 78. §. filiam, 8. ff. ad senatusconsult. Trebell.* Aliud est enim, personam commendare: aliud, voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare. *auctore Vlpiane. d. l. fideicommissa. 11. §. 2. ff. de legat. 3. & monui supra ad § 2. num. 5. tit. proximo.* Porrò cùm in fideicommissis voluntas testato- 3
ris præcipuè spectetur: quibuscunque illa verbis, legitimum testatoris sensum significantibus, relinqui possunt. *d. l. 2. C. commun. de legat.* si modò talia verba sint præceptiva seu dispositiva, directa ad heredem gravatum, sive ad fideicommissarium honoratum; non enunciativa, seu obiter, & in modum consilii prolata. *d. l. cùm pater. 77. § mando. 24. & §. donationis. 26. ff. de legat. 2. l. generali. 32. in princ. ff. de usu & usufruct. legat. Mynsinger hic num. 1. & Heigius num. 5.* Quin & conjecturis, seu nutu solo, sine ullis verbis, 4
fideicommitti posse, constat: dummodo loqui quis per se possit, etiamsi tum, cùm quid relinquit, articulatè loqui nequeat. *l. nutu. 21. in princ. ibiq; Bartol. ff. de legat. 3.* Quod similiter ad legata hodie Interpretes plerique producunt. *Covarruvias in c. cùm tibi. num. 3. ext. de testament. Gomez. tom. 1. var. resolut. c. 12. de legat. n. 2. & Heigius hic n. 4.*

DE CODICILLIS,

TITULUS XXV.

Principium Tit.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse: sed primus Lucius Lentulus (ex cujus personâ etiam fideicommissa esse cœperunt) codicillos introduxit. Nam cùm decederet in Africâ, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cùm divus Augustus voluntatem ejus implesset: deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti, fideicommissa præstabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, nec absonans à juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suasisse Augusto, quòd diceret, utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent: ubi si quis testamentum facere non posset; tamen codicillos posset. Post quæ tempora cùm & Labeo codicillos fecisset: jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

SUMMARIA.

1 *Continuationis ratio.*
2 *Codicillorum appellatio vel generalis, vel specialis.*
3 *Generaliter codicillus quid significet.*
4 *Bonorum possessio contra lignum qua.*
5 *Codicillus, & codex unde denominetur.*
6 *Ratio scribendi vetus in lignis sive arboribus, aliâve materiâ.*
7 *Librorum appellatione quid contineatur.*
8 *Tabularum appellatione quid veniat.*
9 *Codicilli etiam pro literis principalibus accipiuntur.*
10 *Specialiter codicilli & codex quomodo differant, & quid denotent.*
11 *Codicillorum definitio.*
12 *Codicilli non solùm testamento facto, sed ab intestato etiam fieri possunt.*
13 *Codicilli quo respectu imperfecta voluntas dicantur.*
14 *Hereditas quid sit.*
15 *Testamentum absq; heredis institutione non valet.*
16 *Codicillis hereditas saltem per fideicommissum relinquitur.*
17 *Codicilli quomodo differant à testamento.*
18 *Sententia l. fin. §. fin. ff. hoc tit.*
19 *Sensus & explicatio §. ultimi. infra hoc tit.*
20 *Quæ solennitates desiderentur in testamento.*
21 *Testes quinque in codicillis desiderantur, non tam solennitatis, quam probationis causa.*
22 *Definitio codicillorum à morsibus D. Bocori vindicatur.*
23 *Differentia specifica seu forma codicillorum in quibus consistat.*
24 *Codicilli quatenus sint voluntas minùs perfecta, minùsq; solennis.*
25 *Omnis bona definitio constat ex genere, & differentiâ specificâ.*
26 *Nemo de hereditate in codicillis disponere potest, sicut in testamento.*
27 *Codicillorum divisio.*
28 *Codicillorum, qui testamento facto fiunt, subdivisio.*
29 *Codicilli quando testamento confirmentur.*

30 *Differentia inter codicillos teſtamento confirmatos, & non confirmatos.*
31 *Quatenus pro codicillis hodie militet præſumptio.*
32 *Cavillatio D. Boceri perſpicue notatur & detegitur.*
33 *Codicilli quidam ſcripti, quidam non ſcripti.*
34 *Codicilli unde ſic dicti.*
35 *Codicillorum origo & uſus.*
36 *In rebus novis conſtituendis evidens utilitas eſſe debet.*
37 *Codicillos quis facere poſſit.*
38 *An perſona, quæ ſtatuto quodam teſtari prohibetur, codicillos nihilominùs facere queat.*
39 *Statuta ſtrictè & propriè accipienda.*
40 *Codicilli appellatione teſtamenta propriè non continentur.*
41 *Statutum, & quodcunque jus novum correctorium, non extendendum ultra caſum, de quo loquitur.*
42 *Ultimæ voluntati favendum.*

1 QVandoquidem fideicommiſſa non ſolùm teſta-
mentis relinqvuntur, ſed etiam codicillis. §. *codi-
cillis 2. verſ. directò. infr. hoc tit. l. 2. in princ. & l. 3. ff.
de jure codicill. & indicatur ad § 2. n. 1. suprà tit. pro-
xime.* Ideo Juſtinianus, abſoluto & teſtamentorum
& fideicommiſſorum tractatu, hoc titulo de codicillis
2 haud inconvenienter agit. Codicillorum appellatio,
3 vel generalis eſt, vel ſpecialis. Generaliter codicillus,
ut & codex, ſignificat materiam, cui quod inſcribitur,
facilè deleri poteſt, ut aliud reponatur: cujus gene-
ris ſunt, palimpſeſtus, pyctacium, & pugillares. Iſta
autem materia olim ferè lignea fuit: unde & Cato
de re ruſtic. c. 35. codicillos dicit eſſe ligna; quæ &
tabulæ & tabellæ appellantur: quibus veteres pro
4 chartis uſos fuiſſe conſtat. Ex quo & in jure no
ſtro liberis bonorum poſſeſſio *contra lignum*, id eſt,
contra ligneas teſtamenti tabulas data dicitur. *l. quod
vulgò. 19. in princ ff. de bonor. poſſ. cont. tabul. Cujac.
5 lib. 11. obſ. c. 14. Forner. lib. 2. ſelect. c* 8. Tunc ergo co-
dicillus à codice κατὰ μείωσιν, hoc eſt, per deminu-
tionem: codex verò à caudice, craſſiore illâ arboris
parte, faciendis veterum tabulis aptâ, ita denomina-
tur: in quibus tabulis plerunque cerâ illitis ſtylo ſeri-
bebant, ante uſum chartarum repertarum: quæ à
6 Plauto cerata ligna vocantur. Ceterùm ejusmodi
tabulas & codicillos non ſolùm in lignis & codicibus,
verùm etiam membranis, aut eboribus, aut qualibet
aliâ materiâ idoneâ confici ſolitos fuiſſe, exploratum
7 eſt. Sic Vlpianus, librorum appellatione contineri,
ait, omnia volumina, ſive in chartâ, ſive in membranâ
ſint, ſive in quavis aliâ materiâ. Sed & ſi in philyrâ
(*foliis chartæ non colligatis*) aut tiliâ, aut in quo alio
corio: idem erit dicendum. *l. librorum. 52. in princ.
ff. de legat. 3. Calta in memoral·b. in voce, librorum.*
8 Eodem planè modo tabularum appellatione omnem
materiæ venire figuram & qualitatem, ſive tabulæ ſint
ligneæ, ſive chartæ, ſive membranæ, ſive ex corio ali-
cujus animalis, ſive cujuscunque alterius materiæ ſint,
idem Vlpianus reſpondit. *l. 1. in princ. ff. de bonor. poſſ.
9 ſecund. tab.* Sed & literæ ſive epiſtolæ, ab amico ad
amicum ſcriptæ, codicilli indigitantur; hique etiam
pro diplomate ſeu literis principalibus accipiuntur. *l.
adminiſtrantes. 41. in princ. ff. de excuſat. tutor. l.
judices. 12. C. de dignitatib. Hancq; rem explanatiùs
perſeqvuntur Nicolaus Reuſner. in tract. de codicill. c.
2. Briſſonius, Prattejus, Schardius, & alii in ſuis Le-
xicis in verb. codices, &c.* Specialiter codex & codi- 10
cillus, ſive codicilli in plurali numero, pro teſtamen-
to, vel parte ejus, hoc eſt, appendice vel ſupplemento
accipiuntur. Inter quæ verba plerunque ita diſtingui-
tur: ut codex pro teſtamentariâ ſcripturâ ſive pro te-
ſtamento ſumatur, §. *ſed & unum. 13. ibi, pluribus co-
dicibus. ſupr. de teſtament. ordinand. l. 1. §. ſed etſi. 6.
ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul. & apud Iuvenalem:*
———————*Nam codice ſævo*
Heredes vetat eſſe ſuos.———————
codicillus verò ſic nominetur, quaſi parvus & exiguus
codex, ſive parvum & imperfectum, minùsque ſolen-
ne teſtamentum, vel potius particula quædam & vel-
ut appendix aut acceſſio & ſupplementum teſtamen-
ti, *ut hic, itemq; in Digeſtis & Cod. de codicill.* pro
quo tamen frequentiùs utimur codicillorum appella-
tione in numero plurali, pro tabulis ſeu ſcripturis par-
vis, quibus teſtator juſtum ac ſolenne teſtamentum
facere impeditus, qualicunque de rebus ſuis voluntate
diſponit. *l. ne eſt ſine liberis. 148. in fine. ff. de verb.
ſignificat.* Tametſi in ſingulari quoque numero non-
nunquam codicillus uſurpetur. *l. non codicillum. 14.
& l. cùm antiquitas 28 circa finem. ibi, teſtamentum
vel codicillum. & ibi, teſtamentum validum. & codi-
cillus. C. de teſtament. & l ult. ibi, teſtamentum vel
codicillus. C. famil. erciſcund.*

Codicilli igitur non malè (*meâ opinione*) defini- 11
untur ultima defuncti teſtati vel inteſtati voluntas
imperfecta, minùsque ſolennis. A quâ definitione
non abhorrent Cujacius *in tract. 2. ad African. in l.
15. ff. de jure codicill.* Vultejus *hoc num. 2.* & Reuſner.
d. tract. de codicill. c. 3. numer 8. Codicillos ultimam
defuncti voluntatem eſſe, apparet *ex hoc principio. ibi,
voluntatem ejus, &c. & l. fin. §. 1. & ult. C. hoc tit.*
Eosdem autem eſſe voluntatem defuncti teſtati vel 12
inteſtati, inde patet: quòd illi non ſolùm teſtamento
facto, ſed etiam ab inteſtato fieri poſſunt. §. 1. *infr. hoc
tit. l. ſi quis. 3. l. conficiuntur. 8. l ab inteſtato. 16 ff. de
jure codicill. l non idcirco. 4. C. hoc tit.* Imperfecta 13
voluntas codicilli dicuntur, maximè ratione rerum,
de quibus in illis diſponitur. Nulli quippe codicilli
ſunt, aut eſſe poſſunt de rebus defuncti omnib'. Nam 14
cùm hereditas ſola ſit ſucceſſio in univerſum jus de-
functi *l. nihil eſt. 24. ff de verb. ſignif. l. hereditas 62.
ff. de reg. juris.* neceſſe eſt, ubi inſtituitur heres, ibi
plenam perfectamque voluntatem eſſe de omnibus
rebus defuncti: ubi vero non inſtituitur, ibi plenam
de rebus omnibus voluntatem non eſſe. Et quidem 15
teſtamento rectè inſtituitur heres: atque adeò ſine
heredis inſtitutione teſtamentum non ſubſiſtit §. *ante
heredis. 34. ſupr. de legat.* Proindeque teſtamentum
plenam ac perfectam voluntatem de jure univerſo de-
functi continet. At codicillis heres inſtitui non pot-
eſt. §. *codicillis. 2. infr. hoc tit.* Imperfecta ergo ſunt
voluntas, utpote quæ de rebus defuncti omnibus
non ſtatuit. Nec moverit, quòd codicillis hereditas 16
ſaltem per fideicommiſſum relinquatur. *d. §. 2. verſ.
directò infr. eod. l. 2. C. hoc tit.* Hoc enim ipſum arguit,
totam utiliter relinqui non poſſe: quoniam ſemper
quarta jure Falcidiæ apud heredem manere debet. *l. 2.
in fin.*

in fin. ff. de jur. codicill. l. coheredi. 41. §. quòd si heredem.3. ff. de vulg. & pupill substitut. Donell.lib.7.Commentar.de jur.civ.cap.18.pag.176.n.10.

17 Subjiciuntur in definitione illa verba: *minùsq; solennis.* ex §. ult. infr. hoc tit. & l. Divi. 6. §.1. & 2. ff. de jure codicill. Quibus verbis codicilli rursus à testamento distinguuntur, quod definitur voluntatis nostræ justa, id est (*ut nonnulli interpretantur*) solennis, legitima, plena, rata, & regulis juris de testamentis constituti conformis sententia. l. 1. ff. qui testam. fac.
18 poss. Neque adversatur l. fin § final. C. hoc tit. ubi Imp. Theodosius rescripsit; in omni ultimâ voluntate, & sic etiam in codicillis ad minimum quinque testes adhibendos esse: adeòque codicillos voluntatem solennem continere. Quòd enim dicitur, codicillos imperfectam & minùs solennem complecti voluntatem: hoc non simpliciter, sed respectivè intelligendum est, comparatione scilicet facta codicillorum cum testamento, cujus respectu codicilli considerati benè dicuntur imperfecta, minùsque solennis voluntas sive dispositio. At si per se considerentur codicilli: habent & ii suas quodammodo solennitates. In illis siquidem quinque testium præsentiam (quæ sanè solennitas videtur non contemnenda) desiderari, liquet ex d. l. ult. §. ult. C. eod. Neque obstat: quòd in d. §. ult. infr.
19 hoc tit. Justinianus Imp. ait: codicillos nullam solennitatem ordinationis desiderare. *Nam* verbum illud *ordinationis* idem significare puto, quod voca-
20 bulum *dispositionis*. Sententia igitur istius §. hæc est: in codicillis nullam dispositionis solennitatem requiri, sicuti in testamento: in quo non tantùm desiderantur solennitates extra dispositionem positæ, veluti testium præsentia & rogatus. l. heredes. 21. § in testamentis 2. ff. qui testam. fac. poss. § sed cùm paulatim. 3. supr. de testament. ordinand. ubi id latiùs explicui n. 18. sed ipsa etiam testamenti dispositio & ordinatio certam solennitatem exigit. Vt etenim subsistat valeatque testamentum, testator certi aliquid disponere cogitur. Heredem quippe eum scribere oportet: siquidem heredis institutio solennitas est ordinationis, seu dispositionis. §. ante heredis. 34. supr. de legat. l. 1. in princ. ff. de heredib. instit. l. pen vers. non potest ullum testamentum ff de his, quæ in testam. delent. Sed & hæc solennitas in ipsa dispositione & ordinatione testamenti consistit: ut omnia, ad testamentum pertinentia, unâ serie unoque contextu disponantur & absolvantur. d. §. sed cùm paulatim. 3. supr. de testament. ordinand. d. l. heredes. 21. §. ult. ff. qui testam fac. poss l. hac consultissima. 21 & l. cùm antiquitas. 28. C. de testament. Quinimò olim etiam certo ordine in testamento omnia erant collocanda; & ab heredis institutione testamentum erat inchoandum, *ut colligitur* ex d. l. 1. in princ. ff. de hered instit. d § ante heredis 34. supr. de legat. Vlpian. in fragment. Instit. tit. 24. §. ante heredis, &c. Ast in codicillis nihil ferè horum unquam necessarium fuit: ut rectè Imperator dixerit, eos nullam solennitatem ordinationis desiderare. d §. ult. infr. hoc tit. ubi eadem re explicabitur fusiùs.
21 Proindeque non tam solennitatis, quàm probationis gratia, quinq; testes in codicillis requiruntur. d. l. ult §. ult. C. eod. l. ult. vers. cùm enim res per testium solennitatem. C. de fideicommiss. Sed videantur Donellus d. lib. 7. Commentar de jur. civ. c. 19. pag. 178. ibiq; Hilliger. ad lit. E. & F. & Reusner. d. tract. de codicill. cap. 10. num. 2. & seq. Illud hoc loco addendum: quòd 22
Dn. Collega Bocerus, ad rubric hujus tit. num. 9. & seqq nodum in scirpo quærat, & cavillando multa mihi contra mentem meam affingat. Nam quando eum aliis codicillos definio ultimam defuncti testati vel intestati voluntatem imperfectam, minùsq; solennem: certum est, me respicere ad differentiam specificam seu formam codicilli, quâ codicillus separatur & sejungitur à testamento. Differentia autem illa potissimùm consistit in hisce duobus. I. Quòd codicillis he- 23
reditas neque dari, neque adimi possit. §. codicillis. 2. infr. hoc tit. II Quòd codicilli nullam solennitatis ordinationem desiderent. §. ult. infr. hoc tit. Prius arguit, codicillos imperfectam esse ultimam voluntatem: posterius verò, eosdem minùs solennem esse ultimam voluntatem, denotat. Hæc ita esse, quis negaret, nisi qui nimio carpendi studio, in re etiam manifestissimâ scrupulum movere solet? Non equidem nego: codicillos in suo genere perfectam esse, itemque solennem ultimam voluntatem. At re- 24
spectu testamenti eos minùs perfectam, minùsq; solennem esse ultimam voluntatem, tam perspicuum est, tamque liquidum, ut nunquam à quoquam in controversiam fuerit vocatum. Meritò igitur in definitione codicillorum adjicere debuimus, *quòd sint ultima voluntas imperfecta, minùsq; solennis*. Namque in hisce postremis verbis consistit (*ut dixi*) differentia specifica, quâ codicilli & testamentum à se invicem segregantur. Omnis autem bona definitio constat ex 25
genere & differentiâ specificâ: *sicuti Logicorum Schola tradit*. Sed quid scrupulosiùs scrutamur hasce minutias? Illud magis mirum est, quòd Dominus Collega Bocerus disertis verbis scribere ausit: me negare, posse aliquem etiam codicillis de hereditate disponere precariè & obliquè: quod tamen mihi nunquam in mentem venit. Nam apertè contrarium dico, in d. §. codicillis. 2. num. 5. infra, hoc tit. his formalibus verbis: *Planè hereditatem codicillis per fideicommissum seu verbis precariis jure relinqui, disertè deciditur, &c.* Cæterùm hæc est mea mens: non posse aliquem de 26
hereditate disponere in codicillis, ut in testamento Etenim in testamento hereditas directò dari potest: & consequenter de hereditate ita disponi, ut ea in universum ad heredem pertineat. At codicillis id nunquam fieri potest: cùm semper quarta Trebellianica penes restituentem remaneat. Eo ergo intuitu quidni codicilli dici queant voluntas imperfecta? Verùm nihil tam circumspectè dici potest, quod tutum sit à morsibus calumniari studentium.

Dividuntur codicilli multifariàm. Alii namque 27
testamento facto relinquuntur, alii ab intestato. d. l. conficiuntur. 8. in princ. & d. l. ab intestato. 16. ff. de jur. codicillor. cum juribus concordantib allegatis. supr. numer. 12. Qui testamento facto conficiuntur (quos juris Auctores vocant ad testamentum factos, vel ad testamentum pertinentes. l. cùm hi. 8. § hac oratio, 2 ff.

tio.2 ff. de transactionib. l. post legatum. 5. §. qui principale.14. ff. de his, quæ ut indign. auferunt. l. 1. C. hoc
28 *tit.)* rursus subdividuntur. Aut enim confirmati sunt testamento, aut non confirmati. *l. si quis. 3. §. ult. l. ante tabulas. 5. cum aliquot. seqq. ff. de jur. codicill. l. sed etiam ad ea. 31. ff. de leg. 1. l. uxorem. 41. §. codic. 2.*
29 *ff. de leg. 3.* Confirmantur codicilli testamento vel in præteritum, vel in futurum. *d. l. conficiuntur. 8. in princ. ff. de jur. codicill.* In præteritum quidem hoc modo: *codicillos, quos antè feci, valere volo*: in futurum verò ita; *si quos codicillos reliquero, valere volo. l. ult. ff. de fideicommiss. libertatib. d. l. 8 § ult. & l. Plotiana. 18. ff. de jur. codicill.* His autem verbis: *Si quid ad hoc testamentum pertinens reliquero, valere volo*: confirmantur codicilli iàm ante, quàm post testa-
30 mentum facti. *d. l. Plotiana. 18. in fin. ff. eod.* Differentia porrò inter codicillos ad testamentum factos, & eos, qui ab intestato conficiuntur, satis nota est. Pendet quippe ex differentiâ hereditatis, quæ testamento, & quæ ab intestato relinquitur. At differentia inter codicillos testamento confirmatos, & non confirmatos, non peræquè nota est. Est autem hæc insignis: quòd ea, quæ codicillis testamento confirmatis relinquuntur, non minùs valeant, quàm ea, quæ relinquuntur ipso testamento, cujus pars esse censentur. *l. quidam. 14 in princ. ibi, quòd codicilli pro parte testamenti habentur. ff. de jur. codicill. l. penult. ff. testament. quemadm aperiant.* uno illo excepto, quòd hereditas testamento relinquatur: codicillis testamento confirmatis non item, *ut dicetur ad § codicillis 2. infr. hoc tit.* Cæterùm codicillis, testamento non confirmatis, quicquid directò relinquitur, non valet, hoc est, non potest iis neque legatum, neque libertas directò relinqui: fideicommissum potest, *arg. § non tantùm. 1. inf. eod.* Siquidem fideicommissa quovis modo, sive ex testamento aut codicillis quibuslibet, sive ab intestato, imò & per epistolam, aut solo nutu, relicta valent. *l. nutu. 21. in princ ff. de legat. 3. l. & in epistola. 22. C. de fideicommiss.* Et hoc est, quòd in jure nostro, ubi agitur de codicillis testamento confirmatis, legati; ubi de nō confirmatis tractatur, fideicommissi fiat mentio. *d. l. sed etiam ad ea. 31. ff. de legat. 1. d. l. uxorem 41. § codicillis. 2. ff. de legat. 3. & similib.* Etsi verò inter codicillos confirmatos, & non confirmatos discrimen istud observatur: omnes tamen (scilicèt ad testamentum facti) ex testamento vires capiunt: adeò, ut si testamentum non valeat, fideicommissum quoque, codicillis non confirmatis relictum, nullius momenti fit. *d. l. si quis. 3 §. ult. ff. de jur. codicil-*
31 *lor.* Sanè hodie pro codicillis præsumptio esse solet: ut saltem tacitè, si minùs expressè, confirmati esse putentur: nisi sint expressè à testatore revocati. *d. §. non tantùm 1. infr. hoc tit. ubi Wesenbec. num. 3. anumq. re-*
32 *ferens Reusner. d. tract. de codicill. c. 4. num. 9.* Illud hic silentio non involvendum: quòd Dn. Collega Bocerus *in d. §. codicillis. 2. infrà hoc tit. num. 13. & seq. pag. 665.* rursus contra me temerè insurgat: quasi sine ratione certâ statuam, legata codicillis hodie relinqui non posse. Sed quæso, ubi nam ita statuo? Anne unquam dixi, aut scripsi: legata codicillis *hodie*, vel *jure novo* relinqui non posse? Nunquid expressè hanc differentiam legatorum & fideicommissorum juri veteri adscribo? *in §. sed non usq. 3. in princ. & n. 1. vers. quintò. supr. de legat.* ubi rotundis verbis assero: quòd *olim* multæ inter legata & fideicommissa fuerint differentiæ, & inter alias etiam illa: quòd legata tantùm testamento; fideicommissa verò, ab intestato quoque relinqui potuerint, *per §. præterea. 10. infr. de fideicommissar. hereditat.* Postea autem *in num 2.* expressè subjungo: *id generis differentias à Iustiniano sublatas, & legata fideicommissis per omnia, & in omnibus, exæquata esse.* Idem disertè docui *in disputationib. meis ad has Institut. part. 1. disp. 30. assert. 5. sub. lit. B.* Quæ omnia tam perspicuè à me, & quidem diversis in locis, tradita sunt: ut cuivis facilè appareat; Dn. Collegam Bocerum voluisse suum in me, meaq; Scripta prodere affectum, nimis lividum atq; malevolum. Sed quid animi futurum putas, mi D. Bocere, candidis Lectoribus, quando te tam apertè cavillari audere deprehenderint? Plus profectò dedecoris, quàm honoris, inde reportabis. Præterea co- 33
dicilli quidam sunt scripti, cùm voluntas scribitur: quidam non scripti, cùm voluntas coram quinque testibus verbis nuncupatur. *l. ult. C. de bon. libertor. l. generali. 13. C. de sacrosanct. Eccles. l. fin. §. fin. C. hoc tit. Petr. Gregor. lib. 43. syntagm. jur. univers. cap. 1. n. 4.* Olim certè codicilli in scriptis tantùm fiebant, *ut vel* 34
ex hoc principio patescit: neque ipsum nomen aliud significat, si origo spectetur. Dicti enim sunt codicilli *(ut jam suprà explicatum num. 5.)* per deminutionem à codice, ut sint parvus & exiguus codex. Quemadmodum igitur Latinis non est codex, nisi scriptus: ita propriè nec codicilli sunt, nisi scripti. *l. Divi. 6. §. 1. & 2. l. qui gravi. 11. & l. is, qui unum. 19. ff. de jur. codicill.* Atque hinc codicilli dicuntur scriptura, quolibet tenore formata *l. ult. C. quemad. testam. aperiant.* Veruntamen obtinuit, ut nuncupata imperfecta voluntas etiam codicilli vocentur, propter similitudinem. Hancque voluntatem, sine scripto declaratam, non minùs valere, quàm scriptam, indubitatum est. *d. l. general 13 C. de SS. Eccles. d. l. ult. §. ul C. hoc tit. d. l. & in epistola. 22. C. de fideicommiss. l. & sine scriptura. 5. C. ad senatusconsult. Trebellian. latè Donell. lib. 7. Commentar. de jur. civ. c. 18. pag. 177. n. 20. & seq.* Atque de his, & aliis codicillorum divisionibus consule Reusnerum, *d. tract. de codicill. c. 4. per totum.*

Porrò in hoc principio de codicillorum origine & 35
usu, adeò luculenter & copiosè disserit Imp. Iustinianus, ut nihil ei amplius addi posse videatur. Ista autem origo eò diligentius notanda est, quòd nec alibi in jure, nec in ullo Scriptore *(ut ego quidem opinor)* reperiatur. Illud summatim breviterque sciendum: 36
quòd codicillorum usus ab Augusto Cæsare in personâ Lucii Lentuli primò receptus: & postea de Trebatii, Iurisconsulti clarissimi, aliorumque Iurisprudentum sententiâ comprobatus, propter longinquas peregrinationes, quibus commodè testamenta fieri non poterant: ac demum à Labeone Antistio, magni nominis Iurisconsulto, ipso opere & facto confirmatus: postremò ab eodem Imperatore plenum robur acce-

accepisse intelligatur. Sed & illud præcipuè ex hoc principio, ut & aliis juris locis, animadvertere atque colligere licet: in rebus novis constituendis eviden-
37 tem utilitatem esse debere, *l. 2. ff. de constitutionibus princip.* & absque prudentum Consiliariorum consilio, in ejusmodi novæ legislatione, nihil temerè tentandum aut statuendum esse. *l. humanum. 8. C. de legib. l. omnium. 19. C. de testament.* Quo nomine Dion Historicus valde laudat Nervam Imperatorem: refertque Ælius Lampridius, Alexandrum Severum nullam constitutionem sacrasse sine viginti Jurisperitis & doctissimis & sapientissimis: denique disertissimis non minus quinquaginta, *notante hic Balduino, & Heigio num 5.*
38 Potest autem ille solus facere codicillos, cui & testamentum facere permissum est. *l. Divi Severus. 6. § penult. & l. conficiuntur. 8. §. codicillis. 2 ff. de jur. codicill. Rolandin. Paschagerius in tract. de codicill. c. 1. n. 6.* Itaq; quibus temporibus quis non potest facere testamentum: iisdem si codicillos faciat, non valebunt; & è diverso *arg. l. Aristo. 9. ff. de jur. codicill.* usque adeò; ut si paterfamilias, cùm testamentum fecisset, postea se arrogandum dederit, atq; ibi fecerit codicillos, nihil ex codicillis debeatur: quamvis idem postmodum sui juris factus decedat. Nam nec testamentum per id tempus factum valeret, quocunque statu postea testator decederet. *l. qui in potestate. 6. l. filiusfamilias. 19 ff. qui testam. fac. poss. Donell. lib. 7. Commentar. de jur. civ. c. 19. pag. 378. num. 10.* Cæterùm qui testamentum facere possint, vel non, didicimus *supr. ex tit. quib. non est permiss fac. testament.*
39 Quæstio hic satis controversa movetur: num persona, quæ statuto quodam testari prohibetur: ut si minor 25. annis testamentum condere prohibeatur: vel si conjunx ad conjugis utilitatem facere testamentum vetetur: codicillos facere nihilominùs queat? Et licèt negativam Dd. plerique sententiam approbent. *Bartol. Alexand. Socin. Iunior. Ripa, Iason & Dua-*
40 *ren. in l. 2. ff. de legat. 1. Vasquius lib. 3. de success. progress. §. 30. num. 32. Reusner. in tract. de codicill. c. 5. num. 5. Thadeus Pise. lib. 3. var. resolut. cap. 1. num. 30.* affirmativa tamen, tanquàm verior, mihi magis placet. Tum quia statuta strictè & propriè accipienda sunt, maximè quando juri communi derogant, *arg. l. constitutionibus. 24 ff. ad municipalem. l. quod constitutum 21. ff. de testament. milit. l. quidquid astringenda. 99 ff. de verb. obligat. Mynsinger. decad. 1. respons. 30. num. 6.* Atqui strictâ & propria testamenti appellatione non continentur codicilli. *l si idem codi-*
41 *cilli. 7. C. hoc tit.* Tum quia statutum, & quodcunque aliud jus novum correctorium, non debet extendi ultra casum, de quo loquitur. *l. præcipimus. 32. in fin. C. de appellat. l. si furiosi. 25. C. de nupt. Auth. quas*
42 *actiones C de sacrosanct. Eccles.* Tum denique quia humanius & æquius est, eam sequi amplectique sententiam, quæ ultimæ voluntati favet. *l. si pars indicantium. 10. ff de inoffic. testam. Bald. in l. ult. col. 2. C. de testament. D. Bocer. class. 3. disp. 6. th. 5. edit. 2.*

§. *Non tantum. 1.*

Non tantùm autem testamento facto potest quis codicillos facere; sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cùm ante testamentum factum codicilli facti erant: Papinianus ait, non aliter vires habere, quàm si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt: ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti: si appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter codicillos, qui testamento facto relinquuntur, & qui ab intestato.*
2 *Ratio istius differentiæ.*
3 *Codicilli ante conditum testamentum facti, olim specialem confirmationem requirebant: hodie sufficit, eos expresse non esse revocatos.*
4 *Codicilli cum testamento facti, ejus pars esse intelliguntur, ejusq; jus sequuntur.*
5 *Codicilli sine testamento ordinati, per se consistunt.*
6 *Per clausulam codicillarem, testamento insertam, sustinetur testamentum jure codicillorum.*
7 *Clausula codicillaris omissa, quibus casibus tacitè inesse intelligatur.*
8 *Clausula codicillaris quæ sit vis & potestas.*
9 *An, si heredes legitimi proximiores repudiaverint hereditatem, remotiores autem adiverint, codicilli confirmentur.*
10 *Sensus l. 1. §. penul ff. de legat. 3.*
11 *Utrùm posthumus ignoranter præteritus, licèt nativitate suâ rumpat testamentum, nihilominus tamen scriptis in testamento heredibus restituere hereditatem, vigore clausulæ codicillaris, per fideicommissum teneatur.*
12 *Donatio inter vivos potentior fideicommisso: & nativitate filiorum revocatur.*
13 *In testamento militis quæ clausula tacitè insit.*
14 *Legata quatenus à posthumo ignoranter præterito non debeantur.*
15 *Parìa sunt; codicillos simpliciter facere, & clausulam codicillarem apponere.*
16 *Testator alienam sobolem suæ anteponere voluisse non præsumitur*
17 *Hereditas, rupto testamento, filio tribuitur.*
18 *Sermone generali quid contineri intelligatur.*
19 *Quodnam commune parentum votum.*
20 *Sententia l. qui jure militari. 7. ff. de testament. milit.*
21 *Intellectus l. generaliter. 24. §. 11. ff. de fideicommissar. libertatib.*
22 *A separatis & diversis nihil infertur.*
23 *Si testamentum præterit one filii jam nati ipso jure sit nullum: num filius, qui ab intestato hereditatem vindicat, eam heredibus in testamento scriptis, virtute clausulæ codicillaris, restituere teneatur.*
24 *Consideratio l. Titia. 13. ff. de inoffic. testam. & l. nec fideicommissa. 36. ff. de legat. 3.*
25 *Sensus l. ex ea scripturâ. 29. §. 1 ff. qui testam. fac. poss.*
26 *Clausula codicillaris quid operetur.*
27 *Nunquid per clausulam codicillarem sustineatur testamentum fratris, ruptum per querelam alterius fratris, ob turpitudinem heredis instituti; ita ut frater querelans cogatur præstare hereditatem ex fideicommisso heredi, in testamento scripto.*
28 *Qui non capax est ex testamento: nō potest esse capax ex codicillis.*
29 *Turpis persona directam hereditatem ex testamento capere nequit.*
30 *Unâ viâ prohibitum, aliâ non est permittendum.*
31 *Consideratio l. 3. ff. si à parente quis manumissus sit.*
32 *Quâ ratione rescinditur institutio directa, eadem ratione debet quoque rescindi fideicommissum, vigore clausulæ codicillaris inductum.*
33 *In fraudem legis nihil fieri debet.*
34 *Per clausulam codicillarem censentur gravati venientes ab intestato restituere hereditatem heredibus institutis.*

EXponitur hic divisio codicillorum in eos, qui te-
1 stamento facto relinquuntur, & qui ab intestato.
*Sed de eâ jam dictum est suprà ad principium hujus
tit. numer. 22.* Differentia autem inter eos hoc loco
2 indicatur verbo isto, *fideicommittere.* Nam codicil-
lis testamento facto relictis tam legata, quàm fidei-
commissa relinqui possunt: codicillis ab intestato
fideicommissa tantùm, *ut hic, & l. si quis. 3 in princ &
l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de jure codicillor.* Ratio diffe-
rentiæ hæc est: quia legata olim ex testamento dun-
taxat, fideicommissa etjam ab intestato relicta vale-
bant. *§. præterea 10 supr de fideicommissar. heredita-
tib.* Codicilli igitur conficiuntur vel cum testamen-
to, vel sine testamento ab intestato, *hoc § nostro. d. l.
conficiuntur. 8. in princ l. ab intestato 16. ff de jur. co-
dicill. l non idcirco. 4. C hoc tit* & qui cum testamen-
3 to fiunt: vel ante, vel post illud rectè ordinantur. *l.
ante tabulas 5 d l conficiuntur. 8 § si post factum. 3 ff.
de jur codicill & hoc § vers. sed cùm ante, &c* Et
certè codicilli, cùm præcedunt testamentum, olim
non aliter valebant, quàm si speciali voluntate in te-
stamento postea facto, aliisve codicillis, confirmati
essent; atque ita Papinianus (*quem refert hic Iustini-
anus*) respondit *in d. l. ante tabulas. 5. ff. eod.* Sed post-
ea divo Severo & Antonino placuit, codicillos ante
testamentum factos confirmari posse etiam tacitè, si
qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicil-
lis expresserat, non recessisset. *hoc § nostro. vers. sed di-
vi. &c.* Et ex illa Severi & Antonini constitutione
(quam hodie extare non puto. *cum Balduino & Myn-
singero hic*) Tribonianus *in d. l. ante tabulas. 5. de jur.
codicill.* adjecisse videtur hæc verba: *aut voluntas eo-
rum quocunque indicio retineatur.* Ita quoque sen-
tiunt *Duarenus lib. 2. disputat. anniversar cap ult. Ber-
chelt. & Heigius hic n. 3. & D. Becer. num. 4. pag 662.
Adde Timeum Fabrum disp. 20. ad Institut. Imperial.
th. 26. & Locamerum. quæstion. juridicar. fascic. 32.*
4 *quæst. 4.* Cæterùm qui codicilli cum testamento sunt
facti, pars ejus censentur. *l. quidam referunt. 14. in
medio principii. ff de jur. codicill. l. penult. ff testamen-
ta quemadm. aperiant.* & illius jus sequuntur. *d. l. si
quis. 3 §. ult. d. l. ab intestato 6. in fine. ff. de jur. codicill.*
5 At qui sine testamento ordinati sunt: per se consistũt,
quasi testamentum quoddam, adeòque vicem testa-
menti exhibent. *d. l. ab intestato. 16. ibiq. Cujac. ff.
eod. Dn. Collega Becer. hic num. 9. & class. 3. disput. 6.
th 39. ed. 2. Reusner. in tract. de codicill. c. 20 num. 2.
Barnab. Brisson. de formul. & solennib. populi Rom.
verb. lib. 7. n. 5. Pacius in Epitom. jur. disp. 10. th 40.*
6 *sub lit. g.* Præterea & ille modus quidam conficien-
di seu ordinandi codicillos perhibetur: quando testa-
tor hujusmodi clausulam suo testamento adjicit: *ut,
si non valeat jure testamenti, saltem ut testamentum,
codicillorum vice & jure valeat. l. si miles. 3. ff de test.
milit l. 1. ff. de jure codicill. l. ult. §. 1. C hoc tit.* vel si di-
cat, aut scribat: *hoc testamentum volo esse ratum,
quacunq; ratione poterit l. ex ea scripturâ. 29 in fin ff.
qui testam. fac. poss.* aut, *volo hoc testamentum va-
lere omnì modo:* aut, *volo hoc testamentum haberi
pro justo ac legitimo:* aut, *volo hoc testamentum va-
lere omni solennitate remotâ.* Quibus utique & si-
milibus verbis testator significat, testamentum suum
valere jure codicillorum, si jure testamenti valere ne-
queat: *quemadmodum docent Bartol Bald. Imol. A-
retin. Socin. Sen. Curt. jun. Paris. Anton. Gabriel.
& alii, quos citat & sequitur Menochius lib. 4. de
præsumptionib. præsumpt. 31. n. 9.* Eaque de re videa-
tur *Ant. Faber part. 1. de errorib. pragmat. decad. 20.
error. 5. cum seq. & part. 2. decad. 39 error. 2 pag 698.*
Similiter ex præsumptâ testatoris voluntate subin- 7
telligi codicillarem clausulam, opinantur Doctores:
quando testamentum fuit conditum inter liberos:
aut juramentum testatoris intervenit: aut eos vocavit,
quos ardenter ac summopere diligebat: aut ob piam
causam quid reliquit. *Ita scripserunt Imola, Aretin,
Butrig. Alexand Iason, Bald aliiq; multi congesti ab
Anton Gabriel. lib. 4. conclusion. tit de testament. con-
clus 5. & Menoch. d præsumpt. 31 numer. 13. 16. & seqq.
Quibus addendi sunt Reusner d. tract. de codicill. cap.
23. numer. 8 & seq. D. Becer. d. clas 3. disp. 6. th. 44.
Heigius in §. ult supr. hoc tit. numer. 9. cum seq. & Tha-
deus Piso lib. 3. var. resolut. c. 2. num 9. & multis seqq.
Qui & alios diversimodè sentientes allegant.* Clau- 8
sulæ autem codicillaris, testamento appositæ, vis &
potestas hæc est: ut, si testamentum non valeat, here-
des ab intestato venientes per eam rogati intelligan-
tur, hereditatem, cæteraque in illo relicta restituere iis,
qui in ipso testamento heredes instituti fuerunt: vel
quibus aliquid aliud per fideicommissum vel legatum
relictum esse apparet. *l. coheredi. 41. §. quòd si heredem
3. vers qua ita locum habebunt. ff. de vulg. & pupill.
substit. d. l. ex eà scriptura. 29. in fin ubi Bartol. ff. qui
testam. fac. poss d. l. 3. in fin ff de testam milit. d. l. 1. ff.
de jure codicill. d. l ult § 1. ubi videatur omnino Gi-
phanius. C hoc tit. l eam, quam 14 & l. ex testamen-
to. 29. C. de fideicommiss. Porcius consil. 131. numer. 21.
Alexand cons. 12. vol. 2. Dec. cons. 369. numer. 2. hosq;
commemorans D. Becer. d. disp 6. th. 45. Matthias Ste-
phani cont. 2. sub quæst. 100. Gail. lib. 2 observat. 114.
numer. 1. 2. & 3. Schneidevvin. in §. codicillus. 2. num.
15. infr hoc tit. Mantica de conjectur ult. volunt. lib. 6.
tit. 4. numer. 16. Thadeus Piso d. lib. 3. var. resolut. c. 2.
numer. 26. aliiq; plures. ab eo relati.* Sed quæri so- 9
let: an, si heredes legitimi proximiores repudiaverint
hereditatem, remotiores autem adiverint, codicilli
confirmentur? Et non confirmari, tradit glossa *in l.
non justam. 4. super verbo, repetitum. C. ad senatuscon-
sult. Trebell.* Istamque glossam esse singularem &
communiter approbatam, ait Angelus *in principio
hujus tit. numer 10. ad finem. & Iason in l. licet Impe-
rator. 74 ff de legat. 1 numer 39. & seq.* Ast opinio
contraria verior & æquior reputatur, *arg. l. si quis. 3.
ff de jur. codicill. Eamq; amplectuntur. gloss & Bar-
tol. in l. 1. §. fin. ff. de leg. 3. idem Bartol consil 204. num.
3. Corneus in d. l. non justam. 4. C. ad senatusconsult.
Trebell. Vasquius de succession. progress lib. 3. §. 30. nu.
36. Grassus lib. 1 recept. sentent. § codicillus. numer. 35.
hosq; referens Piso d. c. 2. numer. 29.*

Nec obstat *d. l. 1. §. penult. (in glossato corpore est 10
§. ult.) ff. de legat. 3.* ex quà constat, quòd per clausu-
lam

lam codicillarem intelligantur solùm gravati venientes ab intestato proximiores in primo gradu. *Quia* procedit & locum habet, quando specialiter & nominatim aliquid relinquitur ab eo, qui in primo est gradu. Tunc etenim non debetur ab eo, qui est in secundo, si ad eum hereditas perveniat. Secus est, si non nominatim relinquatur. Nam tunc etiam ab aliis in secundo gradu existentibus debetur. *Gloss. Bartol. & Piso locis antè designatis.* Sanè si factum sit testamentum validum, & deinde aliud testamentum invalidum, quod non possit valere ut testamentum, sed tantùm ut codicillus, & in eo apposita sit clausula codicillaris: talis clausula operatur, ut heredes scripti in primo testamento censeantur rogati de restituendo hereditatem scriptis in secundo testamento invalido, & de præstando etiam legata legatariis. Omnes enim, qui aliquo jure succedunt, rogati videntur. *d. l. si quis. 3. in princ. ff. de jure codicill. Bartol. in l. 1. numer. 3. ff. eod. Corneus consil. 245. & consil. 308. vol. 3. Socin. Iunior. consil. 106. num. 37. vol. 1. Mantic. d. lib. 6. de conject. ult. volunt. tit. 4. numer. 13. & 16. ecità citant Piso d. lib. 3. cap. 2. num. 30.*

11 Difficilis hic, & mirificè ventilata occurrit quæstio de posthumo, ignoranter præterito: utrùm, licèt nativitate suâ rumpat testamentum, nihilominùs tamen scriptis in testamento heredibus restituere hereditatem, vigore clausulæ codicillaris testamento adjectæ, legitimâ scilicet vel Trebellianicâ detractâ, ex fideicommisso teneatur? Et partem affirmativam tenuerunt antiqui Doctores; *Odofredus, eumq́ referens Speculator in tit. de instrument. edit. §. compendiosè numer. 18. Nicolaus de Matarellis relatus à Baldo in auth. ex causa. C. de liber. præterit. Oldrad. consil. 149 quæst. 3. & consil. 171. in ultimo dubio. Franc. de Rampônibus, citatus & approbatus ab Imola in l. filio præterito. 17 ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. Salicet. in l. fin. C. de codicill. n. 18. Fulgos. Cynus, Alberic. de Rosat. Ioan. de Monte Sperello, Iacobin. de S. Georgio, & Alexand. in d. auth. ex causa. C. de liber. præterit. Angel. Aretin. in princ. hujus tit. num. 9. in fin. Lancellot. Decius in l. qui filiabus. 17. ff. de legat. 1 Ioan. Petr. de Ferrar in suâ pract. in formâ libelli, pro legato rei singularis, versf. nec valet, nec valebit. Berojus consil. 16. numer. 30. & consil. 27. numer. 27. vol. 2. Cravett. consil. 34. num. 2. Cephal. consil 38. num. 32. vol. 1. Gacheran. consil. 11. num. 30. & consil. 70. num. 5. Tiraquellus in repetit. l. si unquam. 8. in verb. donatione largitus. numer. 269. C. de revocand. donationib. & ferè sexcenti alii, ab iis allegati.* Sed contrariam sententiam, nempe quòd clausula codicillaris, posthumo ignoranter à testatore præterito, nihil operetur, probarunt *Bartolus in l. 1. numer. 10. ff. de jur. codicill. Bald. in consil. 387. lib. 5. & 424. lib. 4. item in l. si tetas 5. C. de inoffic. donationib. Iacob. de Aren. Curtius Iunior, Cagnol. & Bolognet. in d. auth. ex causa C. de liber. præterit. Paulus de Castro in l. sicut certi 9. C. de testament. milit. Franc. de Aretin. cons. 24. & ult. Ioan. Dilect. Durantes in tract. de arte testand. tit. 3. cautel. 10. numer. 3. & 4. Guilielm. de Benedict. in 1. parte repetit. c. Raynutius. 16 ext. de testament. Card. Zabarell. cons. 20 Rubeus cons. 212. numer. 2. & cons. 125. numer. 2. & seq. Ripa in repetit. d. l. si unquam nu. 44. C. de revocand. donat. Bursat. consil. 15. lib. 1. & cons. 89. numer. 40. Purpurat. cons. 451. numer. 2. Ruin. cons. 2. & 6. vol. 3 Hieronym. Gabriel. consil. 113. num. 9. Francisc. Bec. cons. 107. numer. 25. Barbat. consil. 60. colum. 7. lib. 2. Simon. de Prat. de interpretat. ultim. volunt. lib. 2. solut. 11. numer. 8 Mantic. de conjectur. ult. volunt. lib. 1. tit. 10. Graff. lib. 1. receptar. sentent. §. legatum. quæst. 67. numer. 3. & §. codicillus. numer. 22. Menoch. consil. 499. lib. 5. & de præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 32. Iulius Clarus lib. 3 sentent. §. testamentum. quæst. 46. numer. 2. Fachineus lib. 4. controversiar. jur. cap 12. Arnmaus Exercitat. Instin. 10. th. 8. & novissimè Thadeus Pisp lib. 3. var. resolut. cap. 3 num. 10. & seqq.* Quorum plerique testantur, hanc opinionem & æquitati & veritati magis consentaneam: ac proinde in judicando & consulendo ab eâ non recedendum esse. Ejus autem fundamenta hæc afferri solent. I. Donatio inter vivos potentior est fideicommisso: quia nititur voluntate duorum, nimirum 12 donantis & donatarii; fideicommissum verò nititur voluntate unius duntaxat defuncti, *arg. l. 1. §. 2. ff. de pact.* At donatio inter vivos revocatur nativitate filiorum. *d. l. si unquam. 8. C. de revocand. donationib.* Ergo multò magis fideicommissum, supervenientibus liberis, quos testator se habere ignorabat, revocari debet. II. In testamento militis, quod jure communi confectum est, tacitè inest illa clausula: ut, si 13 non possit valere jure communi, valeat jure militari. *l. si miles. 3. ff. de testamento militis.* Sed si filius sit ignoranter præteritus, nihil operatur ista clausula: quia nullo jure valet. *d. l. sicut certi. 9. & l. seq. C. d. tit.* Ergo idem dicendum est in testamento pagani, in quo expressa est illa clausula codicillaris, *si non valet, vel non valebit, &c.* III. Legata non debentur à posthumo ignoranter præterito, ubi alius heres institutus est, & ipse coheres efficitur: quia videlicet de 14 eo testator non cogitavit. *l. qui gravi utere. 11. & l. penult. ff. de jur. codicill.* Igitur multò minus fideicommissum ipsius hereditatis debebitur. Neque enim verisimile est: defunctum testatorem voluisse posthumo, de quo non cogitavit, tale fideicommissum injungere, ut heredi scripto restituat hereditatem: cùm contra officium pietatis sit, filium ab hereditate excludere. *l. 2 & l. Titia. 23. ff. de inoffic. testam. can. fin. caus. 17 q. 4.* IV. Facit textus *in l. 1. C. hoc tit.* ubi rupto testamento per nativitatem posthumi, codicilli quoque ad testamentum pertinentes rumpuntur. Ergo similiter clausula codicillaris, quæ testamentum convertit in codicillos, rumpi & nullius momenti esse debet. Siquidem paria sunt: codicillos simpliciter facere, & clausulam codicillarem apponere, *arg. l. si jure. 11. C. de testament. manumiss.* Ut ergo, rupto testamento, rumpuntur codicilli simplici- 16 ter facti: ita etiam, rupto testamento per nativitatem posthumi, debent rumpi codicilli provenientes ex clausulâ codicillari. V. Nõ præsumitur testator voluisse alienâ sobolem suæ anteponere; atque adeò bona sua

Pppp 2 perve-

pervenire ad heredes scriptos, exclusis filiis propriis, *arg. l. cùm avus 102. ff. de condit. & demonstrat. l. si is, qui ducenta 13. in fin. ff. de reb. dub. l. cùm acutissimi. 30. C. de fideicommiss. l. generaliter. 6. C. de institutio-
16 *nib. & substitut.* Videretur autem illud voluisse testator: si clausula codicillaris in nostrâ specie id efficeret, ut filius posthumus existimaretur esse gravatus fideicommisso bona restituere scriptis heredibus. VI. Sive testatoris defuncti expressam voluntatem contemplemur: sive id, quod verisimile est, ipsum facturum fuisse, si de posthumo nascituro cogitâsset, perpendamus: sive rei ipsius æquitatem & Justitiam intueamur: procul dubio judicabimus, posthumum testatoris filium fideicommisso, de quo agitur, gravatum non videri. In expressâ enim testantis voluntate, quæ testamento continetur, nullum est verbum de fideicommisso, posthumo nascituro injungendo. Quòd si de nascituro filio cogitâsset testator, qui defunctus est: quis adeò durus & iniquus voluntatis paternæ est interpres, qui illam magis in alios, quàm in proprium sanguinem propensuram, putare velit? cùm nemo unquam filiis & descendentibus suis alios præferre velle credatur. *l. ex facto. 43 circa princ. ibi, nec enim aut patrem, &c. ff. de vulg. & pup ill. substit. l. tale pactum. 40. in fine. ff. de pactis. & legib. si-*
17 *milibus praallegatis.* Si denique Justitiam ipsam & æquitatem naturalem respiciamus: hereditatem, rupto testamento, secundùm leges filio, scriptis heredibus remotis, assignabimus. *l. cùm ratio naturalis. 7. in princ. ff. de bonis damnator. l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul. testam. nulla extab.*

18 Non obstat huic assertioni, quòd per clausulam codicillarem (præsertim quando concipitur per verba futuri temporis) testator videatur in genere & implicitè saltem cogitâsse de omnibus venientibus ab intestato, tàm natis, quàm nasciturus, & etiam ignotis, *arg. l. qui jure militari. 7. ff. de testament. militis.* adeòque censeatur omnes eos rogâsse in casu, quo successuri essent. *l. si quis. 3. & l. ab intestato. 16. ff. de jur. codicill.* Etenim sermone generali nunquam intelligitur contineri id, quod verisimiliter quis in specie non dixisset, *argum. l. obligatione generali. 6. ff. de*
19 *pign. & hypothec.* Sic quoque sermone generali nunquam intelligitur facta exclusio filiorum, nisi specialiter excludantur: cùm commune sit parentum votum, liberos potiùs, quàm alios, ad hereditatem & bona sua vocare. *d. l. cùm ratio 7. ff. de bonis damnator.* Neque movent quicquam verba clausulæ codicillaris, futurum tempus respicientia. Quia cùm testamentum possit non valere ex aliis causis, quàm ex causa præteritionis posthumi, ignoranter [illegible] puta per mortem heredis contingentem ante obitum testatoris, per non aditionem, aut repudiationem hereditatis, propter incapacitatem provenientem ex delicto, & multis aliis modis: non rectè dicitur, neque valet consequentia: potest iste casus sub tali generalitate comprehendi: ergo comprehenditur. Nec ad sem pertinet *d. l. qui jure militari. 7. ff. de testam. mi-*
20 *lit.* Quia quando miles jure militari testatur: de ejus voluntate clarè constat. Quod secus est in nostro casu, ubi contrarium apparet, tum propter commune votum parentum: tum quòd clausula codicillaris non debet trahi ultra cogitationem, quam testator in testamento habuit. Vnde non sumus in dubio: & licèt in dubio versaremur: non tamen ita favendum esset testamentis, ut favorem filiorum excluderemus. *Thed. Piso d. lib. 3. var. resolut. c. 2. num. 9.*

Nihil quoque adversatur *l. generaliter. 24. §. ex testamento. 11 ff. de fideicommissar. libertatib.* ex quâ evincitur, rupto testamento posthumi nativitate libertates deberi, cùm à legitimis heredibus sunt relictæ. 21
Haud enim ibi agitur de hereditate præstandâ heredibus scriptis, ut in quæstione nostrâ: sed tractatur de libertate dandâ, quæ legato vel fideicommisso relicta est à legitimis heredibus. Ex quo non rectè inferri potest ad hereditatem relictam, posthumo scilicet auferendam, & aliis restituendam. Tritum quippe 22
est: ex separatis ac diversis nihil validè inferri, *vulgata l. Papinianus. 20. ff. de minorib. 25. ann. l. ult. ff. de calumniatorib. & l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.* Ad alia, quæ nostræ sententiæ objici solent, solidè respondet Fachineus, *d. lib. 4. controvers. jur. cap. 12. vers. non offendunt hanc sententiam leges, &c.*

Incidit hoc loco & illa non usque adeò expedita 23
quæstio: si testamentum præteritione filii jam nati ipso jure sit nullum, vel ex causa exheredationis inofficiosum: nunquid filius, qui ab intestato hereditatem vindicat, eam restituere teneatur heredibus in testamento scriptis, virtute clausulæ codicillaris, testamento insertæ? Et quanquam plerique illud affirmant, *Bartolus, Cynus, Albertcus de Rosat. Angelus, Paulus de Castro, Salicetus, Alexander, Curtius Iunior, Iason, & alii in auth. ex causa. C. de liber. præterit. Guilielm. Benedict. in c. Raynutius. 16. extr. de testament. Zuchard. in l. posthumo. 2. num. 102. C. de bonor. possess. cont. tab. Cumanus consil. 126. Socinus senior. cons. 93. num. 31. lib. 4. Socin. Iun. consil. 107. num 24 lib. 1. Decius consil. 242. numer. 2. & consil. 369. num. 2. Paris. consil. 30. num. 11. lib. 3. Tiraquell. in repetitione l. si unquam 8. in verb. donatione largitus. n. 273. Purpuratus consil. 518. n. 7. Dn. Becerus class. 3. disput. 6. th. 46. ad lit. b. ed. 2. Clarus lib. 3. sentent. §. testamentum. quæst. 46. num. 1. Matthæus Gribald. in commun. opin. verb. præteritio. & verb. codicillus. Grassus libr. 1. recept. sentent. §. codicillus. numer. 21. Menoch. de præsumptionib. lib. 4 præsumpt. 32. num 2. atq; alii, ab his cumulatim citati:* non tamen desunt, qui ab hac communi opinione recedentes, negativæ sententiæ subscribunt, *Accursius in d. auth. ex causa. C. de liber. præterit. ibiq; Iacobus Butrigarius, Iacobus de Arena, Guilielm. de Cun. & Rainerius de Forolivio, Oldrad. & Baldus in l. Titia. 13. ff. de inoffic. testam. Bursatus consil. 15. n. 8. lib. 1. Signor. de Homed. consil. 171. Fachineus libr. 4. controvers. jur. c. 11. & nonnulli alii, commemorati ab Antonio Gabrielio Romano lib. 6. communium conclus. tit. de clausulis. conclus. 7. numer. 2.* Ad quorum sententiam confirmandam adducuntur *d. l. Titia. 13. ff. de inoffic. testam. & l. nec fideicommiss. 36. ff. de legat. 3.* ex quibus evidenter 24

satis

satis constat: quòd in proposita specie fideicommissum à demente factum, ac proindè prorsus irritum nullumque videatur. Sed & leges, quæ testamentum rescindentes filiis præteritis sive iniquè exheredatis ab intestato successionem deferunt, isthâc clausulæ codicillaris cautela, quâ de hic agitur, quodammodo eluderentur: omnisque ferè honor, liberis debitus ex honorabili institutionis titulo, minueretur; si, rescisso testamento, hæreditatem nihilominùs scriptis heredibus reddere cogerentur.

25 Nec obsistit textus *in l. ex ea scriptura. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.* ubi Paulus, *Ex his verbis*, ait, *quæ scriptura paterfamilias addidit: Hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit, videri eum voluisse, omnimodò valere ea, quæ reliquit, etiamsi intestatus decessisset.* Conceditur namque, hanc esse regulariter clausulæ codicillaris vim ac potestatem: sed negatur, eam in proposito casu obtinere: cùm ea in re testator furiosus, ac non sanæ mentis fuisse præ-
26 sumatur. Nihil præterea obstat, quòd codicillaris clausula idem operetur, ac si testator venientes ab intestato rogasset, ut hereditatem scriptis heredibus restituerent. *l. ult. §. 1. C. hoc tit.* At si ita rogasset expressè venientes ab intestato, ut scriptis heredibus restituerent hereditatem: nullum videretur esse dubium, quin fideicommissum præstandum esset. *l. si quis, cùm testamentum. 3. ff. de jure codicill.* Ergo idem respondendum, ubi clausula codicillaris testamento adjecta est. Illud, *inquam*, nihil obstat. Etenim si paterfamilias rogasset filios suos, qui ab intestato succedunt, ut hereditatem scriptis heredibus restituerent: omnia salva forent, filiique hereditatem, retentâ legitima portione (quæ de restitutione excipienda est, *juxta Novell. 39. cap. 1*) restituere compellerentur: quoniam nihil absurdi isthæc dispositio sive voluntas testatoris continet. Filii enim sunt heredes, sicut lex præcipit; & fideicommisso gravati, quod lex non vetat. Ubi verò, filiis præteritis vel exheredatis, alius heres instituitur: manifestus est dementiæ testatoris prætextus, cui per codicillarem clausulam provideri nequit. *d. l. Titia. 13 ff. de inoffic. testam. d. l. nec fideicommissa. 36. ff. de legat 3. Fachin. d. lib. 4. cap. 12. in fine.*

27 Succedit non minùs dubia, quàm disputabilis quæstio: ecquid per clausulam codicillarem sustineatur testamentum fratris, ruptum per querelam alterius fratris, ob turpitudinem & infamiam heredis instituti; ita ut frater querelans cogatur præstare hereditatem ex fideicommisso heredi in testamento scripto? Affirmativè concludunt. *Iacob. de Aren. in auth. ex causa. C. de liber. preterit. Dynus, Bartolus, & Alexand. in l. si patroni, 55 §. ult. ff. ad senatusconsult. Trebell. Angel. consil. 119. super puncto predicto, &c. Barbat. in c. Raynutius. 16. fol. 28 col. 2 de testament. bess. referens Ioannes Dilectus Durantes in tract. de arte testand. tit. 3. cautel. 16. n. 4.* Sed negativè responderunt *Paulus de Castro consil 59. ad primum videtur, &c. col. pen & ult. part. 1. & in d. l. si patroni. 55. §. fin. ff. ad senatusconsult. Trebell. Fulgos. consil. 71. mulier, &c. col. 2. & 3. Iason. in l. fratres 27. n. 5. C. de inoffic. testam. & consil. 71. col fin. libr. 1. Decius consil. 530. & consil. 561. Bertachinus in suo repertorio, in verb. clausula codicillaris num. 40. Hieron. Gabr consil. 126. numer. 3. Gozadin. consil. 85. Ruinus consil. 5. lib. 3. num. 13. Roland. à valle consil. 87. num. 12. lib. 3. Bursat. consil. 92. num. 8. lib. 1. Simon. de Prat. de interpretatione ultim. volunt. lib. 2. solut. 11. n. 21. Anton. Gabriel. lib. 6. Commun. conclusion. tit. de clausulis. conclus. 7. num. 3.* Hæcque opinio hisce potissimùm confirmatur rationibus & argumentis. I. Qui 28
non est capax ex testamento, non potest etiam esse capax ex codicillis. *arg. l. qui testamentum. 27 ff. de probationib. l. cùm quis decedens. 37. §. Titia. 6. ff. de legat. 3. & §. legari. 24. supr. de legat. Bald. in l. fin. C. de codicill.* Atqui turpis persona directam hereditatem ex testamento capere non potest: quia ea illi per 29
fratrem, querelam moventem, aufertur. *d. l. fratres. 27. C. de inoffic. testam.* Ergo neque etiam fideicommissum ex codicillis capere poterit. II. Quòd unâ viâ 30
prohibetur, alia via admitti non debet, *arg. c. cùm quid. 39. de regul. jur. in 6.* Sed turpis persona prohibetur capere una via, nempe per institutionem. *d. l. fratres. 27. C. de inoffic. testament.* Ergo dicendum, quòd debeat prohiberi etiam capere aliâ viâ, hoc est, per fideicommissum; ne quod directò prohibetur, per indirectum concedatur. III. Jure veteri testamentum per querelam ruptum, vigore clausulæ codicillaris non vertebatur in fideicommissum. *l. Titia. 13 ff. de inofficios. testament.* Quæ lex per jura nova non reperitur correcta in transversalibus, odio turpium heredum institutorum. Quare eandem clausulam etiam hodie nihil operari statuendum est. IV. Huc facit 31
textus *in l. Paconius. 3. ff. si à parente quis manumiss. sit*, ubi pater, turpi persona à filio instituta, potest totum testamentum impugnare, & totam hereditatem avocare: quod facere nequiret, si turpis persona instituta non esset: siquidem legitimam duntaxat petere posset. Ergo & in nostrâ specie dicendum est: quòd propter turpitudinem personæ institutæ, testamentum in totum expugnetur: & consequenter, quòd neque virtute clausulæ codicillaris sustineatur. V. Quià ratione rescinditur institutio directa; ne scili- 32
cet hereditas fraterna sit apud turpem personam; eâdem ratione debet quoque rescindi fideicommissum, vigore dictæ clausulæ codicillaris inductum: ne sit fideicommissum apud turpem personam. Et quemadmodum per querelam rumpitur testamentum & institutio: ita etiam, ne eadem querela sit ludibrio, fieri debet extensio ad rupturam dictæ clausulæ codicillaris subsidiariæ, pariter per eandem querelam rescindendæ. VI. Dare turpi personæ, & 33
auferre fratri via indirecta per fideicommissum, quod non potest dari viâ directâ per institutionem, esset fraus, & quid factum in fraudem legis de uno modo disponendi ad alium: quod fieri minimè debet, *per d. l. cùm quis decedens 37. § Titia. 6. in fine. ff. de legat. 3. & l. fraus. 30. ff. de legib.*

Nihil resistit huic sententiæ, quòd per clausulam co- 34
dicillarem censeantur gravati venientes ab intestato restituere hereditatem heredibus institutis, quicunque illi sint, qui ab intesta successuri sunt. *l. ab intestato. 16. ff.*

16. *ff. de jur. codicill. l. ex testamento. 19. ibiq; gloss C. de fideicommiss.* Proindeque dicendum videatur: quod etiam frater ab intestato succedens, hereditatem restituere debeat heredibus à fratre scriptis. *Nam respondetur:* quòd sicut directa institutio, propter turpitudinem personæ institutæ, reprobatur: Ita etiam dispositio per fideicommissum reprobari debeat: ne quod directò prohibetur, per indirectum concedatur: maximè cùm eadem ratio utroque casu militet. Plura huic decisioni repugnare videntur, de quibus omninò inspiciendus est Thadeus Piso *lib. 3. var. resolut. cap. 4. num. 3. & seqq.* ubi prolixè relatis & rejectis utriusque, & affirmativæ & negativæ partis argumentis, tandem ipse *num. 30. & seq.* dubiam hujus quæstionis resolutionem distinctione quâdam componit, secutus Michaelem Grassum *lib. 2. receptar. sent §. codicillus. num. 23.*

§. *Codicillis. 2.*

Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest: ne confundatur jus testamentorum & codicillorum: & ideo nec exheredatio scribi. Directò autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest. Nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directò quis potest.

SVMMARIA.

1 *Insignis inter codicillos & testamentum differentia.*
2 *Ius testamentorum & codicillorum non confundendum.*
3 *Neque directò substituere, neque hereditatem adimere, neque exheredationem scribere, vel conditionem heredi instituto adjicere, codicillis quis potest.*
4 *Pars & accessio sequitur naturam totius sive principalis.*
5 *Cur hereditas non possit dari, neque adimi in codicillis, possit verò relinqui per fideicommissum.*
6 *In codicillis declaratio heredis fieri potest.*
7 *Num conditio institutioni vel substitutioni in testamento adjecta, codicillis removeri possit, ut pura sit institutio vel substitutio.*
8 *Privatio & habitus idem concernunt subjectum*
9 *Ampliatio conclusionis, codicillis hereditatem directò dari non posse.*
10 *Limitatio in milite, qui arma magis, quàm jura scire præsumitur.*
11 *Vltima alicujus voluntas, quæ legata tantùm & fideicommissa continet, codicillus est, non testamentum: etiamsi disponens hanc suam voluntatē nominet testamentum: & contrà, &c.*
12 *Rei qualitas intentionem agentis demonstrat: actus item non judicatur à nudâ denominatione, sed ab effectu.*
13 *Recensentur casus, quibus non testari, sed codicillari voluisse quis præsumitur.*

1 INsignis hoc loco, eaque præcipua inter testamentum & codicillos, affertur differentia: quòd scilicet testamentum non sit, in quo heres non sit institutus: codicilli non sint, in quibus heres sit institutus; sive (*ut hic dicitur*) codicillis hereditas directò dari non possit *l. quod per manus. 10 l. illud. 13. §. 1. ff de jur codicill. l. 2. C. hoc tit. l. institutio. 10. ff. de conditionib. institutionum. l. hereditas. 4. C. de his. quibus ut indign.*
2 *hereditates aufer.* Ratio hujus una hoc §. expressa est: *ne confundatur jus testamentorum & codicillorum:* hoc est, ut differentia sit aliqua inter testamentū & codicillos. Ac sanè jus testamentorum & codicillorum misceri non debere, vel ipsa nominum diversitas commonere videtur. *l. si idem. 7. C. hoc tit. Timaus Faber. disput. 20. ad Institut. Imperial. thes. 7.* Altera ratio, eaque subtilior, exponitur à Papiniano: ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari putetur. *d. l. quod per manus. 10 ff. de jur. codicill.* hoc est: cùm codicilli vim ex testamento capiant; testamentum autem ex heredis institutione consistat: ac proinde summa & prima causa firmitatis, heredis institutio sit; absurdum ac præposterum esset, unde inferiora suam vim sumunt, id infimo, & postremo attribui, *ut explicat Hotom. hîc enunciat* 1. Vel ratio illa Papinianea hoc modo est explananda: Causa, ex quà valent codicilli, est testamentum. Non possunt ergo codicilli esse causa, ex quâ valeat testamentum: quippe cùm duæ res sibi invicem causæ eodem modo esse non possint, *ut notant Accursius in d. l. quod per manus. 10. in verb. per institutionem. ff. de jur. codicill. Cujac. in Comment. in libr. 15. quæst. Papin pag. 380. eorq; citans D Becerus hic num. 8. pag. 664.* Plures hujus juris rationes refert Vasquius *de success. creat. lib. 3 §. 25 numer. 2.* Quare neque directò 3
substituere, neque hereditatem adimere, neque exheredationem scribere, vel conditionem heredi instituto adjicere codicillis quis poterit. *hoc §. nostro. vers. & ideo. & vers. nec conditionem, &c. l. divi. 6. in princ. ff. de jur. codicill. l. hereditas. 4. C. de his, quib. ut indign. hereditat. auferunt.* Hujusque ratio illa est: quia conditio, sive conditionis appositio est particula ipsius institutionis, cui adjicitur. Partem autem & acces- 4
sionem sequi naturam totius sive principalis, tralatitium est. *l. 2 ff. de pecul legat. l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur. c. accessorium. 42 eod. in 6.* Planè here- 5
ditatem codicillis per fideicommissum, seu verbis precariis jure relinqui, disertè deciditur *in hoc §. nostro. vers. nam per fideicommissum, &c.* Ratio, cur hereditas non possit dari, neque adimi in codicillis, possit verò relinqui per fideicommissum, hæc traditur: quòd cùm testator heredi instituto in testamento præcipit, ut hereditatem alteri restituat, non constituit eum directè heredem: quoniam institutus adhuc verè heres manet, & quartam retinet; sed indirectè: quod quidem non est alium heredem facere, sed est tantummodò declarare, cui heres debeat hereditatem restituere. Vnde quemadmodum in codicillis 6
declaratio heredis fieri potest. *l. asse toto. 77. ff. de heredib. instit. l. institutio talis. 10. in princ. ff. de conditionib. institutionum.* ita & testator potest declarare, ut heres in testamento institutus hereditatem restituat alteri: quæ declaratio non impedit, neque mutat institutionem heredis. *Didac. Spino à Caceres in suo univers. Iurisprud. Thesauro, gloss. 32. num. 19. Thadeus Piso lib. 3. var. resolut. cap. 1. numer. 18.* Sanè per codicillos non semper de universitate & fideicommisso universali disponi; sed etiam pro libitu disponentis, de rebus singularibus aliquando tantùm, fidei-

deicomnisso singulari, haud contemnendis rationibus adstruit Valentinus Riemer. *decad. 7. quæst. illustr. 10.*

7 Cæterùm in quæstionem vocatur: num conditio institutioni vel substitutioni in testamento adjecta, codicillis removeri possit, ut pura sit institutio vel substitutio? Mihi negantium sententia non absque ratione placet. Etenim directa hereditas ita daretur codicillis: quod tamen jura non concedunt: & per unam viam fieret, quod aliâ denegatur, *contra l. ut nullo. 28. C. de usur. & l. si quis. 7. § fin ff. qui, & à*
8 *quib. manumiss. lib. non fiunt.* Quò confert etiam, quòd conditio institutioni vel substitutioni in codicillis adjici non potest, *hoc §. vers. nec conditionem, &c.* Ergo nec detrahi poterit: quippe cùm privatio & habitus idem concernant subjectum, *arg. l. nolle. 4. ff de acquir. vel omitt. heredit. & l. velle. 4. ff. de reg. jur.* Atque ita, *post Salicetum, & Vasquium d. lib. 3 de success. creat. § 25. numer. 11. Angelum Aretinum hic num. 6. & Reusnerum in tract. de codicill. c. 7. num 24.* docet D. Collega Boecerus *class 3. disp. 6. th. 11. edit. 2.*

9 Porrò conclusio isthæc, quâ dicitur, codicillis hereditatē directò dari non posse, locū habet non solùm inter extraneos, sed etiam inter liberos: adeò, ut nec parens liberis suis directò relinquere hereditatem in codicillis valeat. *l. Scævola. 76. ff. ad SC. Treb. Bald. in l. filii. 16. C. famil. ercisc. Angel. & Imola in l. 2. ff. de jurisd. Roman. consil. 179. Paris. consil. 35. num. 6. lib. 1. Molin. de Hispanor. primogen. lib. 2. c. 8. num. 32. Corn. consil. 324. lib. 1. num. 9. & ita Vasq. d. §. 25. num. 7. Grass. lib. 1. receptar. sent. §. codicillus. n. 14. Thad Piso d lib. 3, c 1. num. 12. Reusner. d. cap. 7. n. 27. & alii per hos allegati.* Imò neque piæ causæ quem directò hereditatem in codicillis relinquere posse, evincitur *ex hoc §. nostro. d. l. quod per manus. 10 ff. de jur. codicill. & similibus textibus*, qui generaliter volunt, directam hereditatem codicillis dari
10 non posse. Et ita, *post Baldum & Vasquium*, sentit etiam D. Boecerus *d. Disp. 6. th. 13.* Tametsi, *post Bartolum à se citatum*, contrarium statuat Petrus Heigius *hic numer. 7.* Enimverò singulare hoc jus est in militibus; quòd ii codicillis etiam directò heredem instituere queant. *l. quærebatur. 19. & l. militis. 36 ff. de testament. milit.* favore videlicet tum juris & muneris publici: tum simplicitatis & imperitiæ militaris: cum arma scire magis, quàm jura, milites debeant. *l. 1. ff. eod. l 1. ibiq; Bald. C de jur & fact igno rant. l. ult. circa princip. C. de jure deliberand.* Quo tamen privilegio & jure singulari illi extra militiam haud gaudent. *arg. l. ad veterani. 40. & l. ult ff. ad*
11 *leg. Falcid. Reusner. d cap. 7. num. 28* Quia autem heredis institutio codicillis directa fieri non potest, uti hactenus ostensum, & evidenter apparet *ex hoc §. nostro, vers. directo, &c.* consequens utique est, illam ultimam alicujus voluntatem, quæ legata tantùm & fideicommissa complectitur, codicillum esse, non testamentum: etiamsi disponens istam suam voluntatem testamentum nominet. *l. ult. ff. de jure codicillor. l. non codicillum. 14. C. de testamentis. d. l. si idem. 7. C. hoc tit.* E contrario quoque testamentum, non codicillum facere præsumitur, qui sibi directò heredem instituit: quamvis hanc voluntatem suam codicillos appellet. *d. l. non codicillum. 4. ibiq; Alexand. & Iason. C. de testament.* Rei quippe qualitas intentio- 12
nem agentis demonstrat: ita ut qui heredem instituit vel exheredat, omnino testari velle dicatur. Et actus non judicatur à nudâ denominatione, sed ab effectu & formâ rei. *arg. l. qui ad certum. 14 § si uno anno. 4. ff. locati Cravett. in Rubr. ff. de legat. 1. num. 46. & 47. Hieron. Magon. decis. 32. n. 22. Alciat. respons. 525 num. 1. & 3. Socin. Iun. cons. 111. num. 6. & 8. lib. 1. Gratus consil. 7. nu. 26. lib. 2. Menoch. de præsumptionib. lib 4. præsumpt. 3. n. 1 2. 3 & 5. Reusner. d. tract. de codicill. cap. 11. num 2 & seqq.* Præterea 13
non testamentum, sed codicillos condere voluisse quis creditur: quando, convocatis etiam septem testibus, illos instituit heredes, qui alioqui non erant successuri ab intestato; & deinde dixit: se velle hanc suam dispositionem valere tantùm jure codicillorum. Tunc enim isthæc dispositio jure fideicommissi valet; & heredes ab intestato venientes scriptis illis heredibus restituere hereditatem tenentur, *arg. l 3. ff. de testament. milit. Alexand. in d. l. non codicillum. 14. in fin. C. de testament. eumq; cum aliis referens Menochius d. præsumpt. 3 n. 4. vers. declaratur primò, &c.* Similiter codicillari voluisse quis reputatur; cùm, directò institutis heredibus, dispositioni suæ hanc clausulam adjecit: velle se hanc dispositionem etiam vice codicillorum valere. *d. l. 3. ff. de testament. milit. Corneus consil. 306. a. 2. lib. 3. Menoch. dicto num. 4. vers declaratur secundò, &c.* Atque hoc casu, si ultima ista voluntas testamentum imperfectum sit, pro codicillo habetur: heredibusque in eo scriptis fideicommissaria hereditas ex conjecturâ voluntatis debetur. *l. Scævola. 70. ff ad SC. Trebell. Donell. lib. 7. Comment. de jur. civ. cap. 19. pag. 181. num. 50. D. Bocer. d. class. 3. disp. 6. th. 28. edit. 2.*

§. Finalis.

Codicillos autem etiam plures quis facere potest: & nullam solennitatem ordinationis desiderant.

SVMMARIA

1 *Alia inter codicillos & testamentum proponuntur differentia.*
2 *Testamento universa hereditas; codicillis res singula relinquuntur.*
3 *Si quis duos diversis temporibus codicillos diversis voluntatibus fecerit: tunc ille, qui prior factus est, in contrariis illis capitulis per posteriorem revocatus intelligitur.*
4 *Quid juris, si duo reperiuntur codicilli, eodem die facti, sitq; non appareat, quis prior sit, vel posterior: in quorum uno, alicui res certa legetur, in altero adimatur.*
5 *Privatio habitum præsupponit.*
6 *Quid statuendum, si duo eadem die confecti reperiantur codicilli, & in uno res legetur Titio, in altero legetur Sempronio.*
7 *Testamentum magnam desiderat solennitatem, codicilli nullam.*
8 *In codicillis quinque tantùm testes, sive mares, sive fœmina, requiruntur.*
9 *An quinque istorum testium quando in scriptis codicilli fiunt, subscriptio necessaria censeatur.*
10 *Num in ca[illegible] codicillis tot testes, quot in eorundem testamentis exigantur.*

11 Quæ

11 *Quot modis codicilli infirmentur.*
12 *Per se & principaliter infirmantur unda defuncti voluntate contrariâ: aliter atque testamentum: hujusq; ratio.*
13 *Quibus unumquodq; modis constitutum est, iisdem solvitur.*
14 *Per se codicilli etiam infirmantur voluntate contrariâ, aliis codicillis contrariis declaratâ.*
15 *Testamento infirmato, consequenter & codicilli, ad testamentum pertinentes, infirmantur.*
16 *Destructo principali, destruitur quoque accessorium.*
17 *Quâ actione relicta in codicillis petantur.*

DVæ aliæ inter codicillos & testamentum hoc lo
co differentiæ indicantur. Prior est: quòd unũ
1 tantùm testamentum relinquere quis potest, codicil
2 los plures *l. divi 6. § s. ff. de jur. codicillor.* Differen-
tiæ ratio est: quia testamento universa hereditas, quæ
est una; codicillis res singulæ, quæ sunt plures, relin-
quuntur. *Balduin. & Mynsing. hic num. 1. Heigius
numer. 2. Thadeus Piso libr. 3. var. resolut. cap. 1. num.
25. & seq.* Si tamen quis duos diversis temporibus
codicillos dissonis voluntatibus ordinaverit: tunc il-
3 le, qui prior factus est, in contrariis illis capitulis per
posteriorem revocatus intelligitur. *d. l. divi. 6. § licet.
2. in fin ff d tit. l. cùm proponatu. 3. C. hoc tit. l. clari. 19
C. de fideicommiss.* At quid, si duo reperiantur codi-
4 cilli, eodem die facti: sicque haud appareat, quis prior
sit, vel posterior: in quorum uno alicui res certa lege-
tur, in altero adimatur? Et codicillus, cui legatum
fuit adscriptum, prior fuisse existimabitur. Nam præ-
sumimus, id semper prius fuisse, quod de jure prius
esse debuit. De jure autem priore loco legamus, po-
steriore adimimus: nec adimi quicquam potest, nisi
antea jam legatum: cùm privatio in dubio præsuppo-
nat habitum. *l 3. in fin. ff de capit. minut. l. decem. 16.
5 ff. de verb obligat. Iason & Alexand. in d l cùm pro-
ponatu. 3. C hoc tit. Alciat. lib. 3. præsumpt. 42. eumq;
referens Gothofred in d. l 3. sub lit. b. C. eod.* Quid ve-
rò si duo eadem die confecti reperiantur codicilli, &
in uno res legetur Titio, in altero eadem res legetur
Sempronio? Hi codicilli cùm non sint contrarii, sed
6 diversi: idcircò unus per alium non tollitur: sed am-
bo valent: & legatarii partes concursus facient: quo-
niam re conjuncti videntur, & ambo simul ad legatum
illud admittuntur: nisi de translatione verisimiliter
constet. *Gloss. Bartol Alexand. & Iason. in d. l. 3. Cod.
hoc tit. Mynsing. hic num. 2. Petrus Heigius num. 4.
Thad. Piso d. lib. 3. c. 1. num. 28.*

Altera, quæ hic affertur, inter codicillos & testa-
7 mentum, differentia est hæc: quòd testamentum ma
gnam desideret solennitatem, *ut expositum in §. sed
cùm paulatim. 3 supr. de testament. ordinand.* codicil-
li desiderent nullam; *ut Iustinianus hic ait* id est, per
8 exiguam. Siquidem in codicillis neque subscriptio,
neque subsignatio testatoris, neque solennis nume-
rus testium septem, sed tantùm quinque testandæ ve-
ritatis gratiâ, requiruntur. *d. l. divi. 6. §. 1. & 2. ff. de
jure codicill. & l. ult. §. ult. C. hoc tit. Hucq; referenda
sunt, quæ diximus suprà ad principium hujus tit n.
19. & seqq.* Neque refert, utrùm quinque illi testes
sint rogati, an casu quodam congregati: utrùm item
mares sint, an fœminæ, *d. l. ult. § fin. Cod. Reusner. in
tract. de codicill. c. 10. num. 12. cum seq. Vngepaur exer-
cit. Iustinian. 8. quæst. 23. Et de fœminis explicatiùs
egimus in §. testes. 6. num. 4. & seqq supr. de testament.
ordinand. Adde Locamerum quæstionum juridicar.
fascic. 32 quæst. 7.* Solas tamen mulieres sine ullo
masculo etiam in codicillis testes esse non posse, opi-
nantur *Barbat. in c. relatum. 11. col. 7. extr. de testam.
& Iohan. Dilect. Durantes in tract. de art. testand. tit.
2. cautel. 2. numer. 8. quos refert Du. Collega Bocer.
class. 3. disput. 6 th. 30. ad lit. C. edit. 2* Enimverò
quinque illos testes, uno eodemque tempore esse ad-
hibendos, verius creditur. *d. l. ult. §. fin. ibi, in uno eo 9
demq; tempore debent adhiberi. C. hoc tit ibiq; Corne-
us col. 3 Reusner. d. c. 10. num. 14. Piso. d. lib. 3. var. re-
solut. c. 1. numer. 31. & seq.* Sed quæri dubitarique so-
let: an quinque istorum testium, quando in scriptis
codicilli fiunt, subscriptio necessaria censeatur? Et li-
cet nonnulli hoc negent, *Azo in suâ summâ C hoc tit.
num. 10. Vasquius lib. 3. de success. creat. §. 25. limitat.
30. num. 23. vers. contrarium, &c. & Heigius hic n. 6.*
affirmativam tamen sententiam (quòd subscriptio
testium: at non item sigillorum appensio, necessaria
sit) ceu veriorem, Doctores communiter amplectun-
tur, *per textum in d l. ult. §. fin. ibi, testibus videlicet,
quando in scriptis voluntas componitur, subnotatio-
nem suam accommodantibus. C. hoc tit. ibiq; Gloss.
Alberic. de Rosat Corneus, Alexand. Iason. & alii.
Grass. lib. 1. recept sentent. § codicillus n. 10. cum seqq.
D. Bocer. d. class. 3. disp. 6. th. 31. lit. D Treutler. disp. 10.
th. 8. sub lit. C. vol. 2. Donell. lib. 7. Commentar. de jur.
civ. c. 19. pag. 178. num 30, ibiq; in suis not. Hilliger. ad
lit. D. Timæus. Faber disp. 20. ad Institut. Imperial. th.
28.* Similiter in dubium vocatur & illud: num in cæ- 10
corum codicillis tot testes, quot in eorundem testa-
mentis (videlicet septem, & deindè Notarius, vel lo-
co Notarii octavus testis. *l. hac consultissima. 8. C. qui
testam. fac. poss.*) requirantur? Mihi (non attentâ
opinatione hoc simpliciter astruentium, *Iacobi Bu-
trigarii, Raynerii, Baldi, Romani, Angeli, Fulgosii, Ale-
xandri, Cornei, & aliorum in d. l. 8. C. eod.*) traditio
probatur eorum, qui existimant: secundùm propor-
tionem istud decidi debere: ut, quemadmodum cæ-
cus testator, si vult testari, ultra communem nume-
rum septem testium, cogitur adhuc unum, id est, octa-
vum adhibere, quod est in eo speciale: sic etiam in
codicillis ultra communem numerum quinque testi-
um, cogatur etiam habere Notarium, vel pro Notario
testem sextum, ut ita ex proportione causa judicetur.
*Idq; explanatiùs pertractant Iason & Sichardus, n.
15. in d. l. 8. C. qui testam. fac poss. Reinhard Bachovius
in not. & animavers ad volum. 2. Treutler. disp. 10. de
testament. th. 3. lit F. pag. 133 & novissimè Thadæus
Piso d. libr. 3. var. resolut. cap. 1 num. 5.* Varias porrò
codicillorum formulas diligenter recenset Brissonius
*lib. 7. de formul. & solennib. populi Rom. verbis. n. 6.
& seqq.*

Reliquum est, ut de codicillorum infirmatione
paucis videamus. Infirmantur autem codicilli duo- 11
bus modis: uno modo, per se & principaliter: altero
modo, per consequentiam infirmati testamenti, sci-
licet ex eo pendeant. *Donell. lib. 7. Commentar. de
jur.*

jur.civ.cap.19.pag.179.num.20. Per se infirmantur,
12 primùm voluntate contrariâ defuncti nudâ, arg. l. si
jure. 18. ff. de legat.3. Aliter atque testamentum:
quod si quis infirmatum esse vult, nunquam nudà voluntate id consequitur, sed solùm ita, si aut incîdat tabulas, aut posterius testamentum jure faciat. l. penult. §. ult. ff. de bonor. poss. secund. tab. §. penult. supr. quib. mod. testam. infirm. Ratio differentiæ est perspicua: quia testamentum ut nudà voluntate non perficitur. d. §. penult. supr. eod. sed certis solennibus, de quibus in §. sed cùm paulatim. 3. supr. de testament. ordinand. ita nudà voluntate non infirmatur, prohibē-
13 te regula juris, quæ efficit, quibus quidque modis constitutum est, iisdem in contrarium actis solvi. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Codicillorum contra ab initio natura hæc fuit; ut constituantur nuda voluntate, veluti arguit hic §. noster finalis. Quod licèt longissimo pòst intervallo Theodosiana constitutione mutatum sit; quippe quæ testes quinque, & eorum subnotationem exigit. l. ult. §. ult. C. hoc tit. attamen eâdem constitutione id mutatum non reperitur, quòd voluntate nuda codicilli infirmari possint. Proindeque hoc jus adhuc vigere credendum est l præcipimus 32. §. fin. C. de appellat. Donell. d. lib 7. c. 19. pag. 179. num. 30. & 40. D. Bocer. class. 3. disp 6. th. 49.
14 adlit. a. edit. 2. Deinde per se codicilli infirmantur
voluntate contraria, aliis codicillis contrariis declarata. l. cum proponatis 3. C. hoc tit. Quæ enim postea geruntur, prioribus derogant. l. divi. 6. §. 2. in fin. ff. de jur. codicill. Et in fideicommissis atque legatis (quæ duo codicillis relinquuntur) novissima voluntas valet. l. si mihi. 12. §. ult. ff. de legat. 1. l quod traditum. 87 ff. de condit. & demonstrat. l. clari. 19. C. de fideicom-
15 missis. Alterum modum quod attinet: si cum testa-
mento, vel ante, vel post illud facti sint codicilli: quia ad testamentū istud pertinēt, l. ab intestat. 16. ff. de jure cod l. 1. in pr. C. hoc tit. & pars ejus intelliguntur l. quidam. 14 circa pr. ff. de jur. codicill. l. pen. ff. test. quemadm. aperiant. viresque ex illo capiunt. l. si quis. 3. §. ult. ff. de jur. codicill. certe eo testamento infirmato, consequenter & ipsi codicilli infirmantur. Destructo
namque principali, veluti testamento, destruitur quo- 16
que accessorium, veluti codicillus: & cùm principalis causa non consistit, plerunque nec ea, quæ inde depēdent aut sequuntur, locum habent, per vulgatissimam regulam in l. nihil dolo. 129. §. 1. & l cùm principalis. 178. ff. de reg. jur. c. accessorium. 42. de reg. jur. lib. 6. Cæterùm si testamento jam facto, ac deinde rupto, codicilli postea facti fuerint: non ob id, quia ruptum est prius testamentum, etiam codicilli postmodùm facti simul rupti intelliguntur: eò quòd ad testamentum istud jam antea ruptum, & quod ad extremum non constitit, nullo modo pertinere, aut ab eo pendere dici possunt: ac propterea si ab initio rectè facti codicilli, contraria voluntate non revocati sunt; neque ex testamento, quod jam ruptum, jureque nullum est, dependent: omninò valent atque per se subsistunt. d. l. 1. ibiq; Cynus, Albericus de Rosat. & Sichard. Cod. hoc tit. Donell. d. libr. 7. Comment. de jur. civ. c. 19. pag. 180. in fin. Reusner. d. tract. de codicill. cap. 24. num. 6, Thad. Pise d libr. 3. variar. resolut. cap. 5. num. 12. Il- 17
lud tandem coronidis loco addendum: quòd in codicillis relictum, vel actione ex testamento, vel condictione ex lege, peti debeat, ut annotavit Paulus de Castro in auth. ex causa. numer. 12. Cod. de liber. præterit. Accurs. Fab. Mynsinger. Schneidevvin. Wolfius, & Interpretes communiter in hoc §. nostro.

FINIS COMMENTARIORUM IN LIBRUM II. INSTItutionum Justinianearum: sicq; Tomi secundi horum Operum.

INDEX
RERUM ET VERBORUM, QVÆ HOC IN SEcundo Tomo continentur.

PRIOR NVMERVS PAGINAM; POSTERIOR NVMErum marginalem denotat.

A

Act

INDEX.

item

G.

H

I

Impen-

rit, adi

P.

Q

R.

Res

S.

Usu-

INDEX.

F I N I S.

[illegible]